

# LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS

Thèse pour le doctorat en droit

Présentée et soutenue publiquement le 8 Juillet 2015

par

**Mathieu Le BESCOND de COATPONT**

## MEMBRES DU JURY

Directeur de recherche :

**M. Gaël CHANTEPIE**

Professeur à l'Université de Lille 2

Suffragants et rapporteurs :

**M. Jean-François CESARO**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris 2

**Mme Murielle CHAGNY**

Professeur à l'Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines

Suffragants :

**M. Daniel MAINGUY**

Professeur à l'Université de Montpellier 1

**M. Thierry REVET**

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris 1



L'Université de Lille 2 n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.





Je remercie le Professeur Françoise Auque pour avoir débuté la direction de mes travaux.

Je remercie le Professeur Gaël Chantepie pour avoir repris cette direction. Son dynamisme, sa disponibilité, sa confiance, ses provocations intellectuelles, ses relectures attentives, ses conseils et ses remarques, parfois impitoyables, ont été une aide précieuse dans la réalisation de ce travail.

Je remercie enfin Maître Bruno Lemistre pour m'avoir formé pendant plusieurs années dans son cabinet d'avocats. Cette activité, en plus d'avoir financé en partie cette thèse, y a contribué scientifiquement en l'enrichissant d'une expérience du contentieux des affaires.



# PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDI : Actualité juridique du droit de l'immobilier  
AN : Assemblée nationale  
anc. : ancien  
AP : Cour de cassation, assemblée plénière  
APD : Archives de philosophie du droit  
APCE : Agence Pour la Création d'Entreprise  
AP : Assemblée plénière de la Cour de cassation  
AJCA : Actualité Juridique Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution  
AJDA : Actualité juridique - Droit administratif  
AJDI : Actualité Juridique de Droit immobilier (après 1998)  
AJPI : Actualité Juridique Propriété immobilière (avant 1998)  
art. : article  
Ass. : Association  
Aut. conc. : Autorité de la concurrence (anciennement Conseil de la concurrence)

B. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation  
BDC : Bibliothèque de droit commercial  
BDE : Bibliothèque de droit de l'entreprise  
BDP : Bibliothèque de droit privé  
BDS : Bibliothèque de droit social  
BIAT : Bibliothèque de l'Institut André Tunc  
BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation

C. ass. : Code des assurances  
CC : Conseil constitutionnel  
CCC : Revue Contrats, concurrence, consommation  
CCE : Revue Communication Commerce électronique  
C. civ. : Code civil  
C. com. : Code de commerce  
CDE : Cahiers de droit de l'entreprise  
CE : Conseil d'État  
CEPC : Commission d'examen des pratiques commerciales  
Comm. CE : Commission des Communautés européennes  
Cf. : se reporter à  
Chap. : Chapitre  
Chron. : Chronique  
Civ : Cour de cassation, chambre civile  
Civ. 1 : Cour de cassation, première chambre civile  
Civ. 2 : Cour de cassation, deuxième chambre civile  
Civ. 3 : Cour de cassation, troisième chambre civile  
CJCE : arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes  
CJUE : arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne  
Concl. : Conclusions  
Com. : Cour de cassation, chambre commerciale, économique et financière  
comm. : Commentaire

Comm. UE : Commission européenne

Comp. : Comparer

Cons. conc. : Conseil de la concurrence

Contra : solution contraire

C. pén. : Code pénal

CPI : Code de la propriété intellectuelle

CREDA : Centre de recherche sur le droit des affaires

Crim. : Cour de cassation, chambre criminelle

CSS : Code de la sécurité sociale

C. trav. : Code du travail

D. : Recueil Dalloz

DA : Recueil analytique de jurisprudence et de législation Dalloz (de 1941 à 1944)

D. act. : Dalloz Actualité

D. aff. : Dalloz Affaires

DC : Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz (de 1941 à 1944)

Defr. : Defrénois

doctr. : doctrine

doss. : dossier

DH : Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)

DP : Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)

Dir. : Direction

D&P : Revue Droit et Patrimoine

DO : Droit ouvrier

DS : Droit social

Ed. : Éditions

ex. : exemple

fasc. : Fascicule

form. : Formule

GP : Gazette du Palais

*Infra* : ci-dessous

INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques

IR : Informations rapides (Recueil Dalloz)

IRJS : Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc

JCl. Ass. : Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances

JCl. Distrib. : Juris-Classeur Contrats – Distribution

JCl. Com. : Juris-Classeur Commercial

JCl. Conc. : Juris-Classeur Concurrence – Consommation

JCl. Soc. : Juris-Classeur Sociétés Traité

JCl. Trav. : Juris-Classeur Travail Traité

JCP : La Semaine Juridique Générale

JCP S : La Semaine Juridique Sociale

JCP E / JCP CI : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires / La Semaine Juridique Commerce et Industrie

JDI : Journal de droit international privé (Clunet)  
 JOAN Q : Journal Officiel de l'Assemblée Nationale, Questions au gouvernement  
 JOAN Déb. : Journal Officiel de l'Assemblée Nationale, Débats parlementaires  
 J. soc. : Journal des sociétés  
 Jurispr. : Jurisprudence  
 LD : Lettre de la distribution  
 LGDJ : Librairie générale de jurisprudence  
 Libr. tech. : Librairies techniques

maj. : mise à jour  
 Mixte : Cour de cassation, chambre mixte

NBT : Nouvelle Bibliothèque de Thèses  
 not. : notamment

PA : Les Petites Affiches  
 PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille  
 PUB : Presses universitaires de Bordeaux  
 PUCF : Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand  
 PUP : Presses universitaires de Perpignan  
 PUTC : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole  
 PUR : Presses universitaires de Rennes  
 Post. : Postface  
 Préf. : Préface  
 pt : point

R. Cass. : Rapport annuel de la Cour de cassation  
 Rapp. : rapprocher de  
 RCC : Revue de la concurrence et de la consommation  
 RCDIP : Revue critique de droit international privé  
 RCLJ : Revue critique de législation et de jurisprudence  
 RDLC : Revue des droits de la concurrence ou Revue de droit de la concurrence  
 RDT : Revue de droit du travail  
 Règl. : Règlement  
 Rép. civ. : Répertoire de droit civil Dalloz  
 Rép. com. : Répertoire de droit commercial Dalloz  
 Rép. europ. : Répertoire de droit européen Dalloz  
 Rép. soc. : Répertoire de droit des sociétés Dalloz  
 Rép. trav. : Répertoire de droit du travail Dalloz  
 Req. : Cour de cassation, chambre des requêtes  
 Resp. et Ass. : Revue Responsabilité civile et Assurances  
 RS : Revue des sociétés  
 RGAT : Revue générale des assurances terrestres  
 RGDA : Revue générale du droit des assurances  
 RIDE : Revue Internationale de Droit Économique  
 RJC : Revue de jurisprudence commerciale (Journal des agrées)  
 RLC : Revue Lamy de la Concurrence  
 RLDA : Revue Lamy Droit des Affaires

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RLDC : Revue Lamy Droit Civil

RRJ : Revue de la recherche juridique

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen

SAIEN : Société Anonyme d’Imprimerie et d’Éditions du Nord

Soc. : arrêt de la chambre sociale

SSL : Semaine sociale Lamy

spéc. : spécifiquement

ss : sous

suppl. : supplément

*Supra* : ci-dessus

TUE : Traité sur l’Union européenne

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne

UE : Union européenne

V. : voir

## **RÈGLES DE CITATION**

Les références complètes d’un ouvrage ou d’un article sont indiquées lors de la première citation de celui-ci dans chaque section. En cas de référence ultérieure, dans la même section, l’ouvrage ou l’article est désigné par le nom de l’auteur et, le cas échéant, par son titre, éventuellement abrégé, lorsque plusieurs travaux du même auteur ont déjà été cités dans cette section.

# **SOMMAIRE**

## **INTRODUCTION**

### **PARTIE 1**

#### **LE DROIT POSITIF DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS**

##### **Titre 1 – La qualification insatisfaisante de la dépendance des distributeurs**

Chapitre 1 – La qualification de la dépendance des distributeurs par le droit du travail

Chapitre 2 – La qualification de la dépendance des distributeurs par le droit économique

##### **Titre 2 – La protection inégalitaire des distributeurs face à la dépendance**

Chapitre 1 – Les inégalités de protection à la naissance et au cours de la relation de distribution

Chapitre 2 – Les inégalités de protection en fin de relation de distribution

### **PARTIE 2**

#### **ESSAI D’UN DROIT PROSPECTIF DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS**

##### **Titre 1 – Les moyens d’un droit cohérent et égalitaire de la dépendance des distributeurs**

Chapitre 1 – Le choix d’une méthode

Chapitre 2 – Le choix d’un instrument

##### **Titre 2 – Le contenu d’un droit cohérent et égalitaire de la dépendance des distributeurs**

Chapitre 1 – La protection des distributeurs à la naissance et au cours de la relation de distribution

Chapitre 2 – La protection des distributeurs en fin de relation de distribution





# INTRODUCTION

**1. Premières constatations.** En 1966, Messieurs Rodière et Champaud constatent que les litiges du droit de la distribution méritent de « *retenir l'attention du juriste moderne* » car « *ils le plongent dans un monde dominé par la concentration, l'intégration* » et « *bouscul[ent] [...] [ses] figures juridiques traditionnelles* »<sup>1</sup>. Les rapports de distribution ont en effet mis au cœur du débat juridique la notion de dépendance, comme l'avaient fait les rapports de travail au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>2</sup>.

Les relations entre fournisseurs et distributeurs avaient déjà conduit à l'adoption d'un droit spécial du travail s'écartant du critère classique de la subordination juridique dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. Mais le développement de nouveaux procédés de distribution à partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle a fait apparaître de nouvelles formes de subordination entre professionnels<sup>4</sup>, des rapports de dépendance<sup>5</sup>, de pouvoir<sup>6</sup>, voire de vassalité<sup>7</sup> et des organisations collaboratives hors du contrat de société<sup>8</sup> remettant ainsi en cause la figure du contrat-échange, le postulat de l'égalité des contractants – notamment professionnels – ou encore la notion de fonds de commerce<sup>9</sup>.

Cependant, si les figures juridiques traditionnelles ont été bousculées, il semble que le droit n'ait pas su réagir et les faire évoluer dans le domaine de la distribution. Ainsi, en 1980, Monsieur Pigassou constatait que « *les silences du législateur sur la valeur et les limites d'une forme de concurrence nouvelle par les réseaux de distribution intégrée, ses attermoissements pour fixer un statut du distributeur intégré, les déchirements de la jurisprudence partagée entre deux solutions extrêmes de protection du distributeur, appliquant tantôt les règles du droit du travail tantôt celle du droit commun de la responsabilité pour accorder ou refuser cette protection sont autant de signes d'un manque de stabilisation évidente du contrat* »<sup>10</sup>. Quinze années plus tard, Madame Amiel-Cosme remarquait que « *cette constatation semble toujours s'imposer avec la même vigueur, ce d'autant plus que ces situations contractuelles ont*

---

<sup>1</sup> RODIÈRE (R.) et CHAMPAUD (C.), *A propos des pompistes de marque, les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur*, JCP 1966.I.1988, n° 1.

<sup>2</sup> V. not. : CUCHE (P.), *La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique*, D. 1932, chron. p. 101 s. – CUCHE (P.), *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, RCLJ 1913, p. 412 s.

<sup>3</sup> V. not. : GAUDU (F.), *L'application du droit du travail à des travailleurs non salariés*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 163 s.

<sup>4</sup> V. not. : SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s. – Rapp. : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 84 s., faisant référence à des « *contrats de commandement ou de subordination* » – CHAMPAUD (C.), *La concession commerciale*, RTD com. 1963, p. 451 s., n° 38, faisant référence à une « *subordination commerciale* ».

<sup>5</sup> V. not. : DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007 – DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Préf. F. Collart Dutilleul et G. J. Martin, L'Harmattan, 1997 – VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986.

<sup>6</sup> V. not. : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004.

<sup>7</sup> V. not. : BOY (L.), *Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?*, RLC 2010, 1618, « *le pouvoir de marché d'une grande entreprise lui permet par voie "contractuelle" de "vassaliser" des petites entreprises titulaires de leurs biens de production (fonds de commerce, ici) dont la grande entreprise acquiert de fait la maîtrise* » – Rapprochant certains contrats de distribution au droit féodal et qualifiant les rapports de liens vassaux : DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, n° 18 – SUPIOT (A.), *La contractualisation de la société, in Qu'est ce que l'humain ? Université de tous les savoirs*, dir. Y. Michaud, vol. 2, O. Jacob, 2000, p. 157 s., p. 165 – JAMIN (C.), *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 603 s., p. 668 s. – CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mél. G. Marty, Univ. Toulouse, 1978, p. 233 s., n° 8.

<sup>8</sup> CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mél. G. Marty, Univ. Toulouse, 1978, p. 233 s. – LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012 – JAMIN (C.), *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 s.

<sup>9</sup> *Infra* n° 423 s.

<sup>10</sup> PIGASSOU (P.), *La distribution intégrée*, RTD com. 1980, p. 473 s., n° 39.

nécessairement évolué et que le droit positif en est encore à chercher quelles pourraient être les règles les mieux à même à servir ces formes de distribution » et mettait ainsi en garde contre un « risque d'inertie de l'analyse juridique »<sup>11</sup>. À partir de la fin des années quatre-vingt-dix, le solidarisme contractuel tentait de renouveler l'analyse du contrat dans le but notamment de prendre en compte les nouveaux rapports contractuels dans la distribution<sup>12</sup>, sans succès<sup>13</sup>. En 2007, Monsieur de Boüard constatait toujours « l'inadaptation du droit positif à la régulation de la dépendance économique née d'un contrat d'intégration » en particulier dans le domaine de la distribution et préconisait une évolution jurisprudentielle<sup>14</sup>. En 2008, Monsieur Beauchard publiait un plaidoyer pour l'adoption d'une loi, en dénonçant l'« inadaptation du droit commun » et les tentatives jurisprudentielles d'évolution avortées<sup>15</sup>. En 2013, Monsieur Mainguy dénonçait une jurisprudence tendant à appliquer le droit du travail à l'ensemble des distributeurs<sup>16</sup>. Plus de trente années après, il semble donc que les figures juridiques n'ont pas évolué de manière satisfaisante pour embrasser les nouveaux phénomènes de dépendance apparus dans les rapports de distribution. La jurisprudence demeure partagée entre deux solutions extrêmes : l'application du droit du travail pour protéger le distributeur ou celle du droit commun des obligations pour lui refuser toute protection particulière.

**2. Plan.** Une étude de la dépendance des distributeurs s'impose donc et suppose classiquement la définition d'un objet de recherche (I), d'une problématique (II), la mise en évidence de ses intérêts (III) et le choix d'une méthode (IV).

## I – DÉFINITION DE L'OBJET DE RECHERCHE

**3. Plan.** La transformation de la dépendance des distributeurs en un objet de recherche suppose de préciser la notion de dépendance (A), la notion de distributeurs (B) et de les mettre en rapport (C).

### A – La dépendance

**4. Définition.** Le terme *dépendance* est dérivé du verbe latin *dependere* qui signifie, au sens propre, *être suspendu à, pendre de*, et, au sens figuré, *se rattacher à, dériver de*<sup>17</sup>. La dépendance renvoie ainsi à l'existence de liens entre des personnes ou des choses. Elle est définie comme une « relation de subordination, de solidarité ou de causalité »<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 40. – V. également : LATITI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, constat l'inadéquation de certains aspects juridiques de la force de vente (notamment pour les gérants de succursale, les concessionnaires et les franchisés) et souhaitant que le droit réagisse (n° 535 s. et conclusion p. 313).

<sup>12</sup> V. not. : COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. Loquin, Litec, 2006 – JAMIN (C.), *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 s., spéc. p. 458 s.

<sup>13</sup> Cet échec est admis tant par les promoteurs du solidarisme contractuel (MAZEAUD (D.), *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises...*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 905 s., n° 11 s. – JAMIN (C.), *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, 9<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand, Thémis, 2005, p. 27 s.) que par ses détracteurs (LEQUETTE (Y.), *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mél. P. Didier, Economica, 2008, p. 247 s., n° 24 s. – LEVENEUR (L.), *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 173 s., n° 7 s.).

<sup>14</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 48 s. et n° 316 s.

<sup>15</sup> BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37 s.

<sup>16</sup> MAINGUY (D.), *Faut-il brûler le droit de la distribution ?*, D. 2013, p. 1222 s.

<sup>17</sup> GAFFIOT (F.), *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 2000, « dependere ».

<sup>18</sup> *Le Trésor de la Langue Française informatisé* (<http://atilf.atilf.fr/>, consulté le 12/09/2014), « dépendance » – Comp. : CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, définissant la « dépendance » comme la « subordination dans le travail » (sens 1),

Dans l'idée d'une relation de subordination, elle renvoie aux notions de soumission, de préposition, d'allégeance, d'assujettissement, de besoin, de nécessité et se rapporte donc à la puissance, au pouvoir, à l'autorité ou à l'influence.

Dans l'idée d'une relation de solidarité, la dépendance renvoie à un lien organique, fonctionnel ou formel avec un ensemble, à une inclusion, à une intégration et se rapporte donc à la notion d'accessoire<sup>19</sup>. Lorsque ce lien est réciproque, il existe une interdépendance.

Dans l'idée de relation de causalité, elle renvoie à l'idée de condition ou de détermination<sup>20</sup>.

La dépendance s'oppose ainsi à l'indépendance, à l'autonomie, à l'autosuffisance et à la liberté.

**5. Nature du lien.** La dépendance est souvent rattachée à sa source pour en déterminer la nature ou la forme. Ainsi, il est parfois fait référence à une dépendance juridique, économique, matérielle ou encore psychologique<sup>21</sup>. La dépendance juridique est un lien créé par le droit ; la dépendance économique un lien créé par la répartition et l'échange des richesses, notamment sur un marché ; la dépendance matérielle, un lien créé par la matière ; la dépendance psychologique, un lien créé par l'esprit.

**6. Lien évolutif.** Protéiforme, la dépendance est également évolutive car le lien qu'elle caractérise peut changer de nature et d'intensité au cours du temps.

La dépendance apparaît ainsi comme une représentation unitaire d'une réalité complexe polymorphe et changeante.

**7. Perception à travers un des sujets ou objets du lien.** La référence à la dépendance révèle souvent la perception d'une relation à travers un seul de ses objets ou sujets. La dépendance renvoie à la situation de la personne subordonnée à une autre alors que, pour considérer la situation de cette dernière, il sera plutôt fait référence à la puissance, à l'autorité, au pouvoir, à la domination ou encore à l'influence. De même, la dépendance désigne parfois la chose qui fait partie d'un ensemble mais qui n'en constitue pas l'élément principal (les dépendances d'un immeuble).

**8. Connotation péjorative.** La dépendance est ainsi souvent perçue négativement, comme une faiblesse. En effet, dans notre conception occidentale de l'Homme, imprégnée par l'esprit des Lumières, la liberté et l'autonomie sont des idéaux, des valeurs fondamentales qui s'imposent notamment en réaction au pouvoir absolu, au servage et à l'esclavage<sup>22</sup>. La dépendance, puisqu'elle caractérise un manque de liberté ou d'autonomie, voire un asservissement, apparaît comme une situation contre laquelle il faudrait lutter. Elle renvoie également à la situation des enfants, des personnes âgées, des personnes handicapées, des personnes

---

l'« absence d'autonomie de comportement d'une personne par rapport à une autre résultant de sujétions financières ou autres » (sens 2), par opposition à indépendance comme la « subordination d'un État à un autre » (sens 3) et comme un synonyme « d'interdépendance » (sens 4). Les « dépendances » sont définies comme des « constructions et installation utilitaires [...] qui font partie des accessoires d'un immeuble » (sens 1) et plus largement comme « tous les accessoires d'un immeuble » (sens 2) – HAUSER (J.), *Une notion juridique de dépendance ?*, in Mél. J. Pélessier, Dalloz, 2004, p. 283 s., p. 284, distinguant l'« état de dépendance » qui est une dépendance à l'égard d'une personne non ciblée (celle d'un « handicapé mental ») et relève « plus d'une définition sociologique que juridique » et la « situation de dépendant » qui est une dépendance « ciblée », « à l'égard d'une personne précise », qui « seule permet d'avancer dans la définition juridique ».

<sup>19</sup> Certaines dispositions légales retiennent ce sens : C. civ. art. 644 et ancien art. 538, listant des « des dépendances du domaine public » et art. 1372 disposant que « lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire ».

<sup>20</sup> L'article 1153 du Code civil retient ce sens lorsqu'il fait référence à un « préjudice indépendant » du retard d'exécution d'une obligation.

<sup>21</sup> V. par ex. : HAUSER (J.), *op. cit.*, distinguant la « dépendance économique », la « dépendance psychologique » et la « dépendance physique ».

<sup>22</sup> Le servage est défini, au sens figuré, comme une « privation de liberté, de volonté, par dépendance envers quelqu'un ; soumission à quelqu'un ou quelque chose » et a pour synonyme l'« esclavage » (Le Trésor de la Langue Française informatisé, <http://atilf.atilf.fr/>, consulté le 12/09/2014). L'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 affirme que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».

souffrant d'une addiction à une drogue, etc.<sup>23</sup> Elle serait une situation subie appelant naturellement une protection, une aide ou une assistance.

Il convient de se départir de ce présupposé négatif. La dépendance n'est que la traduction des sociétés humaines évoluant dans un environnement fini. En société, les hommes sont interdépendants et tous sont dépendants de leur environnement, en particulier des ressources naturelles. C'est en raison de cette interdépendance qu'ils organisent leurs relations par le droit et en raison de cette dépendance aux choses de leur environnement qu'ils cherchent à organiser au mieux leur répartition par le droit et l'économie<sup>24</sup>. La dépendance caractérise donc sans doute bien mieux la condition humaine que la liberté qui apparaît comme un idéal bâti notamment à partir de la fiction rousseauiste d'un être humain libre par nature<sup>25</sup>. Dans une approche réaliste, la dépendance n'est ni négative, ni positive, elle est. Il faut également constater son omniprésence sous des natures et degrés différents et évolutifs.

**9. Premières vues sur la place de la dépendance en droit privé.** Polysémique, la notion de dépendance est utilisée par la doctrine, la jurisprudence ou la loi pour renvoyer à des réalités très différentes.

En droit privé, la notion intervient régulièrement dans les débats sur l'opportunité de protéger une personne ou une catégorie de personnes dans ses rapports avec d'autres : les salariés face aux employeurs, les consommateurs face aux professionnels, les locataires face aux propriétaires, les acheteurs profanes face aux vendeurs professionnels, les producteurs face aux grands distributeurs, les franchisés ou concessionnaires face aux fournisseurs, etc.<sup>26</sup> Les notions de partie faible, de contractant vulnérable<sup>27</sup>, de puissance économique<sup>28</sup>, d'abus de faiblesse, d'abus de position dominante, d'abus de dépendance ou encore d'abus de pouvoir donnent ainsi lieu à d'intenses débats sur l'objectif, l'opportunité et le contenu d'une protection.

En particulier, une partie de la doctrine n'entend pas définir la dépendance, souhaite en faire un standard juridique afin de ne pas restreindre *a priori* le champ de la protection<sup>29</sup>. D'autres auteurs rejettent, au contraire, la notion de dépendance car ils la jugent trop imprécise pour circonscrire clairement les personnes ou situations méritant de déroger au principe de l'égalité des sujets en droits<sup>30</sup>.

**10. Choix méthodologique d'une définition large.** Parmi les trois sens de la dépendance mis en évidence, l'étude se retiendra à la dépendance entendue comme une *relation de subordination* conçue largement comme tout rapport de subordination, préposition, allégeance, assujettissement, besoin, nécessité, puissance, pouvoir, autorité ou influence. Cette définition large procède d'un choix méthodologique ayant

---

<sup>23</sup> Dans ce sens : HAUSER (J.), *op. cit.*, p. 284.

<sup>24</sup> L'économie est ainsi parfois définie comme « l'étude de la manière dont la société gère ses ressources rares » (MANKIW (N. G.), *Principe de l'Économie*, Economica, 1998, p. 4) – V. également : GENEUREUX (J.), *Économie politique. 1. Introduction à l'analyse économique*, 3<sup>e</sup> éd., Hachette, 2003, p. 12.

<sup>25</sup> ROUSSEAU (J.-J.), *Du Contrat social*, Folio, 2001, « l'HOMME est né libre » (Livre I, Chap. I), « les enfants, exempt de l'obéissance qu'ils devoient au père, le père exempt des soins qu'il doit aux enfants, rentrent tous également dans l'indépendance. S'ils continuent de rester unis ce n'est plus naturellement c'est volontairement », « cette liberté commune est une conséquence de la nature de l'homme. Sa première loi est de veiller à sa propre conservation, ses premiers soins sont ceux qu'il se doit à lui-même, et, sitôt qu'il est en âge de raison, lui seul étant juge des moyens propres à se conserver devient par-là son propre maître. » (Livre I, Chap. II). Ainsi, après une période de dépendance à sa famille, l'Homme sera parfaitement libre.

<sup>26</sup> Sur ces questions, voir notamment : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 37 et 278 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 422 et n° 650 – TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 35, 248 et 384 – Voir également : NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, Préf. F. Labarthe, BDP, t. 382, LGDJ, 2002.

<sup>27</sup> LEGAC-PECH (S.), *Bâtir un droit des contractants vulnérables*, RTD civ. 2014, p. 581 s.

<sup>28</sup> CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996.

<sup>29</sup> V. par ex. : DEL CONT (C.), *op. cit.*, p. 237 s.

<sup>30</sup> V. par ex., pour la protection offerte par le droit du travail : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2014, n° 433 – *Contra* : DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, DS 2011, p. 546 s., n° 13 s.

pour objectif de permettre de faire émerger de l'étude du droit positif les différentes acceptions et utilisations de la dépendance et leurs limites afin de saisir toute la complexité de cette notion. Il s'agit notamment de dépasser les raisonnements distinguant de façon binaire les dépendants et les indépendants ou postulant la dépendance d'une catégorie de personnes. L'étude sera ainsi circonscrite à la dépendance des distributeurs mais ceux-ci ne seront pas considérés comme étant, par nature, des dépendants qu'il faudrait protéger.

## **B – Les distributeurs**

**11. Distribution.** La distribution peut être définie comme une fonction économique qui regroupe l'ensemble des opérations réalisées entre le stade de la production et celui de la consommation<sup>31</sup>.

Les producteurs fabriquent des produits, conçoivent ou exécutent des prestations de services.

Les consommateurs acquièrent des produits en vue de les utiliser, de les transformer et non de les revendre en l'état ou bénéficient d'un service, que ce soit dans le cadre d'une activité professionnelle ou non<sup>32</sup>.

**12. Distributeurs.** Les distributeurs sont ainsi les personnes qui peuvent s'insérer entre les producteurs de produits ou services et les consommateurs. Il s'agit d'intermédiaires économiques : ils offrent sur le marché des produits ou services conçus, fabriqués ou exécutés par d'autres. Du point de vue du distributeur, le producteur est un fournisseur<sup>33</sup> et le consommateur un client<sup>34</sup>. Plusieurs distributeurs peuvent s'insérer entre les producteurs et les consommateurs formant ainsi une chaîne de distribution avec des sous-distributeurs ou distributeurs intermédiaires<sup>35</sup>.

**13. Exclusion de la logistique et de la publicité.** Ainsi définie, la notion de distributeur englobe les personnes réalisant des opérations de logistique (transport, manutention, entreposage, etc.) ou de publicité puisqu'elles opèrent bien entre le stade de la production et celui de la consommation.

Cependant, seules doivent être considérées comme des distributeurs les personnes ayant un contact direct avec les consommateurs en concluant ou participant à la conclusion de contrats de vente sur les produits ou de contrats d'entreprise sur les services<sup>36</sup>.

Les distributeurs réalisent parfois eux-mêmes des opérations de logistique ou de publicité mais celles-ci sont accessoires à leur activité d'offre de produits ou services à la clientèle. Ils les réalisent alors dans le cadre de cette activité, en vue de celle-ci (déchargement, stockage, déballage et mise en rayon des produits offerts à la vente, diffusion de prospectus et autres supports publicitaires) ou par ce qu'elles en sont la suite (emballage des produits vendus, livraison aux clients, etc.).

---

<sup>31</sup> Sur les définitions de la distribution : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 3 s. – MOUSSERON (J.-M.) et autres, *Droit de la distribution*, BDE, t. 4, Libr. tech., 1975, n° 2.

<sup>32</sup> Il s'agit d'une définition économique du consommateur qui doit ainsi être distinguée de la notion juridique de consommateur qui exclut les professionnels puisqu'il est légalement défini comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (C. conso. art. préliminaire). – Retenant également une définition économique : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 5 – MOUSSERON (J.-M.) et autres, *op. cit.*, n° 3.

<sup>33</sup> Dans le cadre de cette étude, le terme de fournisseur ne sera pas limité aux personnes offrant des produits mais embrassera également celles qui conçoivent ou exécutent des prestations de services offertes aux consommateurs par des distributeurs. – Sur l'inclusion des services : *infra* n° 14.

<sup>34</sup> Adoptant cette terminologie : C. com. art. D. 440-4 et D. 440-5 (*infra* note n° 53).

<sup>35</sup> Il sera préféré la qualification de sous-distributeur pour éviter toute confusion avec les distributeurs pouvant être qualifiés d'intermédiaires contractuels comme les courtiers, commissionnaires ou mandataires. – Sur la qualification d'intermédiaire contractuel : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Préf. C. Jamin, BDP, t. 485, LGDJ, 2007 – LOYER-LEMERCIER (M.-J.), *L'intermédiaire contractuel*, thèse Paris 2, 2006.

<sup>36</sup> Cela vise donc à la fois les revendeurs, les intermédiaires contractuels (courtier, commissionnaire, mandataire) et les salariés.

Sont ainsi exclus de l'étude, les transporteurs, les autres opérateurs logistiques et les agences de publicité ou de marketing.

**14. Inclusion des services.** La distribution concerne à la fois les produits (biens matériels) et les services. Cette inclusion des services comme objets de distribution est discutée<sup>37</sup> mais très largement admise<sup>38</sup>. En effet, la vente d'un produit s'accompagne souvent de services (installation, service après-vente, etc.) et, inversement, l'exécution d'une prestation de services est fréquemment associée à la vente de produits (acquisition par le client des produits permettant de réaliser la prestation, vente de produits dérivés, etc.) ou à un transfert de propriété de produits.

Dans le cadre d'une distribution indirecte, le distributeur peut offrir des services à la clientèle en les assimilant à des produits<sup>39</sup>, c'est-à-dire en commercialisant un droit à une prestation de services qui sera réalisée par une autre personne. Tel est le cas d'une personne qui vend des cartes de rechargement pour téléphone portable ou des coffrets donnant le droit à diverses prestations (une nuit d'hôtel, un repas, etc.). Il agit alors comme un vendeur de prestations de services même si une telle qualification heurte le clivage classique entre la vente et l'entreprise<sup>40</sup>. Ainsi, par exemple, le règlement européen 330/2010 d'exemption d'interdiction des accords entre entreprises opérant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution vise à plusieurs reprises la vente ou l'achat de services<sup>41</sup>.

Toujours dans le cadre d'une distribution indirecte, le distributeur peut participer à la conclusion d'un contrat d'entreprise entre le prestataire de services et le client, il agit alors comme courtier, commissionnaire, mandataire ou salarié. C'est le cas d'une personne qui propose la souscription d'abonnements téléphoniques auprès d'un opérateur de téléphonie mobile.

La loi traite d'ailleurs généralement sur un même plan la distribution des produits et des services même si elle les distingue formellement. Ainsi, l'agent commercial est chargé « *de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestations de services* »<sup>42</sup>, le contrat du voiturier, représentant ou placier détermine « *la nature des prestations de services ou des marchandises offertes à la vente ou à l'achat* »<sup>43</sup>, le vendeur à domicile indépendant « *effectue la vente de produits ou de services* » par

---

<sup>37</sup> Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant ne conçoit que la distribution de produits et définit ainsi le distributeur comme « le revendeur faisant profession de commercialiser les produits d'un ou plusieurs fabricants ou autres fournisseurs » et la distribution comme « la fonction économique consistant à assurer l'écoulement des produits du stade de la production à celui de la consommation » (CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014) – Rappr. : BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 21 et 129 ne faisant référence qu'à la distribution de produits.

<sup>38</sup> LE TOURNEAU (P.), *Ouverture*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 149 s., p. 150, « en stricte logique, la distribution ne devrait viser que les biens, soumis à la vente, et non les services, relevant du contrat d'entreprise. Il serait préférable, quant aux services, de parler de mise à la disposition du public. Pourtant, l'usage s'est répandu d'utiliser le mot distribution indifféremment pour les biens et les services, non seulement par manque de rigueur, mais aussi parce que leur régime juridique est identique, au moins pour l'essentiel. [...] La distribution permet aux producteurs d'atteindre les consommateurs, de leur vendre les produits qu'ils produisent ou fabriquent, comme de mettre à leur disposition les services qu'ils proposent » – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 4 – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 1, qui après avoir retenu une définition ne mentionnant que les produits fait référence au « bien ou service distribué » – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 5 – MOUSSERON (J.-M.) et autres, *op. cit.*, n° 3.

<sup>39</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 4.

<sup>40</sup> Sur la question : PLANQUE (J.-C.), *La vente de prestation de service*, CCC 2003, chron. 2 – SAVATIER (R.), *La vente de services*, D. 1971, chron. p. 223 s.

<sup>41</sup> Régl. UE n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010, art. 1, les accords sont « relatifs aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre, ou revendre certains biens ou services » (a), le savoir-faire doit être « utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels » (g), l'« acheteur » est « une entreprise [...] qui vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise » (h) et le « client de l'acheteur » est « une entreprise non partie à l'accord qui achète les biens ou services contractuels à un acheteur partie à l'accord » (i).

<sup>42</sup> C. com. art. L. 134-1.

<sup>43</sup> C. trav. art. L. 7311-3.

démarchage<sup>44</sup>, les règles de la négociation commerciale s'appliquent indifféremment à l'égard du « distributeur ou [...] prestataire de services »<sup>45</sup>, l'agent général d'assurance exerce « une activité indépendante de distribution et de gestion de produits et de services d'assurance »<sup>46</sup>, etc.

Lorsqu'il distribue les services directement, le distributeur n'agit pas comme un vendeur, courtier, commissionnaire ou mandataire mais comme un entrepreneur qui accomplit des prestations de services pour les clients. Cependant, à la différence d'un entrepreneur non distributeur, le service qu'il propose est conçu par une autre personne, exécuté selon ses normes et méthodes, parfois avec des produits, outils et matériels acquis auprès d'elle, identifié par ses signes distinctifs et celle-ci percevra une partie du prix.

Par exemple, un coiffeur franchisé (*Jean-Louis David, Camille Albane*, etc.) peut être considéré comme un distributeur des services du franchiseur : il réalisera une prestation de coiffure selon le savoir-faire du franchiseur avec les produits qu'il acquerra auprès de lui, rattachera la prestation au franchiseur en utilisant son enseigne et lui versera une part du prix perçu sous forme d'une redevance.

Tout comme le distributeur d'un produit prive le fournisseur d'une partie de la valeur ajoutée qu'il aurait perçue en procédant à une vente directe, le distributeur d'un service prive son concepteur d'une partie de la valeur ajoutée qu'il aurait perçue en exécutant lui-même la prestation de services auprès de sa clientèle. La *franchise de service*, parfois opposée à la *franchise de distribution*<sup>47</sup> sera ainsi incluse au titre des opérations de distribution. Par suite, seront considérés comme des distributeurs les hôteliers franchisés (*Etap Hôtel, B&B*, etc.), les restaurateurs franchisés (*Mc Donald's, Quick, Flunch, Courtepaille, Buffalo Grill*, etc.), les loueurs de voitures franchisés (*Hertz, Avis, Ucar*, etc.), les centres de beauté franchisés (*Yves Rocher, Institut Mahler, Beguine, biothecare esthétique*, etc.), les centres de remise en forme franchisés (*l'Orange bleue, Waterbike*, etc.) ou encore les agents immobiliers franchisés (*Laforêt, Orpi, Guy Hoquet*, etc.)<sup>48</sup>.

**15. Cas de la franchise de production.** La franchise de production, aussi appelée franchise industrielle ou artisanale, notamment utilisée par *Coca-Cola*, est un contrat en vertu duquel « le franchisé fabrique lui-même, selon les indications du franchiseur des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci »<sup>49</sup>. Si cette opération se rapporte à la production, elle se rattache également à la distribution<sup>50</sup>. En effet, le détenteur d'un brevet ou d'un savoir-faire de fabrication d'un produit et d'une marque l'identifiant fait appel à un tiers pour fabriquer mais aussi pour distribuer ce produit auprès de la clientèle sous ce signe distinctif. Le titulaire d'une franchise de production est ainsi à la fois producteur et distributeur du franchiseur, il se rapproche de la situation du franchisé dans une franchise de services : la distribution du produit, à l'instar de celle du service, conduit le distributeur à assurer une fonction de production. Ces franchisés sont ainsi inclus dans le champ de l'étude en raison de leur fonction de distribution même s'ils participent également à la production.

---

<sup>44</sup> C. com. art. L. 135-1.

<sup>45</sup> C. com. art. L. 441-7, L. 441-2-1 et L. 441-2-2.

<sup>46</sup> Décret n° 96-902 du 15/10/1996, article annexe, art. 1, pris en application de l'article L. 540-2 du Code des assurances.

<sup>47</sup> Sur la question : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 44 s. – LELOUP (J.-M.), *La franchise*, 4<sup>e</sup> éd., Delmas, 2004, n° 201 s.

<sup>48</sup> Rapp. : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, n° 32178, « juridiquement, le contrat-cadre de franchise obéit à des règles semblables qu'il s'agisse de la commercialisation de produits ou de la fourniture de services. [...] Petit à petit, le service tend à devenir un produit ».

<sup>49</sup> CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 13 – Sur la question : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, op. cit., n° 171 s.

<sup>50</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, op. cit., n° 181, remarquant le caractère dualiste du contrat qui « vise à la fois la production et la commercialisation » – LELOUP (J.-M.), *La franchise*, op. cit., n° 218, « le franchisé est donc ici une entreprise de commercialisation en même temps qu'une entreprise de production ».

En revanche, sont exclues les personnes dont la fonction se limite à fabriquer des produits ou à exécuter des prestations de services qui sont commercialisés par d'autres car elles ne font que participer à la production sans assurer de rôle dans la distribution (sous-traitant<sup>51</sup>, agriculteur intégré<sup>52</sup>, fabricant d'un produit sous marque de distributeur, etc.).

**16. Multiplicité des qualifications juridiques.** Visant une personne offrant à une clientèle des produits ou services conçus, fabriqués ou exécutés par d'autres, la notion de distributeur est économique. Si le terme apparaît à plusieurs reprises dans les dispositions du droit de la concurrence dans le Code de commerce<sup>53</sup>, il n'est pas défini et ne correspond pas à une catégorie juridique identifiée et homogène<sup>54</sup>. La notion de distributeur embrasse ainsi des personnes recevant des qualifications juridiques légales, jurisprudentielles ou doctrinales très différentes pouvant, le cas échéant, se cumuler ou combiner : concessionnaire, concessionnaire exclusif, franchisé, franchisé principal, partenaire, distributeur sélectif, dépositaire, revendeur, locataire-gérant, courtier, commissionnaire, commissionnaire-affilié, mandataire, mandataire d'intérêt commun, agent commercial, gérant-mandataire, vendeur à domicile indépendant, salarié, voiturier, représentant et placier, gérant de succursale, gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire, agent immobilier, agent d'assurance, agent de voyage, diffuseur de presse, etc.

L'objet de la recherche résulte de la considération de la dépendance de ces différents distributeurs.

## C – La dépendance des distributeurs

**17. Multiplicité des liens de dépendance.** Comme tout acteur économique, le distributeur s'insère dans un réseau de relations qui constituent autant de liens de dépendance. Ceux-ci auront des natures (nécessité économique, exercice d'un pouvoir de fait, d'un pouvoir de droit, inclusion matérielle du local dans une galerie commerciale, etc.) et degrés différents (la situation de la grande surface d'une enseigne nationale n'est pas comparable à celle d'une supérette de quartier non affiliée).

Opérant sur un marché, le distributeur est évidemment dépendant des clients des produits ou services qu'il diffuse. Sans eux, son activité n'a pas d'existence, il est tributaire de leurs besoins, de leurs moyens, de leurs goûts, de leurs habitudes, etc.

Le distributeur est également dépendant de l'État, des collectivités territoriales administrant sa zone

---

<sup>51</sup> Sur la production intégrée par sous-traitance, voir notamment : GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 12<sup>e</sup> éd., 2003, n° 817 s. et les références citées.

<sup>52</sup> Sur la question, voir notamment : PREVAULT (J.) et OLSZAK (N.), *Contrat d'intégration en agriculture*, Rep. civ. Dalloz, 2006 – GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 12<sup>e</sup> éd. 2003, n° 819 s. – LORVELLEC (L.), *L'agriculteur "sous contrat"*, in *Le travail en perspectives*, dir. A. Supiot, LGDJ, 1998, p. 179 s. – FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 311 s. – MARTIN (G. J.), *Les contrats d'intégration dans l'agriculture*, RTD com. 1974, p. 1 s. – MALZIEUX (R.), *L'économie contractuelle en agriculture*, GP 1964.II.72.

<sup>53</sup> Dans les règles de la négociation commerciale, le terme apparaît synonyme de revendeur puisqu'elle s'oppose au « prestataire de services » (C. com. art. L. 441-2-1, L. 441-2-2 et L. 441-7). Dans la composition de la commission d'examen des pratiques commerciales, le terme apparaît pour désigner une catégorie de professionnels puisque les représentants des « grossistes et distributeurs » sont distingués des représentants « des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs » (C. com. art. L. 440-1 et D. 440-2), les textes distinguent ensuite les représentants des fournisseurs et ceux des distributeurs (C. com. art. D. 440-4 et D. 440-5). Dans les textes des pratiques restrictives de concurrence prohibées, le terme de distributeur apparaît dans la notion de « produits sous marque de distributeur » (C. com. art. L. 442-6, I, 5° et 10°) puis dans « la violation de l'interdiction de vente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive » (C. com. art. L. 442-6, I, 6°). Il apparaît également dans un texte listant les restrictions caractérisées de concurrence (« restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finaux ») s'opposant à ce que l'Autorité de la concurrence décide qu'il n'y a pas lieu de poursuivre une procédure pour entente anticoncurrentielle (C. com. art. L. 464-6-1).

<sup>54</sup> Si le terme de distribution apparaît dans le *Vocabulaire juridique*, celle de distributeur est absente (CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014).



d'activité, des organismes de sécurité sociale, de son bailleur, de son banquier, de son fournisseur d'électricité, d'eau et de nombreuses autres personnes qui interviennent dans son activité économique.

Sa position d'intermédiaire entre le fournisseur et le consommateur fait également apparaître des liens de dépendance spécifiques. En effet, offrant des produits ou services conçus, fabriqués ou exécutés par d'autres, le distributeur est particulièrement dépendant de ses fournisseurs. Sa fonction n'existe que si les produits ou services peuvent être fabriqués ou exécutés, il est donc tributaire des décisions du fournisseur qui maîtrise leur conception, fabrication et prestation. En particulier, l'abandon ou la modification d'un produit ou service affectera directement son activité.

Par ailleurs, s'il est intégré à un réseau de distribution<sup>55</sup>, le distributeur sera également dépendant des autres distributeurs qui en sont membres car leurs comportements auront potentiellement des répercussions sur son activité. Par exemple, la baisse du prix de vente des produits ou services opérée par un distributeur pourra provoquer une captation de la clientèle des autres distributeurs, l'atteinte à l'image des produits ou services par un distributeur sera ressentie par les autres. Ainsi, la médiatisation de manquements aux règles d'hygiène ayant entraîné une intoxication alimentaire d'un client d'un restaurant *Quick* affectera la clientèle de l'ensemble des franchisés de l'enseigne.

**18. Restriction à la dépendance par rapport au fournisseur.** L'étude se retiendra aux seuls liens de dépendance du distributeur avec le ou les fournisseurs<sup>56</sup> des produits ou services distribués et aux seuls effets de ces liens dans les rapports entre le(s) fournisseur(s) et le distributeur.

Sont ainsi exclus de façon générale les effets du lien de dépendance du distributeur à l'égard d'un fournisseur sur les tiers (concurrents, autres distributeurs, clients, organismes de sécurité sociale, etc.)<sup>57</sup>, c'est-à-dire à la fois l'effet de cette dépendance sur les rapports entre un tiers et le fournisseur et entre un tiers et le distributeur. Par exemple, bien que la cession d'une activité de distribution intéresse des relations avec un tiers (cessionnaire), l'étude se limitera à ses aspects dans les relations entre le distributeur et le fournisseur (autorisation de cession, agrément du cessionnaire, etc.). Néanmoins, un détour par les effets sur d'autres rapports sera parfois nécessaire pour mettre en évidence la nature ou le degré de dépendance du distributeur à l'égard d'un fournisseur. Ainsi, la question de l'existence ou de l'absence d'un fonds de commerce propre au distributeur s'est essentiellement posée dans le cadre des rapports entre le distributeur et son bailleur<sup>58</sup> mais concerne également les rapports entre le distributeur et ses fournisseurs.

Par ailleurs, seule la dépendance du distributeur entre dans l'objet de l'étude, c'est-à-dire les effets du lien de dépendance sur la situation du distributeur. La dépendance des fournisseurs à l'égard des distributeurs est donc exclue<sup>59</sup>. Cette focalisation sur la situation du distributeur ne signifie nullement que celle du fournisseur ne sera pas considérée. En particulier, la question de la protection du distributeur contre certains

---

<sup>55</sup> AMIEL-COSME (L.), *op. cit.* – V. également : MARTEL (D.), *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, Préf. P. Stoffel-Munck, Bibl. IRJS, t. 34, IRJS éd., 2012.

<sup>56</sup> Le terme de fournisseur est pris, dans un sens large, comme visant toute personne qui conçoit, fabrique ou exécute un produit ou un service offert aux consommateurs par un tiers (le distributeur) (*supra* note n° 33).

<sup>57</sup> Sur l'effet de la dépendance d'un distributeur sur les tiers : DEL CONT (C.), *op. cit.* – DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 618 s. – Sur la dépendance entre les distributeurs d'un réseau de distribution et les effets du réseau sur les tiers : AMIEL-COSME (L.), *op. cit.* – V. également : RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, Préf. Y. Picod, avant-propos L. Vogel, Fondation Varenne, LGDJ, 2014, n° 498 s.

<sup>58</sup> *Infra* n° 388.

<sup>59</sup> Sur cette dépendance : EUTEDJIAN (C.), *Le droit face aux subordinations économiques dans les relations de distribution*, thèse Aix-Marseille 3, 1999.

risques ou effets de la dépendance ne peut être envisagée sans considération des intérêts du fournisseur<sup>60</sup>.

**19. Restriction aux distributeurs opérant en France.** La distribution est aujourd'hui internationalisée, les distributeurs et les fournisseurs peuvent avoir des nationalités différentes et opérer sur les territoires de plusieurs États. Toutefois, l'étude se limitera aux rapports mettant en jeu des distributeurs opérant en France et donc régis, au moins en partie, par le droit français et européen<sup>61</sup>. Les règles applicables aux distributeurs opérant dans d'autres États et les questions de détermination de la loi applicable ou de la juridiction compétente ne seront donc pas spécifiquement abordées. L'étude se limitera donc au droit interne de la dépendance d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur. En particulier, les rapports de distribution régis par une loi étrangère ne seront abordés que pour déterminer les règles internes ne pouvant être écartées car ayant valeur de loi de police ou composant l'ordre public international français.

**20. Synthèse.** L'objet de l'étude est ainsi constitué par les liens de subordination, préposition, allégeance, assujettissement, besoin, nécessité, puissance, pouvoir, autorité ou influence (dépendance) entre les personnes offrant sur le marché français des produits ou services conçus, fabriqués ou exécutés par d'autres (distributeurs) et ces concepteurs, fabricants ou prestataires (fournisseurs) ; ces liens étant uniquement considérés dans leurs effets internes (dans les relations entre distributeurs et fournisseurs) et non externes (dans les relations avec des tiers).

L'appréhension de cet objet par le droit permettra de faire apparaître la problématique de l'étude.

## II – DÉFINITION DE LA PROBLÉMATIQUE

**21. Plan.** Une analyse élémentaire du droit de la dépendance des distributeurs permet d'aboutir à plusieurs constats (A) pouvant fonder une hypothèse de recherche et une problématique (B).

### A – Constatations préalables

**22. Multiplicité qualification et régimes juridiques.** Il a déjà été constaté que les distributeurs pouvaient recevoir de multiples qualifications juridiques<sup>62</sup> alors même qu'ils exercent tous une fonction économique identique d'offre de produits ou services conçus, fabriqués ou exécutés par d'autres.

Ces qualifications entraînent parfois un rattachement à une législation spéciale : certains distributeurs relèvent ainsi du droit commercial (locataire-gérant, courtier, commissionnaire, vendeur à domicile indépendant, franchisés, concessionnaires, etc.) même s'ils ont une activité civile (agent commercial, gérant-mandataire), d'autres relèvent du droit du travail (salarié, VRP) même s'ils restent des commerçants (gérant de succursale, gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire), d'autres encore relèvent du droit des assurances (agent d'assurance), etc.

Or, ces qualifications et rattachements ont des conséquences sur le régime applicable aux rapports entre le distributeur et le fournisseur. Certaines qualifications entraînent une soumission totale au droit du travail

---

<sup>60</sup> *Infra* n° 896 s.

<sup>61</sup> Le droit européen est entendu comme le droit de l'Union européenne. Sont ainsi notamment inclus dans le champ de l'étude, les règles de concurrence européennes (TFUE art. 101 et 102 et les règlements d'exemption) et la directive sur l'agence commerciale (Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986).

<sup>62</sup> *Supra* n° 16.

(contrat de travail), d'autres une soumission partielle (gérant de succursale, gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire, VRP), d'autres une soumission au droit du mandat aménagé par des règles spéciales inspirées du droit du travail (agent général d'assurance, agent commercial, gérant-mandataire), d'autres encore sont essentiellement régis par le droit commun et spécial des contrats du Code civil (franchisé, concessionnaire, locataire-gérant, etc.) éventuellement aménagé par des règles spéciales du droit commercial (règles sur la location-gérance, sur les courtiers, commissionnaires, sur les clauses d'exclusivité, sur l'information précontractuelle) ou par des règles du droit de la concurrence (limitations issues de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence).

Le contenu des régimes peut ainsi différer de façon importante. Par exemple, le salarié devra être remboursé de ses frais professionnels, il sera assuré de percevoir un salaire minimal et une indemnité de fin de contrat<sup>63</sup> ; l'agent commercial pourra ne pas être remboursé de ses frais, ne sera pas assuré de percevoir une rémunération minimale mais touchera une indemnité importante en fin de contrat<sup>64</sup> ; le franchisé assumera seul les frais de son activité, ne sera assuré d'aucune rentabilité minimale, ne bénéficiera en principe d'aucune indemnité de fin de contrat et n'aura pas le droit à la reprise de ses stocks<sup>65</sup>, le commissionnaire-affilié devra assumer les frais de son activité et ne bénéficiera en principe d'aucune indemnité de fin de contrat mais n'aura pas à acquérir les produits et ne courra donc pas le risque d'inventus<sup>66</sup>. Le salarié, le commissionnaire-affilié et le gérant-mandataire pourront se voir imposer les prix à pratiquer auprès de la clientèle pour les produits ou services alors que l'agent commercial devra disposer d'une certaine marge de manœuvre et que le franchisé pourra seulement être tenu par des prix maximum<sup>67</sup>.

**23. Concurrence des qualifications et régimes juridiques.** S'observe ainsi, en pratique, une concurrence entre les qualifications et régimes juridiques.

Un producteur de biens ou services cherchant à les diffuser par le biais de distributeurs pourra recourir à des formules très différentes qu'il choisira et combinera selon ses intérêts, ses moyens et les nécessités du marché. Par suite, des distributeurs diffusant les mêmes produits ou services, parfois pour un même fournisseur, pourront recevoir des qualifications différentes et obéir à des régimes juridiques distincts.

Par exemple, un fournisseur disposant de moyens financiers et ne souhaitant pas distribuer ses produits ou services par le biais de canaux existants (grandes surfaces, magasins à *corners*, etc.) pourra ouvrir plusieurs magasins en propre (succursales), le cas échéant, pour y tester un concept de distribution. Pour les gérer en évitant ou limitant les contraintes du droit du travail, il ne recrutera pas de gérants salariés mais recourra à des gérants-mandataires voire, après quelques années, donnera les fonds en location-gérance. Pour se développer sans engager de nouveaux fonds propres et en limitant ses risques, il ouvrira des magasins en franchise, en concession ou encore en commission-affiliation. Pour diffuser ses produits ou services dans des régions où des points de distribution localisés ne seraient pas rentables, il recourra à des salariés itinérants, à des voituriers, représentants ou placiers, à des commissionnaires, à des courtiers ou à des agents commerciaux. Pour se développer dans des pays étrangers dont il ne maîtrise ni les marchés, ni les

---

<sup>63</sup> *Infra* n° 538 s. et 754 s.

<sup>64</sup> *Infra* n° 557 s. et 766 s.

<sup>65</sup> *Infra* n° 126 s., 557 s., 779 s. et 1059.

<sup>66</sup> *Infra* n° 172 s. et 779 s.

<sup>67</sup> *Infra* n° 130, 172 s., 186 et 249.

environnements juridiques, il pourra recourir à des agents commerciaux locaux ou à des franchisés principaux chargés de créer et d'organiser un réseau de franchisés.

A une même opération économique peut ainsi correspondre plusieurs qualifications et régimes juridiques concurrents. La gérance d'un magasin propriété du fournisseur peut être qualifiée de contrat de travail (gérant salarié) ou entrer dans le champ du statut des gérants de succursales, de celui des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire, de celui du locataire-gérant ou encore de celui du gérant-mandataire du Code de commerce. La mission de prospection d'une clientèle peut correspondre à un contrat de travail (vendeur salarié), au statut du VRP, au statut de l'agent commercial, à un simple mandat d'intérêt commun, à une commission ou à un courtage permanent. La diffusion des produits ou services dans un magasin non propriété du fournisseur peut s'effectuer dans le cadre d'une franchise, d'une concession, d'une commission-affiliation, d'un accord d'approvisionnement exclusif ou encore de distribution sélective.

Or, un certain nombre de ces qualifications sont légales et les régimes juridiques associés d'ordre public (contrat de travail, gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire, locataire-gérant, gérants-mandataires du Code de commerce, VRP, agence commerciale). Le choix du fournisseur est donc contraint.

## **B – Hypothèse et problématique**

**24. Hypothèse.** La constatation de l'existence d'une multiplicité de qualifications juridiques concurrentes auxquelles correspondent des régimes différents des rapports entre les distributeurs et leurs fournisseurs rendant parfois partiellement applicables ou s'inspirant de règles du droit du travail – archétype du droit des dépendants<sup>68</sup> –, conduit à poser l'hypothèse que cette multiplicité correspondrait à des situations différentes de dépendance des distributeurs à l'égard des fournisseurs<sup>69</sup>. La variété des qualifications et régimes répondrait ainsi à la complexité de la dépendance des distributeurs.

**25. Problématique.** Il s'agit donc de savoir si les multiples différences de protection des distributeurs en droit positif sont justifiées par des différences dans la nature ou le degré de leur dépendance à l'égard des fournisseurs ; en d'autres termes, de vérifier l'existence d'une corrélation entre la nature ou le degré de dépendance du distributeur à l'égard d'un fournisseur et la protection accordée par le droit.

Répondre à cette question présente des intérêts théoriques et pratiques indéniables.

---

<sup>68</sup> REVET (T.), *Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195, affirmant que le contrat de travail est « l'archétype, assurément, des contrats de dépendance ».

<sup>69</sup> Rappr. : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 402 s., soutenant que « le critère essentiel de la qualification [des différentes catégories de distributeurs] [...] tient au degré d'autonomie ou de dépendance juridique du distributeur ».

### III – INTÉRÊTS DE LA RECHERCHE

**26. Caractère inédit.** La dépendance a fait l'objet de plusieurs études significatives en droit des contrats et en droit de la concurrence<sup>70</sup>, parfois à travers la notion de domination, de puissance ou de pouvoir<sup>71</sup> et en droit du travail à travers la notion de subordination juridique<sup>72</sup>. Mais, alors qu'elle est omniprésente et transversale dans les questionnements du droit de la distribution<sup>73</sup>, aucune thèse n'a été consacrée spécifiquement à la dépendance des distributeurs<sup>74</sup>. Par ailleurs, les thèses de droit de la distribution se limitent généralement à aborder certaines formes de distribution des produits ou services : la revente<sup>75</sup> notamment dans le cadre de contrats de concession, de franchise ou de distribution sélective<sup>76</sup>, l'agence commerciale<sup>77</sup> ou encore la gérance des succursales de commerce de détail alimentaire<sup>78</sup>. Elles ne traitent pas à la fois des revendeurs et des intermédiaires contractuels, des distributeurs soumis au droit du travail et des distributeurs soumis au droit économique<sup>79</sup>. De même, les traités, manuels et encyclopédies traitent systématiquement de façon distincte les revendeurs et les intermédiaires<sup>80</sup>, excluent parfois certains

<sup>70</sup> V. not. : DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007 – DEL CONT' (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Préf. F. Collart Dutilleul et G. J. Martin, L'Harmattan, 1997 – VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986.

<sup>71</sup> V. not. : CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010 – LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004 – CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996.

<sup>72</sup> AUBERT-MONTPEYSEN (T.), *Subordination juridique et relation de travail*, Préf. M. Despax, Ed. CNRS, 1988 – FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 52, LGDJ, 2010 – GARDES (D.), *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, Préf. L. Casaux-Labrunée, PUTC, 2013.

<sup>73</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 3.

<sup>74</sup> V. cependant : EUTEDJIAN (C.), *Le droit face aux subordinations économiques dans les relations de distribution*, thèse Aix-Marseille 3, 1999, définissant la subordination économique comme « la participation de l'intéressée à l'entreprise commerciale de son partenaire privilégié, sa soumission à des directives et des contrôles en vue de faire bénéficier ce dernier de l'activité déployée à son profit » (n° 32) et la distinguant de la subordination juridique et de la subordination structurelle qui consiste à créer une filiale ou un groupement d'intérêt économique (n° 21 s.) – Une recherche le 09/03/15, sur la base SUDOC (<http://www.sudoc.abes.fr/>), des termes « dépendance » et « distributeur », dans les mots du titre ou les mots sujet, de toutes les publications (livres, thèses, etc.), ne donne aucun résultat. Celle de « dépendance » et « distribution » donne 64 résultats dont seulement 2 pertinents (beaucoup concernent la drogue, l'alcool, les populations de poisson, etc.) : un mémoire de Master 2 de 2011 (SAUGNIER (E.)) « L'abus de dépendance économique dans les réseaux de commerçants indépendants », Université de Bourgogne, 2011) et un mémoire de DEA de 1996 (LECOEUR (A.)), « La notion de dépendance économique dans les relations entre grande distribution et fournisseurs », Université de Limoge, 1996).

<sup>75</sup> Sur la question : MAINGUY (D.), *La revente*, Préf. P. Malaurie, BDE, t. 35, Litec, 1996.

<sup>76</sup> DIAS (C.), *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Préf. I. Urbain-Parléani, PUAM, 2014, l'auteur traite des contrats de fourniture, notamment de la concession et de la franchise mais pas des distributeurs soumis au droit du travail et des intermédiaires contractuels (courtiers, commissionnaires, mandataires, agents commerciaux, mandataires-gérants, etc.) – AL SURAIHY (Y.), *La fin du contrat de franchise*, thèse Poitiers, 2008 – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. Cl. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002 – LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Préf. M. Pédamon, BDE, t. 57, Litec, 2002, l'auteur exclut les distributeurs soumis au droit du travail et tous les intermédiaires contractuels au motif que « de tels contrats excluent toute indépendance juridique et ne laissent donc peu de place aux comportements opportunistes pour se développer » (n° 7). L'agent commercial est pourtant légalement qualifié d'indépendant (C. com. art. L. 134-1). – VIENNOIS (J.-P.), *La distribution sélective*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 41, Litec, 1999 – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, l'auteur traite essentiellement des contrats de concession, de franchise et de distribution sélective (n° 1 et 7 s.) – SEUBE (A.), *Le contrat de fourniture*, thèse Montpellier, 1970.

<sup>77</sup> Sur l'agence commerciale : FOURNIER (F.), *L'agence commerciale*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 37, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2005 – CATONI (J.), *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, Préf. J. Gauthier, BDC, t. 22, Sirey, 1969.

<sup>78</sup> JACQUET (P.), *La succursale et le gérant des maisons d'alimentation*, thèse Lyon, 1934 – DECAUDIN (J.), *Le gérant non-salarié dans les maisons d'alimentation à succursales multiples*, thèse Paris, 1951.

<sup>79</sup> V. cependant : LATI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, l'auteur traite, d'une part, des salariés, VRP, agents commerciaux, commissionnaires et courtiers qu'il rattache à « la force de prospection de l'entreprise » et, d'autre part, des concessionnaires, franchisés, gérants de succursale, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire et distributeurs sélectifs qu'il rattache à « la force de diffusion de l'entreprise ». Les qualifications et régimes des premiers sont présentés successivement mais non comparés. Les qualifications et régimes des seconds sont également présentés successivement et seulement comparés ponctuellement et brièvement sur des points restreints (n° 475 s.). Par ailleurs, des évolutions substantielles des procédés de distribution et surtout de la loi et de la jurisprudence sont intervenues depuis.

<sup>80</sup> V. par ex. : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 24 et 65, retenant une « *summa divisio* », une « distinction fondamentale » entre les « commerçants indépendants », qui « achètent et revendent pour leur compte » et « les intermédiaires qui agissent pour le compte d'autrui » – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 62 s., distinguant la diffusion opérée par des salariés ou intermédiaires et les autres formes de distribution. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 6 – BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution...*, *op. cit.*, p. 131 s.

distributeurs (les salariés, les locataires-gérants<sup>81</sup>, etc.) et n'approfondissent pas la comparaison de leurs situations. Ils ne mettent pas spécifiquement en évidence les différences de régime et, *a fortiori*, n'interrogent pas leurs justifications.

**27. Intérêts théoriques.** La recherche présentera ainsi l'intérêt de comparer les qualifications et régimes pour apprécier la cohérence de l'encadrement juridique des relations entre distributeurs et fournisseurs et interroger les fondements des protections accordées.

Comparer les différents régimes juridiques applicables aux distributeurs permet également de mesurer l'influence des opérations juridiques de la distribution sur l'évolution des frontières et du contenu du droit civil (évolution de la figure du mandat<sup>82</sup>, consécration de la notion de contrat-cadre<sup>83</sup>, etc.), du droit du travail (extension, refoulement ou adaptation, notamment par des statuts spéciaux<sup>84</sup>), du droit commercial (évolution du courtage, de la commission<sup>85</sup>, renouvellement de la notion de fonds de commerce<sup>86</sup>, etc.) et du droit de la concurrence (développement des pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence<sup>87</sup>).

**28. Intérêts pratiques.** Au-delà de ces intérêts théoriques, la recherche présente des intérêts pratiques indéniables. En effet, il sera constaté que les frontières entre les différentes qualifications juridiques applicables à une même activité de distribution sont à la fois multiples, incohérentes et imprécises<sup>88</sup> si bien qu'elles font courir un risque de requalification important se traduisant par une grande insécurité juridique pour les acteurs de la distribution. Or, outre ses conséquences civiles, la requalification peut s'accompagner de sanctions pénales, notamment pour travail dissimulé<sup>89</sup>.

Il sera également constaté qu'à l'incertitude de la qualification s'ajoute parfois celle du contenu du régime devant en découler notamment lorsque le droit du travail est appliqué à un commerçant sans requalification<sup>90</sup>, lorsque le droit de la concurrence entre en conflit avec le droit commun des contrats<sup>91</sup> ou encore lorsqu'un statut spécial est muet sur des aspects de la relation entre le fournisseur et le distributeur.

A la quête d'un droit cohérent, s'ajoute donc celle d'un droit sécurisant les acteurs économiques en leur offrant un environnement juridique propice à l'investissement, à la collaboration et à l'échange.

---

<sup>81</sup> Par exemple : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 57, excluant les distributeurs salariés en renvoyant aux « ouvrages du droit du travail » et le locataire-gérant au motif que « sa situation est celle d'un commerçant libre, qui n'est pas assujéti à une dépendance économique à son bailleur et détermine librement ses conditions d'exploitation ».

<sup>82</sup> *Infra* n° 702 s.

<sup>83</sup> Sur la question : GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, Préf. M. Béhar-Touchais, BDP, t. 273, 1996 – SAYAG (A.) (dir.), *Le contrat-cadre. 1-Exploration comparative*, Litec, 1994 – SAYAG (A.) (dir.), *Le contrat-cadre. 2-La distribution*, Litec, 1995.

<sup>84</sup> *Infra* n° 175 s et 215 s.

<sup>85</sup> *Infra* n° 172 s.

<sup>86</sup> *Infra* n° 429 s.

<sup>87</sup> Le développement du droit des pratiques restrictives de concurrence est très lié aux pratiques observées dans la distribution (MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 27). – Sur la question : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004 – CHONE (A.-S.), *op. cit.* – MARTIN (M.), *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, Préf. L. Vogel, PUAM, 2012.

<sup>88</sup> *Infra* n° 466.

<sup>89</sup> Pour des exemples de franchiseurs condamnés pour travail dissimulé après requalification de contrats de franchise en contrats de travail : Crim. 27/11/2001 : n° 01-83767 – Crim. 31/03/1998 : n° 97-82979.

<sup>90</sup> *Infra* n° 220 s.

<sup>91</sup> *Infra* n° 249.

## IV – MÉTHODE DE RECHERCHE

**29. Plan.** L'étude de la corrélation entre les protections prévues par le droit et la nature ou le degré de dépendance d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur recèle plusieurs difficultés (A) qui rendent nécessaire la mise en œuvre d'une méthodologie (B) dans le cadre d'une démarche structurée (C).

### A – Difficultés

**30. Présentation.** Les deux difficultés principales d'une étude de la dépendance des distributeurs résident dans la pluralité des branches ou domaines du droit concernés et la complexité de l'objet étudié.

**31. Pluralité des branches ou domaines du droit.** Elle suppose de procéder à une étude de droit comparé interne, à mettre en rapport le droit civil, le droit commercial, le droit de la concurrence et le droit du travail<sup>92</sup>. Or, ces droits ont des logiques et concepts propres. En particulier, le droit du travail est souvent considéré comme particulier, voire autonome, par rapport au droit civil<sup>93</sup>, au droit commercial et au droit de la concurrence<sup>94</sup>. Des termes identiques peuvent ainsi être utilisés dans des sens très différents<sup>95</sup> et des termes distincts renvoyer à des réalités pourtant comparables<sup>96</sup>. Il sera nécessaire de prendre du recul sur ces cloisonnements et de dépasser les différences terminologiques. Il apparaîtra alors que le droit du travail peut être une source de renouvellement des analyses du droit économique car il bénéficie d'un recul important dans l'encadrement juridique des rapports asymétriques<sup>97</sup>. Inversement, le droit économique peut contribuer

---

<sup>92</sup> Sur les rapports entre droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence, voir notamment : CHONE (A.-S.), *op. cit.* – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.* – VOGEL (L.), *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence* : RCC 115/2000, p. 6 s. – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence et droit des obligations*, CDE 2/2000, p. 11 s. – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D. 1995, chron. p. 51 s. – MESTRE (J.), *De la forte emprise du droit de la concurrence sur le contenu du contrat*, RTD civ. 1994, p. 349 s. – DREIFFUS-NETTER (F.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, RTD civ. 1990, p. 639 s.

Sur les rapports entre droit social et droit de la concurrence, voir notamment : DRIGUEZ (L.), *Droit social et Droit de la concurrence*, Préf. L. Idot, FEC/Bruyant, 2006 – NEAU-LEDUC (C.), *Contrats de travail et pratiques anticoncurrentielles, les liaisons dangereuses*, note ss RLC 09/2006, p. 23 s. – IDOT (L.), *Sur les relations entre droit social et droit de la concurrence*, Europe/01/1996, p. 1 et 11/1999, p. 4 – LYON-CAEN (A.), *Droit social et droit de la concurrence - Observations sur une rencontre*, in Mél. J. Savatier, PUG, Paris 1992, p. 331 s. – LYON-CAEN (G.), *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, DO 1992, p. 313 s. – PUTMAN (E.), *Les rapports entre droit social et droit de la concurrence*, RIDE 2/98, p. 107 s.

<sup>93</sup> Sur ces questions, voir notamment : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2014, n° 60 s. – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 28 – LE GOFF (J.), *Droit du travail et société*, t. 1, PUR, 2001, p. 29 s. – SUPIOT (A.), *Pourquoi un droit du travail ?*, DS 1990, p. 485 s. – BRUN (A.) et GALLAND (H.), *Droit du travail*, t. 1, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1978, n° 123 s. – LYON-CAEN (G.), *Les principes généraux du droit du travail*, in Mél. G. H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 35 s. – LYON-CAEN (G.), *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*, RTD civ. 1974, p. 229 s. – CAMERLYNCK (G. H.), *L'autonomie du droit du travail*, D. 1956, chron. p. 23 s. – DURAND (P.), *Le particularisme du droit du travail*, DS 1945, p. 298 s.

<sup>94</sup> Rappr. : RODIÈRE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 356, constatant que « le droit communautaire n'a certainement pas voulu assimiler celui qui fournit son travail en état de subordination, ou qui met sa force de travail au service d'autrui, à un fournisseur ordinaire de biens ou de services. Il procède au contraire à partir d'une distinction claire, proche de l'antinomie, entre le travailleur (salarié), relevant des règles et de protections qui lui sont propres, et l'entreprise, assujettie au respect de la concurrence ».

<sup>95</sup> Par exemple, le mandataire salarié est un indépendant pour le droit civil (C. civ. art. 1999) et les notions de faute grave ou lourde ne recouvrent pas nécessairement les mêmes réalités en droit civil, en droit commercial et en droit du travail.

<sup>96</sup> Par exemple, le droit civil et le droit commercial ne connaissent pas le licenciement ou la prise d'acte mais la résiliation et la cessation du contrat à l'initiative d'un contractant justifiée par des circonstances imputables à l'autre (C. com. art. L. 134-13, 2°).

<sup>97</sup> Dans ce sens : RADÉ (C.), *Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ?*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 589 s., p. 598, exposant que le droit du travail est un « laboratoire expérimental des droits catégoriels » destinés à protéger « certaines catégories de personnes placées en situation d'infériorité économique » – Sur la question, voir également : VERKINDT (P.-Y.), *Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 197 s. – Sur la pénétration du droit du travail dans le droit commercial : TEYSSIÉ (B.) et ANTONMATTEI (P.-H.), *À propos de la force de vente de l'entreprise : du droit commercial au droit du travail*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. B. Teyssié, Litec, 1992, p. 5 s.

à l'évolution du droit du travail car il a notamment su intégrer l'analyse économique dont le droit du travail peut aussi être l'objet<sup>98</sup>.

**32. Complexité de l'objet.** La seconde difficulté de la recherche tient dans la complexité de son objet. En effet, il a été souligné la diversité des acteurs de la distribution entrant dans le champ de l'étude, de leurs qualifications et régimes. De nombreuses comparaisons devront ainsi être opérées, parfois entre des acteurs répondant à des qualifications très différentes qui sont classiquement considérées comme exclusives (salariés et mandataires, mandataires et commissionnaires) mais peuvent parfois se combiner. La complexité de l'objet est renforcée par celle de la dépendance, réalité protéiforme et évolutive.

Pour pouvoir procéder à ces comparaisons et dépasser les différences terminologiques ou formelles, une méthode d'analyse spécifique devra être mise en œuvre.

## B – Méthodologie

**33. Analyse substantielle.** D'après Farjat, son promoteur, « *l'analyse substantielle consiste à analyser, à qualifier, ou à critiquer, des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par un examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons : droit substantiel ou "matériel". Cette analyse s'oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle* »<sup>99</sup>. L'un des intérêts de l'analyse substantielle est sa dimension critique, elle permet de questionner les catégories juridiques en les confrontant aux faits. Il ne s'agit pas de soumettre le droit aux faits<sup>100</sup>, de nier sa dimension normative mais, au contraire, de mettre en évidence que certaines qualifications juridiques, certaines catégories juridiques, sont en décalage avec les faits dont elles sont censées rendre compte en droit, ce qui altère la fonction normative du droit. En effet, pour modifier la réalité, il faut d'abord la connaître et l'appréhender. Or, la réalité étant évolutive, il n'est pas étonnant que des catégories formelles du droit devenues classiques finissent par être dépassées par les mutations économiques et sociales. L'analyse substantielle a ainsi contribué au dépassement des distinctions entre le droit public et le droit privé, entre les personnes et les choses<sup>101</sup>, à la mise en évidence de décalages entre la propriété juridique et la propriété économique, entre le pouvoir économique et la responsabilité<sup>102</sup>,

---

<sup>98</sup> Sur l'analyse économique en droit du travail, voir notamment : SACHS (T.), *La raison économique en droit du travail*, Préf. G. Borenfreud, Post. O. Favereau, BDS, t. 58, LGDJ, 2013 – ICARD (J.), *Analyse économique et droit du travail*, thèse Paris 1, 2012 – LEROY (Y.), *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Préf. C. Marraud, BDS, t. 55, LGDJ, 2011, n° 148 s. – CESARO (J.-F.), *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica, 2010, p. 185 s. – BOURREAU-DUBOIS (C.) et DEFFAINS (B.), *Economie et droit du travail : des discours concurrents mais non rivaux*, Travail et Emploi 120/2009, p. 9 s.

<sup>99</sup> FARJAT (G.), *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique*, RIDE 1/1986, p. 9 s. – Cette méthode est privilégiée par l'école niçoise du droit économique. Sur l'analyse substantielle et cette école : Numéro spécial consacré à l'École niçoise de droit économique, RIDE 04/2013, p. 407 s. – MARTIN (G. J.) et autres, *Le droit économique aujourd'hui*, D. 2010, p. 1436 s. – RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *Retour sur l'analyse substantielle en droit économique*, RIDE 3/2007, p. 259 s. – FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 107 s. – V. également : SUEUR (J.-J.), *Droit économique et méthodologie du droit*, in Mél. G. Farjat, Ed. Frison-Roche, 2000, p. 291 s.

<sup>100</sup> Sur la question : ATIAS (C.) et LINOITE (D.), *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, chron. p. 251 s.

<sup>101</sup> FARJAT (G.), *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts*, RTD civ. 2002, p. 221 s.

<sup>102</sup> DEL CONT (C.), *op. cit.* – V. également : BLANLUET (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, Préf. P. Catala et M. Cozian, BDP, t. 313, LGDJ, 1999 – DE BOÜARD (F.), *op. cit.*



notamment à travers les notions de contrôle et d'intégration<sup>103</sup>. Son domaine privilégié est la connaissance juridique des pouvoirs privés économiques<sup>104</sup> et des phénomènes de dépendance qu'ils entraînent.

L'analyse substantielle invite naturellement à « *travailler non par branche du droit ou discipline mais par objet de recherche* »<sup>105</sup> et permettra ainsi de décloisonner le droit civil, le droit commercial, le droit de la concurrence et le droit du travail. Appliquée à des rapports économiques, elle tirera également particulièrement profit de l'analyse économique.

**34. Apport de l'analyse économique.** Les rapports entre fournisseurs et distributeurs peuvent être l'objet d'une analyse économique sur plusieurs aspects et dimensions.

Les fournisseurs et distributeurs sont soumis aux règles de concurrence qui intègrent des analyses économiques<sup>106</sup>. En particulier, la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles met en œuvre des analyses économiques à l'échelle d'un marché qui auront des effets sur les rapports entre fournisseurs et distributeurs, en incitant, dissuadant ou interdisant certains comportements.

Les rapports entre fournisseurs et distributeurs peuvent également faire l'objet d'une analyse économique en eux-mêmes, indépendamment de leur effet sur le marché. Cette analyse vise notamment à expliquer le comportement de chacun des acteurs : décision d'établir une relation de distribution, choix d'une forme de distribution parmi celles disponibles, décision de rompre une relation, etc. Le contrat de distribution est ainsi un terrain propice à l'analyse économique<sup>107</sup>. Celle-ci permet, en particulier, de dégager des éléments d'explication de l'échec de certaines normes visant à modifier les comportements des acteurs de la distribution et, partant, de concevoir des normes effectives<sup>108</sup> et efficaces<sup>109</sup>. Il ne s'agit pas de soumettre le droit à l'économie mais de tenir compte de l'analyse économique pour élaborer un droit régissant des activités économiques<sup>110</sup>. Ainsi, même s'il ne sera pas recouru à l'économétrie, l'analyse économique imprègnera cette étude à la fois pour mettre en évidence et expliquer des inadaptations du droit positif et pour apprécier prospectivement la pertinence de nouvelles normes.

Cependant, en postulant la rationalité des acteurs économiques, l'analyse économique, comme l'analyse

---

<sup>103</sup> Sur l'ensemble de ces questions : FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, 2004 – FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982.

<sup>104</sup> MARTIN (G. J.) et autres, *op. cit.*, p. 1439, définissant le droit économique comme « *la discipline scientifique et pratique qui a pour objet l'étude des "rapports économiques – c'est-à-dire ceux qui organisent l'économie ou un secteur de cette économie par la centralisation des décisions et du pouvoir économique –, et les modalités selon lesquelles se constitue, s'exerce et se règle le pouvoir économique"* » – V. également : FARJAT (G.), *Les pouvoirs privés économiques*, in Mél. P. Kahn, Litec, 2000, p. 613 s.

<sup>105</sup> MARTIN (G. J.) et autres, *op. cit.*, p. 1439.

<sup>106</sup> CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, n° 86 s. – V. également : SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008.

<sup>107</sup> Sur la question, voir notamment : CATHIARD (A.), *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, Préf. X. Lagarde, PUAM, 2006 – RAYNAUD (E.), *Éléments d'analyse économique*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 7 s. – Pour une synthèse des théories économiques du contrat : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 57 – Sur l'analyse économique du droit en général, voir notamment : DEFFAINS (B.) et LANGLAIS (E.), *Analyse économique du droit*, De Boeck, 2009 – MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008 – DEFFAINS (B.) (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002 – OGUS (A.) et FAURE (M.), *Économie du droit : le cas français* Préf. L. Vogel, éd. Panthéon-Assas, 2002. – Sur l'analyse économique du droit des contrats, voir notamment : MUIR-WATT (H.), *Analyse économique et perspective solidariste*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 183 s. – GHESTIN (J.), *L'évolution du droit français des contrats et l'économie*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, dir. B. Deffains, Cujas, 2002, p. 123 s. – LEVASSEUR (M.), *Les clauses abusives entre professionnels vues sous l'angle économique*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 95 s.

<sup>108</sup> Par effectivité d'une norme, il est entendu sa capacité à réellement s'appliquer dans la réalité, c'est-à-dire à produire un effet normatif sur ses destinataires. – Sur la question : LEROY (Y.), *L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail*, Préf. C. Marraud, BDS, t. 55, LGDJ, 2011.

<sup>109</sup> Par efficacité d'une norme, il est entendu sa capacité à atteindre les objectifs qui lui sont été assignés, qui les justifient.

<sup>110</sup> Sur la question, voir notamment : VOGEL (L.), *L'économie serviteur ou maître du droit*, in Mél. A. Decocq, Litec, 2004, p. 878 s. – FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

juridique, ignore certains phénomènes et ressorts de leurs décisions et comportements.

**35. Apport des sciences humaines.** La psychologie, la sociologie, la psychosociologie et l'anthropologie appliquées à l'entreprise<sup>111</sup>, en particulier dans le cadre des sciences de gestion, ont mis en évidence que la rationalité des acteurs économiques est souvent une illusion<sup>112</sup>. Ces acteurs étant des êtres humains, leurs perceptions et leurs émotions les conduisent à prendre des décisions individuelles ou collectives considérées comme irrationnelles dans le cadre d'une analyse juridique ou économique<sup>113</sup>. En décrivant cette irrationalité et en identifiant ses ressorts, les sciences humaines permettent d'expliquer l'échec de certaines normes et de compléter utilement les analyses juridiques et économiques. Il sera donc ponctuellement recouru aux sciences humaines traitant des acteurs économiques, en particulier pour mettre en évidence les limites de l'impact de l'information dans la prise de décision.

**36. Apport du droit comparé.** Sur le plan de l'analyse juridique, l'étude se limite aux rapports de distribution régis par le droit français. Cependant, plusieurs études comparatives ayant été menées avec le droit de la distribution allemand<sup>114</sup> et belge<sup>115</sup>, elles pourront éclairer certains développements, notamment dans une perspective prospective.

**37. Apport de l'histoire du droit.** L'étude se limite essentiellement au droit positif actuellement en vigueur. De fait, la fonction de distribution n'étant apparue qu'à partir de la Révolution industrielle<sup>116</sup> et le droit de la distribution n'ayant fait l'objet d'études spécifiques qu'à partir des années soixante<sup>117</sup>, les aspects historiques de la recherche sont relativement limités.

Néanmoins, il sera occasionnellement recherché dans l'étude de normes abrogées des éclairages sur les règles actuellement en vigueur. L'histoire pourra notamment expliquer certaines inadaptations du droit civil des contrats aux rapports de distribution et certaines évolutions, en particulier, celles qu'ont connues le droit du travail, le mandat ou encore la commission.

**38. Combinaison.** C'est finalement en combinant, dans le cadre d'une analyse substantielle, les apports de différentes sciences ou disciplines qu'il sera possible de dépasser les cloisonnements, parfois formels, entre les branches ou domaines du droit pour saisir la complexité de la dépendance des distributeurs.

## C – Organisation du raisonnement

**39. Présentation.** S'interroger sur la corrélation entre le niveau de dépendance d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur et sa protection par le droit suppose de développer un raisonnement en deux étapes successives, aboutissant, le cas échéant, à une troisième.

---

<sup>111</sup> Pour une initiation : DAUBERVILLE (B.), GILBERT (P.) et PIGEYRE (F.), *Les sciences humaines dans l'entreprise*, Economica, 1996.

<sup>112</sup> Sur la question, voir notamment : *L'irrationnel*, Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels, ESKA, 2013/48, vol. XIX.

<sup>113</sup> Sur ces questions, voir notamment : LAROCHE (H.) et NIOCHE (J.-P.), *L'approche cognitive de la stratégie d'entreprise*, Rev. fr. gest. 1/2006, p. 81 s. – BAGLA (L.), *Sociologie des organisations*, Ed. La découverte, 2003 – CROZIER (M.) et FRIEDBERG (C.), *L'acteur et le système*, Ed. du Seuil, 1992 – BERNOUX (P.), *La sociologie des organisations*, Ed. du Seuil, 1990.

<sup>114</sup> V. not. : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. Cl. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002 – MEGNIN (S.), *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, Préf. E. Jayme, BDE, t. 63, Litec, 2003 – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, intégrant systématiquement des développements en droit allemand.

<sup>115</sup> V. not. : *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, dir. B. Pinchart et J.-P. Triaille, Larcier, 1996, p. 173 s. – Projet GO-DIS : <http://www.go-dis.eu>.

<sup>116</sup> Sur l'histoire de la fonction de distribution, voir notamment : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 2 s. et les références citées.

<sup>117</sup> Le premier traité de droit de la distribution date seulement de 1975 (MOUSSERON (J.-M.) et autres, *op. cit.*).

**40. Étude des qualifications.** La première étape consiste à déterminer la dépendance qui est appréhendée par le droit, c'est-à-dire d'identifier les aspects du lien de dépendance qui accèdent à la connaissance des juristes. Cette étape correspond à l'étude des qualifications juridiques de la dépendance, c'est-à-dire des catégories juridiques entrant dans l'opération de qualification<sup>118</sup> de la dépendance. Il s'agit de savoir comment la loi ou la jurisprudence fait accéder la réalité factuelle de la dépendance à une réalité juridique, traduit l'existence de liens de fait entre un distributeur et un fournisseur en une catégorie juridique.

Un premier défrichage de la question fait apparaître que la dépendance des distributeurs est susceptible d'entrer dans la réalité juridique par le biais de plusieurs catégories juridiques puisque le droit connaît notamment la *subordination juridique*, la *dépendance économique* et négativement l'*autonomie de gestion* et l'*indépendance*. Un distributeur peut également recevoir une qualification particulière en raison de la réunion de facteurs particuliers de dépendance comme une exclusivité ou une imposition des prix de vente.

Il s'agira alors de comparer ces qualifications pour déterminer si elles renvoient à une même réalité ou à des réalités différentes. Il conviendra d'identifier les différentes catégories juridiques de qualification de la dépendance et de vérifier si elles sont cohérentes ou se recoupent, se chevauchent et se concurrencent, laissant alors apparaître qu'à un même état de dépendance peuvent correspondre plusieurs qualifications.

**41. Étude des régimes.** Au-delà de traduire en termes juridiques la réalité, l'opération de qualification a pour finalité de déterminer les règles de droit applicables à cette réalité<sup>119</sup> et qui, par leur caractère normatif, tendent à la modifier. Or, plusieurs qualifications juridiques différentes peuvent potentiellement conduire à l'application d'une même règle de droit. Étudier la corrélation entre la nature ou le degré de dépendance d'un distributeur à un fournisseur et la protection accordée par le droit suppose ainsi de comparer les régimes juridiques applicables. Seront ainsi envisagés les différents aspects des relations de distribution pour comparer les règles qui les régissent en fonction de la nature ou du degré de la dépendance du distributeur.

**42. Proposition.** À l'issue de ces deux étapes, un constat insatisfaisant sera dressé et conduira, dans une troisième, à essayer d'élaborer un droit de la dépendance des distributeurs plus cohérent et égalitaire. Cet essai sera poussé jusqu'à la proposition d'une loi et d'un décret d'application. En effet, formuler synthétiquement des idées juridiques sous forme de normes et envisager ainsi leur concrétisation est un excellent moyen d'en éprouver la pertinence.

**43. Plan.** La recherche commencera donc par l'étude du droit positif de la dépendance des distributeurs pour vérifier l'hypothèse d'une corrélation entre leur protection par le droit et leur dépendance à l'égard des fournisseurs ; elle se poursuivra par l'essai d'un droit prospectif de la dépendance des distributeurs s'achevant sur une proposition de textes normatifs.

## **Partie 1 – Le droit positif de la dépendance des distributeurs**

## **Partie 2 – Essai d'un droit prospectif de la dépendance des distributeurs**

---

<sup>118</sup> La qualification est une « opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement. Opération de l'esprit consistant à revêtir une donnée concrète de la qualité qui détermine son régime juridique et ses conséquences juridiques, en le rattachant, par nature, à la catégorie abstraite dont il possède les critères distinctifs » (CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « qualification ») – Sur la question, voir notamment : TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, LGDJ, 1957 – FROSSARD (S.), *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Préf. J.-M. Béraud, BDS, t. 33, LGDJ, 2000.

<sup>119</sup> *Supra* note 119.



# PARTIE 1 – LE DROIT POSITIF DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS

**44. Hypothèse et méthode de vérification.** Vérifier l'hypothèse que la protection accordée au distributeur par le droit positif est corrélée à la nature ou au degré de sa dépendance à l'égard de son ou ses fournisseurs suppose d'étudier la qualification de la dépendance et les effets juridiques qui en découlent<sup>120</sup>.

Il apparaîtra que la dépendance est appréhendée par le droit positif à travers plusieurs catégories juridiques distinctes aux contours incertains conduisant parfois à des incohérences ou à ignorer des facteurs importants de dépendance. Cette qualification de la dépendance des distributeurs est donc insatisfaisante car à la fois éclatée, incertaine, incohérente et partielle (Titre 1).

S'agissant des effets, il sera constaté que les régimes juridiques découlant des différentes qualifications de la dépendance conduisent à traiter<sup>121</sup> distinctement des situations de dépendance comparables sans justification, faisant ainsi apparaître que le droit positif protège de façon inégalitaire les distributeurs (Titre 2).

---

<sup>120</sup> *Supra* n° 40 s.

<sup>121</sup> Le verbe *traiter* et le substantif *traitement* doivent être entendus dans un sens neutre. La dépendance n'est pas un mal qu'il faudrait guérir mais un état qui peut être voulu ou subi, bénéfique ou néfaste, dont l'étude suppose une absence d'*a priori* négatif (*supra* n° 8).



# TITRE 1 – LA QUALIFICATION INSATISFAISANTE DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS

**45. Droit commun des contrats.** L'étude de la qualification de la dépendance d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur permet d'aboutir rapidement au constat que le droit commun des contrats du Code civil ne connaît pas de catégories juridiques permettant d'appréhender la dépendance<sup>122</sup>. Il est ainsi classiquement présenté comme ayant pour postulats l'autonomie de la volonté et l'égalité abstraite des contractants<sup>123</sup>.

L'idée de dépendance apparaît néanmoins en filigrane dans les dispositions sur le vice de violence<sup>124</sup>. En les interprétant en 2002, la Cour de cassation a d'ailleurs introduit expressément le terme de *dépendance* en admettant que « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* »<sup>125</sup>. Évoquée seulement 18 fois devant la Cour de cassation depuis, seules deux situations ont été jugées comme caractérisant une dépendance économique : la volonté d'un gérant de sauver sa société et la nécessité d'une entreprise de purger de tout recours des permis de construire avant l'expiration de délais, au risque sinon de compromettre une vaste opération immobilière<sup>126</sup>.

**46. Droit de la responsabilité civile extracontractuelle.** Dans le droit de la responsabilité civile

<sup>122</sup> Les termes de dépendance, dépendant, subordination, subordonné, contrainte, sujétion, préposition, préposé, influence, puissance, autonomie, autonome et indépendance sont absents du Titre III du Livre III du Code civil. Le terme « *indépendant* » est présent à l'article 1153 qui fait référence à « *un préjudice indépendant* » du retard d'exécution d'une obligation, le terme ne se rattache donc pas à l'idée de subordination entre contractants mais de lien de causalité entre des événements.

<sup>123</sup> Dans ce sens : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 307, « *en application du principe d'autonomie de la volonté, on considère traditionnellement que, hormis les mineurs et les majeurs protégés, toutes les personnes sont égales entre elles et que, par suite, leurs contrats sont justes et équilibrés* » – BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 25 et 100, 165 – LATINA (M.), *Contrat (Généralités)*, Rép. civ., 2013, maj. 2014, n° 22 – Sur la question : TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 19 s., soutenant que l'adhésion du Code civil au postulat de l'autonomie de la volonté n'est que partielle (n° 28) – GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 180 s., démontrant notamment que la théorie de l'autonomie de la volonté n'est qu'une interprétation doctrinale du Code civil.

<sup>124</sup> C. civ. art. 1112, « *il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. [al. 2] On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* », la violence traduit ainsi une domination, une influence d'une personne sur une autre. – Sur la question, voir notamment : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 1484 s. – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 241 s.

<sup>125</sup> Civ. 1 03/04/2002 : n° 00-12932 ; B. n° 108 ; D. 2002, 1860, J.-P. Gridel, 1862, J.-P. Chazal et 2844, D. Mazeaud ; RTD civ. 2002, 502, J. Mestre et B. Pages ; D&P/09/2002, 26, G. Loiseau.

<sup>126</sup> Une recherche sur *Legifrance*, le 03/03/15, dans le texte intégral de l'ensemble des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation rendus à compter de 2002, des termes « *violence* » et « *exploitation abusive d'une situation de dépendance économique* » donne 9 résultats, celle de « *violence* » et « *contrainte économique* » donne 11 résultats différents, soit 20 résultats en tout.

Dans 6 arrêts, la violence économique est invoquée par le pourvoi mais n'est pas reprise dans l'arrêt, celui-ci retenant un moyen de procédure (Civ. 2 19/11/2009 : n° 08-19360 – Com. 22/06/2010 : n° 09-66622 – Civ. 1 10/09/2014 : n° 13-11611 – Com. 17/02/2015 : n° 13-19805) ou un autre fondement (Civ. 1 17/10/2012 : n° 11-24721 – Civ. 1 14/11/2013 : n° 12-25102).

Dans 11 arrêts, la *contrainte économique* ou la *situation de dépendance économique* n'est pas caractérisée (Civ. 1 03/04/2002 : n° 00-12932 ; B. n° 108 – Com. 03/10/2006 : n° 04-13987 – Com. 09/10/2007 : n° 06-16744 – Com. 16/10/2007 : n° 05-19069 – Com. 09/12/2008 : n° 06-21772 – Com. 07/07/2009 : n° 08-14362 – Civ. 2 19/11/2009 : n° 08-19360 – Civ. 3 22/05/2012 : n° 11-16826 – Soc. 11/12/2013 : n° 12-22997 – Civ. 3 08/10/2014 : n° 13-18150 – Civ. 1 18/02/2015 : n° 13-28278 ; à paraître au Bulletin).

Dans un arrêt de 2009 (Soc. 19/05/2009 : n° 07-41084), une violence économique du fait de la « *peur de perdre son emploi* » avait été admise par la cour d'appel de façon surabondante, celle-ci ayant retenu qu'il n'y avait pas eu d'expression d'un consentement.

Dans un arrêt de 2005 (Com. 11/01/2005 : n° 01-11414), un gérant avait consenti à des clauses dans le cadre d'opérations de sauvetage de sa société, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir écarté le vice de violence économique en retenant que s'il « *avait pu consentir à l'accord litigieux sous la contrainte économique, les clauses critiquées par lui n'étaient pas illégitimes et ne procuraient pas à la société Sopex un avantage excessif* ». La contrainte économique semble ainsi admise mais pas son exploitation abusive.

Finalement, seul un arrêt de 2015 (Civ. 1 04/02/2015 : n° 14-10920) retient à la fois la *contrainte économique* et son exploitation abusive. En l'espèce, la société *Bouygues* avait besoin de permis de construire purgés de tout recours pour mener à bien une opération immobilière d'envergure. Une autre société l'a menacé d'un tel recours et a ainsi obtenu une transaction comportant une « *indemnité particulièrement élevée* ». La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir retenu la violence par exploitation abusive d'une contrainte économique en caractérisant « *la crainte [de Bouygues] de voir mettre en échec une vaste et coûteuse opération immobilière* » et l'illicéité de l'exploitation de cette crainte par la menace d'un recours, celui-ci étant dénué de toute chance de succès.

extracontractuelle, l'idée de dépendance est présente à l'article 1384 du Code civil. En particulier, son cinquième alinéa fait référence à des « *maîtres et commettants* » et à des « *préposés* ». sans néanmoins définir le lien de préposition<sup>127</sup>. L'aliéna premier est également devenu une source de responsabilité pour ceux qui ont « *la charge d'organiser et de contrôler [...] le mode de vie* »<sup>128</sup> ou « *pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité* » d'une personne<sup>129</sup>.

Cependant, ces règles concernent les effets de la préposition et de la maîtrise de l'activité ou de la vie d'une personne dans les rapports entre le commettant ou le maître et les tiers

C'est donc essentiellement hors du Code civil qu'il convient de rechercher des appréhensions de la dépendance d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur ayant des effets dans leurs rapports.

**47. Hypothèse.** Le droit positif apparaît alors construit autour d'une *summa divisio* entre le salarié, subordonné et le non-salarié, indépendant<sup>130</sup>. Le premier exercerait sa liberté de travailler et relèverait du droit du travail à la différence du second qui exercerait sa liberté d'entreprendre<sup>131</sup> et relèverait du droit économique<sup>132</sup>. À l'égalité abstraite des contractants du Code civil s'opposerait ainsi l'inégalité concrète entre salariés et employeurs<sup>133</sup>. A la dépendance des premiers répondrait la liberté des seconds. Cette présentation conduit à poser l'hypothèse qu'il existerait une nature ou un degré de dépendance à l'égard d'un fournisseur qui permettraient de déterminer si un distributeur doit être qualifié de salarié ou d'indépendant, soumis au droit du travail ou au droit économique.

**48. Vérification.** Afin de vérifier cette hypothèse, seront analysés les champs d'application des corpus de règles appréhendant directement la dépendance d'un distributeur (et non seulement ses effets) soit positivement (subordination, dépendance) soit négativement (indépendance, autonomie) afin de mettre en évidence la qualification de cette dépendance, les facteurs retenus ou ignorés pour la caractériser.

**49. Plan.** Conformément à la *summa divisio* qui caractériserait le droit positif, cette analyse sera menée successivement à partir du droit du travail (Chapitre 1) et du droit économique (Chapitre 2).

---

<sup>127</sup> Sur le lien de préposition et son élargissement : VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 792 s. – BENOIT-RENAUDIN (C.), *La responsabilité du préposé*, Préf. P. Delebecque, BDP, t. 520, LGDJ, 2010, n° 184 s. – Sur la responsabilité du préposé : *infra* n° 114.

<sup>128</sup> AP 29/03/1991 : n° 89-15231 ; B. n° 1 ; JCP 1991.II.21673, concl. D. H. Dontenwille, J. Ghestin ; D. 1991, 324, C. Larroumet ; GP 1992.II.413, F. Chabas ; RTD civ. 1991, 312, J. Hauser – Pour des confirmations : Crim. 08/01/2008 : n° 07-81725 ; B. n° 3 – Civ. 2 7 oct. 2004 : n° 03-16078 ; B. n° 453.

<sup>129</sup> Civ. 2 22/05/1995, 2 arrêts : n° 92-21197 et 92-21871 ; B. n° 155 ; JCP 1995.II.22550, J. Mouly ; RTD civ. 1995, 899, P. Jourdain – Civ. 2 22/09/2005 : n° 04-18258 ; B. n° 233 – Sur la question : VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *op. cit.*, n° 789 s.

<sup>130</sup> Dans ce sens : PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 45, LGDJ, 2008, n° 166, « *travail indépendant et travail salarié sont des catégories exclusives, de sorte qu'il est possible de parler de dualisme. Le droit livre une vision binaire de la relation de travail, soit salariée, soit purement contractuelle* » – LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 5, la distinction entre travail subordonné et travail indépendant est « *dominante en droit positif* » – SAVATIER (J.), *Contribution à une étude de la profession*, in Mél. J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 3 s., n° 16, « *si l'on s'attache aux modalités juridiques de l'activité, la distinction fondamentale oppose les travailleurs salariés aux professionnels indépendants* » – HAUSER (J.), *Une notion juridique de dépendance ?*, in Mél. J. Pélessier, Dalloz, 2004, p. 283 s., p. 284.

Dans la jurisprudence, voir par exemple : Soc. 07/03/2012 : n° 09-43519, la personne qui exerce son « *activité en toute indépendance* » n'est pas un salarié – Soc. 12/04/2012, 2 arrêts : n° 10-27075 et 10-27076.

Dans la loi, le Code de la sécurité sociale prévoit un « *régime social des travailleurs non salariés* » (livre 6) qu'il qualifie ensuite de « *régime social des indépendants* » (CSS art. L. 611-1 s.).

<sup>131</sup> V. par ex. : SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, p. 166 – GROUDEL (H.), *Le critère du contrat de travail*, in Mél. G. H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 57 s., n° 27, « *hormis les individus qui peuvent vivre sans travailler, les autres se classent très simplement en deux catégories : ceux qui acceptent de dépendre d'autrui et ceux qui ne l'admettent pas. Les premiers subissent, les seconds entreprennent* ».

<sup>132</sup> Rappr. : RODIÈRE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 356, « *le droit communautaire [...] procède [...] à partir d'une distinction claire, proche de l'antinomie, entre le travailleur (salarié), relevant des règles de protections qui lui sont propres, et l'entreprise, assujettie au respect de la concurrence* ». – Sur la notion de droit économique : RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 8 et les références citées.

<sup>133</sup> Sur cette opposition et ses limites : RADÉ (C.), *Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ?*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 589 s.



# CHAPITRE 1 – LA QUALIFICATION DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS PAR LE DROIT DU TRAVAIL

**50. Droit de la dépendance.** Le droit du travail apparaît comme le droit par excellence des activités en situation de dépendance. Le salarié est ainsi conçu comme l'archétype du dépendant<sup>134</sup> et le contrat de travail comme le « *modèle du contrat civil de dépendance* »<sup>135</sup>. Même si la qualification de subordination est préférée à celle de dépendance, elle s'y rattache clairement. D'ailleurs, la Cour de cassation fait parfois référence à un travail « *sous la dépendance d'un employeur* » pour caractériser le contrat de travail<sup>136</sup> et certains auteurs utilisent l'expression de « *dépendance juridique* »<sup>137</sup>. L'indépendant est également souvent défini de manière négative comme un non-salarié<sup>138</sup>.

**51. Dualité d'approche.** Cependant, le droit du travail a toujours rencontré les plus grandes difficultés à délimiter cette dépendance dont dépend son champ d'application. Ces difficultés s'expriment notamment dans les législations spéciales travailistes<sup>139</sup>. En effet, la jurisprudence ayant formellement rejeté le critère de la dépendance économique pour préférer celui de la subordination juridique<sup>140</sup>, la situation économique de certains travailleurs a conduit le législateur à leur faire bénéficier de tout ou partie du droit du travail en adoptant des statuts spéciaux écartant les critères jurisprudentiels<sup>141</sup>. Cette démarche a abouti progressivement à l'adoption d'une multitude de statuts<sup>142</sup> aujourd'hui rassemblés dans la septième partie du Code du travail intitulée « *Dispositions particulières à certaines professions et activités* ». Ces statuts forment un véritable droit spécial du travail étendant totalement ou partiellement les dispositions du Code du travail à partir de critères distincts du lien de subordination et du contrat de travail. La doctrine les

---

<sup>134</sup> Dans ce sens : REVET (T.), *Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 s., p. 195, le contrat de travail est « l'archétype, assurément, des contrats de dépendance » – BRISSY (S.), *L'application du droit du travail aux travailleurs indépendants : un régime juridique cohérent ?*, JCP S 2006, p. 1093 s., n° 1, « la relation de travail constitue par définition une relation de dépendance ».

<sup>135</sup> VERKINDT (P.-Y.), *Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 197 s., n° 6.

<sup>136</sup> AP 04/03/1983 : n° 81-11647 ; B. n° 3 ; D. 1983, 381, concl. J. Cabannes – V. aussi : Soc. 04/03/1997 : n° 93-44805 ; B. n° 91, la cour d'appel a relevé que l'intéressé « a exercé ses fonctions sous la dépendance des dirigeants de la société mère qui l'ont licencié pour n'avoir pas exécuté leurs instructions ; qu'elle a, au vu de ces constatations, caractérisé l'existence d'un lien de subordination ».

<sup>137</sup> V. par ex. : AUBRÉE (Y.), *Contrat de travail (Existence - Formation)*, Rép. trav. Dalloz, 2014, n° 76 – DISSAUX (N.), *Franchise*, Rép. com., 2014, n° 4 – Rapp. : MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2014, n° 536, « le critère qui permet de déterminer si le travail est dépendant tient à l'existence d'un lien de subordination » – Comp. : BORGETTO (M.) et LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd., 2012, n° 570 s., rassemblant sous le terme de « *travailleur dépendant* » la subordination et la dépendance.

<sup>138</sup> Dans ce sens : PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 45, LGDJ, 2008, n° 166, « défini de manière négative comme tout travail non salarié, le travail indépendant ne recouvre lui-même aucune catégorie homogène. Il n'existe pas de figure générique de l'indépendant à l'image de celle du salarié. L'indépendant n'est qu'une figure négative, construite par opposition à celle du salarié ». – Sur la question : LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 5 s. et n° 43 s. – La loi n° 2008-776 du 4/08/2008 (art. 11) a cependant esquissé une définition de l'indépendance en ajoutant au le Code du travail une disposition prévoyant qu'« est *présupposé travailleur indépendant* celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre » (art. L. 8221-6-1), mais la disposition n'a pas eu de portée (*infra* n° 80).

<sup>139</sup> Sur la question, voir notamment : SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, p. 165 – REVET (T.), *La force de travail*, Préf. F. Zenati, BDE, t. 28, Litec, 1992, n° 136 s. – AUBERT-MONPEYSSSEN (T.), *Subordination juridique et relation de travail*, Préf. M. Despax, Ed. CNRS, 1988, p. 54 s.

<sup>140</sup> *Infra* n° 69 s.

<sup>141</sup> Dans ce sens : SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, p. 165 s., analysant ces statuts comme la réponse à « une insuffisance du critère de la subordination [...] sur le plan social [...] [qui] conduit à exclure du champ d'application du droit du travail des travailleurs qui requièrent pourtant – objectivement ou subjectivement – une protection ».

<sup>142</sup> Journalistes, professionnels du spectacle, mannequins, concierges, employés de maison, professionnels des services à la personne, travailleurs à domicile, voyageurs, représentants et placiers, gérants de succursale, gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire, etc.

rattache généralement à la dépendance<sup>143</sup>. Parmi ces statuts, trois concernent des distributeurs : celui des *voyageurs, représentants et placiers*<sup>144</sup>, celui des *gérants de succursales*<sup>145</sup> et celui des *gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire*<sup>146</sup>. Inversement, le législateur a expressément ou implicitement exclu le bénéfice du droit du travail à d'autres distributeurs en créant des statuts spéciaux dans le droit économique (agent commercial<sup>147</sup>, agent général d'assurance<sup>148</sup>, gérant-mandataire<sup>149</sup>).

**52. Plan.** En droit du travail, il convient donc de distinguer deux approches de la dépendance des distributeurs : une approche générale à partir de ce que la jurisprudence qualifie de « *contrat de travail de droit commun* »<sup>150</sup> (Section 1) et une approche spéciale à travers des critères spécifiques, distincts de ceux du contrat de travail de droit commun, mais qui entraînent néanmoins l'application du droit du travail (Section 2).

---

<sup>143</sup> Dans ce sens : LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 48 s., rattachant ces statuts à « *la dépendance partielle* ».

<sup>144</sup> C. trav. art. L. 7311-1 s.

<sup>145</sup> C. trav. art. L. 7321-1 s.

<sup>146</sup> C. trav. art. L. 7322-1 s.

<sup>147</sup> *Infra* n° 181.

<sup>148</sup> *Infra* n° 202.

<sup>149</sup> *Infra* n° 206.

<sup>150</sup> La Cour de cassation oppose « *le contrat de travail de droit commun* » caractérisé par un lien de subordination et les activités exercées dans les conditions prévues par la septième partie du Code du travail intitulée « *dispositions particulières à certaines professions et activités* » (Soc. 15/02/2012 : n° 10-24197 – Soc. 03/05/2006 : n° 05-15512 – Soc. 08/03/2006 : n° 04-17059 ; B. n° 96 – Soc. 01/02/2001 : n° 99-11653).

## SECTION 1 – LA QUALIFICATION DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS PAR LE CONTRAT DE TRAVAIL DE DROIT COMMUN

**53. Critères.** Synthétisant la jurisprudence, la doctrine caractérise le contrat de travail par la réunion de trois critères cumulatifs : l'existence d'une prestation de travail, d'un caractère onéreux du travail et l'accomplissement de celui-ci sous la subordination juridique du cocontractant<sup>151</sup>.

**54. Plan.** Les deux premières conditions sont généralement remplies dans les relations de distribution (paragraphe préliminaire) si bien que la question de l'existence d'un contrat de travail liant un distributeur et un fournisseur repose sur le critère de subordination juridique. La qualification de la subordination juridique sera donc présentée (§1) avant d'être appliquée aux différentes relations de distribution (§2).

### Paragraphe préliminaire – La qualification comprehensive de prestation de travail à titre onéreux

**55. Notion de prestation de travail.** Le travail est généralement défini comme une « *activité humaine, manuelle ou intellectuelle, exercée en vue d'un résultat utile déterminé* »<sup>152</sup>. La prestation de travail<sup>153</sup> est ainsi l'action de fournir une activité humaine en vue d'un résultat utile déterminé. Cette définition large est partagée par une jurisprudence très encline à reconnaître l'existence d'une prestation de travail<sup>154</sup>.

L'offre de produits ou services sur un marché étant, sans nul doute, une activité humaine exercée en vue d'un résultat utile et déterminé (répondre à des besoins humains et générer un revenu), la condition d'existence d'une prestation de travail est systématiquement remplie pour les distributeurs.

**56. Caractère onéreux.** Pour être susceptible de caractériser un contrat de travail, ce travail doit nécessairement être onéreux, c'est-à-dire être accompli en vue d'une contrepartie<sup>155</sup>. Or, l'activité d'un distributeur est, en principe, une activité professionnelle exercée ainsi en vue de générer un revenu<sup>156</sup>.

**57. Travail pour le compte et au profit d'autrui.** Cependant, la doctrine soutient parfois que, pour être susceptible de caractériser un contrat de travail, la prestation de travail doit être accomplie par le travailleur

---

<sup>151</sup> Dans ce sens : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 417 – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 194 s. – FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2014, n° 485 s. – AUBRÉE (Y.), *Contrat de travail (Existence - Formation)*, Rép. trav. Dalloz, 2014, n° 42 s. – LOKIEC (P.), *Droit du travail*, t. 1, PUF, 2011, n° 104 s. – COUTURIER (G.), *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1996, n° 44-3 – CAMERLYNCK (G. H.), *Le contrat de travail*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1988, n° 43 s. – PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), par ROUAST (A.) et autres, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1954, n° 767 – DURAND (P.) et VITU (A.), *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, n° 127.

– Comp. : MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 536 s.

<sup>152</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « travail » – Sur la question : GARDES (D.), *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, Préf. L. Casaux-Labrunée, PUTC, 2013 – REVET (T.), *La force de travail*, Préf. F. Zenati, BDE, t. 28, Litec, 1992, n° 2 s.

<sup>153</sup> Sur la question : BOUSEZ (F.), *La prestation*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas et LGDJ, 2009, p. 149 s.

<sup>154</sup> Pour la qualification en prestation de travail de la participation à un jeu télévisé : Soc. 03/06/2009 : n° 08-40981 ; B. n° 141 ; D. 2009, 1530, M. Serna ; JCP S 2009, 2517, B. Edelman ; JCP 2009, 216, D. Feldman – Sur la question voir : VERKINDT (P.-Y.), *Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux*, JCP S 2009, 41 – VERKINDT (P.-Y.), *Debout ! les damnés de la terre*, JCP S 2009, 305.

<sup>155</sup> Sur l'exclusion du travail bénévole : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 426 – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 196.

<sup>156</sup> Sur la notion d'activité professionnelle : *infra* n° 882.

pour le compte ou au profit d'autrui<sup>157</sup>. Monsieur Aubrée expose ainsi que « *le salariat implique, par définition, l'accomplissement de tâches qui profitent directement, non pas au travailleur à qui incombe la charge de leur exécution (en tant que débiteur de cette obligation de faire), mais à la personne qui les a commandées : le donneur d'ouvrage (créancier de cette même obligation)* »<sup>158</sup>. Les juges tirent également parfois argument du fait que le travailleur agit « *dans son intérêt personnel* » pour exclure le contrat de travail<sup>159</sup> ou relève l'existence d'une activité pour le compte ou au profit d'autrui pour le reconnaître<sup>160</sup>.

**58. Plan.** La notion de prestation de travail à titre onéreux conduit donc à s'interroger sur les notions de travail sans intérêt personnel (A) et pour le compte ou au profit d'autrui (B).

## A – Le travail sans intérêt personnel

**59. Notion d'intérêt personnel.** La notion d'intérêt, bien que déclinée sous de nombreuses formes (intérêt général, intérêt collectif, intérêt social, intérêt à agir, intérêt commun, etc.), n'est pas définie par la loi ou la jurisprudence et son caractère incertain ou insaisissable est souligné par la doctrine<sup>161</sup>.

Les définitions doctrinales ainsi particulièrement compréhensives. Monsieur Gervais décrit l'intérêt comme « *une "utilité", matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste mais parfois altruiste, d'une personne, physique ou morale, "porteuse" (träger) d'intérêt [...] [consistant] pour son "porteur" à avoir la possibilité matérielle soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients* »<sup>162</sup>. Le *Vocabulaire juridique* présente l'intérêt comme une « *considération d'ordre moral (affection, honneur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une affaire (contrat, procès...), concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe)* »<sup>163</sup>.

Utilité ou préoccupation, l'intérêt apparaît ainsi comme sous-tendant les actions humaines<sup>164</sup> qui seront appréhendées par le droit comme des faits ou actes juridiques<sup>165</sup>. En d'autres termes, à l'origine de tout acte ou fait volontaire peut être découvert un intérêt. La question d'un travail sans intérêt personnel du travailleur

---

<sup>157</sup> Comp. : PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, Préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2002, n° 168, « *la distinction fondamentale n'est pas entre le travail indépendant et le travail subordonné, clivage rudimentaire [...] mais entre l'activité pour son compte et à ses risques, d'une part, et le travail pour le compte et au profit d'autrui, d'autre part* » – CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, définissant le « travail dépendant (ou subordonné) » comme « *celui qui s'exécute sous l'autorité de la personne qui en acquiert le résultat, en vertu d'un contrat de travail, activité salariée soumise à la législation sociale* ».

<sup>158</sup> AUBRÉE (Y.), *op. cit.*, n° 61 s. – V. également : FABRE-MAGNAN (M.), *Le contrat de travail défini par son objet*, in *Le travail en perspectives*, dir. A. Supiot, LGDJ, 1998, p. 101 s., p. 118 s. – LYON-CAEN (G.), *op. cit.*, n° 32, le « *travail pour autrui s'entend comme une activité profitable au cocontractant, non à soi-même (pour le compte et au profit d'autrui)* » – RADÉ (C.), *Des critères du contrat de travail*, DS 2013, p. 202 s., n° 19,

<sup>159</sup> V. par ex. : Soc. 22/07/1993 : n° 91-14464 ; B. n° 215.

<sup>160</sup> V. par ex. : Soc. 23/01/1997 : n° 94-45586. – Dans un communiqué de 2009, la Cour de cassation a indiqué « *que dès lors qu'elle est exécutée, non pas à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique, l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, est une prestation de travail soumise au droit du travail* » ([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_sociale\\_576/arret\\_n\\_12906.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_12906.html), consulté le 01/05/15)

<sup>161</sup> Dans ce sens : OST (F.), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, in *Droit et intérêt*, vol. 2, Publ. Fac. Univ. Saint-Louis, 1990, n° 3 – MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 411, LGDJ, 2004, n° 73 et les références citées – CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 1958, p. 296, l'intérêt est une « *notion fondamentale et négligée, que l'on illustre, qu'on qualifie (personnel, légitime), qu'on classe (moral, patrimonial), mais qu'on ne définit pas* » – Sur la question : TRIBES (A.), *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse Paris 2, 1975 – STIRN (B.), *Intérêt*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, 2003, p. 837 s.

<sup>162</sup> GERVAIS (A.), *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*, in *Mél. P. Roubier*, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 s., p. 241.

<sup>163</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « intérêt ».

<sup>164</sup> Dans ce sens : HASSLER (T.), *L'intérêt commun*, RTD com. 1984, p. 581 s., p. 582, l'intérêt est « *ce qui motive les individus à agir* ».

<sup>165</sup> Dans ce sens : HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, Préf. N. Molfessis, Economica, 2012, n° 93, « *la notion d'intérêt est au cœur de la notion d'acte juridique, puisque c'est avant tout parce qu'une volonté exprime un intérêt que le droit objectif accepte de lui faire produire des effets de droit* ». – Sur la volonté, l'intérêt et l'obligation : FRISON-ROCHE (M.-A.), *Volonté et obligation*, in *L'obligation*, APD 2000, p. 135 s.

paraît alors devoir être recentrée sur le caractère personnel d'un intérêt qui existe nécessairement. Or, en raison du caractère onéreux du travail, le salarié a nécessairement un intérêt personnel à l'accomplissement de sa prestation. Exiger une absence d'intérêt personnel du travailleur est donc, *a priori*, contradictoire.

**60. Indifférence d'un intérêt personnel même prépondérant.** Pour surmonter cette contradiction, la doctrine soutient que le travailleur ne doit pas être *directement* ou, à *titre principal*, intéressé par le travail qu'il accomplit, par le succès ou la bonne marche de l'entreprise de son employeur mais seulement avoir un intérêt *médiat, indirect* (la contrepartie)<sup>166</sup>. Il est ainsi exposé que le travailleur monnaie sa force de travail, un moyen, et non le résultat de son activité<sup>167</sup>, le but du travail. Comme le souligne Lyon-Caen, « *l'idée demeure trop générale, pour être vraiment opératoire* »<sup>168</sup>. Une partie de la doctrine avait malgré tout tenté de la rendre opératoire en soutenant que le critère du contrat de travail devait résider dans la constatation d'une rémunération du travailleur uniquement ou principalement liée au temps de mise à disposition de la force de travail et non au succès du travail, à ses résultats<sup>169</sup>.

**Intérêt au maintien de l'emploi.** Cependant, le salarié dont la rémunération est principalement fixe reste intéressé par le succès de son travail et de l'entreprise puisque l'insuffisance des résultats peut justifier son licenciement pour motif personnel<sup>170</sup> et l'échec de l'entreprise son licenciement pour motif économique<sup>171</sup>. En particulier, en période de chômage de masse, les salariés sont souvent préoccupés par la stabilité de leur emploi et peuvent ainsi accepter des gels, voire des baisses de salaire, pour préserver l'activité<sup>172</sup>.

**Indifférence du mode de rémunération.** De plus, se multiplient les mécanismes d'intéressement direct des salariés à la bonne marche de l'entreprise ou à leurs performances<sup>173</sup> : commissions, bonus, primes de rendement, participation aux résultats<sup>174</sup>, intéressement<sup>175</sup>, options sur titres (stock-options), ancienne prime de partage des profits<sup>176</sup>, etc. Pour les commerciaux, en particulier, il n'est pas rare que le salaire de base soit faible et l'essentiel de la rémunération calculé sur la performance ou l'atteinte des objectifs fixés<sup>177</sup>.

---

<sup>166</sup> Dans ce sens : RADÉ (C), *op. cit.*, n° 19.

<sup>167</sup> Dans ce sens : REVET (T.), *La force de travail*, *op. cit.*, n° 292 s., il existe en principe une « absence de relation entre le salaire et l'utilité effective de la force de travail ».

<sup>168</sup> LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 9.

<sup>169</sup> Dans ce sens : PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1923, « le louage de travail est le contrat par lequel une personne s'engage à travailler pendant un temps pour une autre, moyennant un prix proportionnel au temps, appelé salaire » (n° 1827), ainsi « [le contrat d'entreprise] diffère du louage de travail en ce que la rémunération du travailleur est fixée d'après l'importance de l'ouvrage, au lieu d'être proportionnelle au temps qu'il y emploie » (n° 1898) – PLANIOL (M.), *Classification synthétique des contrats*, RCLJ 1904, p. 470 s., p. 473 s. – Rapp. : FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, p. 118 s., « il est clair que c'est dans les modes et le montant de la rémunération que l'on trouve le critère le plus palpable de la mise à disposition d'autrui de sa force de travail. [...] Si l'on admet que le contrat de travail est celui qui a pour objet de régir le travail pour autrui, la mise à disposition de sa force de travail au profit d'autrui, ne serait-il pas possible de trouver un signe du contrat de travail dans le mode et dans le quantum de la rémunération ? » – REVET (T.), *L'objet du contrat de travail*, DS 1992, p. 859 s., n° 41 s., « le contrat de travail a pour objet le travail – la force de travail en action » (n° 41), « si le salaire suppose la mise en œuvre de la force de travail, il n'est pas, pour autant assis sur la valeur produite par la mise en œuvre de la force de travail. Cette solution s'exprime dans le caractère forfaitaire du salaire. [...] Le salaire n'est pas, contrairement aux honoraires des prestataires indépendants, révisable à la hausse ou à la baisse en fonction de la valeur finale du service rendu : il est indépendant des profits et des risques de mise en œuvre de la force de travail. »

<sup>170</sup> *Infra* n° 657.

<sup>171</sup> *Infra* n° 657.

<sup>172</sup> Les accords de maintien de l'emploi permettent notamment de répondre à cette préoccupation (C. trav. art. L. 5125-1) – Sur la question : COUTURIER (G.), *Accords de maintien de l'emploi*, DS 2013, p. 805 s.

<sup>173</sup> Un Président de la République française a déclaré en 2009 : « cela fait bien longtemps que je pense que la règle des trois tiers est une bonne règle. Sur 100 de bénéfices, il devrait y en avoir 33 qui reviennent aux salariés, 33 qui vont directement dans la poche de l'actionnaire et 33 qui servent à être réinvestis dans l'entreprise » (DELHOMMAIS (P.-A.), *Le débat sur le partage de la valeur ajoutée entre capital et travail est relancé*, *Le Monde*, 7/02/2009).

<sup>174</sup> C. trav. art. L. 3321-1 et s.

<sup>175</sup> C. trav. art. L. 3311-1 et s.

<sup>176</sup> La prime, introduite par la loi n° 2011-894 du 28/07/2011 (art. 1), a été abrogée par loi n° 2014-1554 du 22/12/2014 (art. 19).

<sup>177</sup> Sur la question : MILLET (F.), *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Préf. A. Bénabent et A. Lyon-Caen, PUCF, LGDJ, 2001, n° 105 s., n° 108 – LYON-CAEN (G.), *Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel*, in Mél. J. Hamel, 1961, p. 131,

Une part importante voire la totalité de la rémunération du salarié peut ainsi être liée directement aux résultats de son travail. Or, si la législation sur le salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) impose une rémunération minimale non liée aux résultats du travail, elle n'est qu'un effet du contrat de travail<sup>178</sup>, totalement indépendant du mode de rémunération<sup>179</sup>.

La jurisprudence, approuvée par la majorité de la doctrine<sup>180</sup>, rejette donc le mode de rémunération comme critère du contrat de travail<sup>181</sup>. Si l'existence d'une rémunération fixe ou au temps passé, indépendante des résultats du travail, est un indice important de contrat de travail<sup>182</sup>, le fait que l'essentiel de la rémunération soit lié au résultat du travail (rémunération à la tâche, à l'opération, au rendement) n'exclut pas cette qualification<sup>183</sup>. Inversement, une rémunération au temps passé<sup>184</sup> ou « *constituée d'une partie fixe non négligeable* »<sup>185</sup> n'écarter pas l'activité non salariée.

Par conséquent, l'existence d'un intérêt direct et même prépondérant du salarié au travail accompli n'est pas un critère déterminant de la qualification de contrat de travail.

**Indifférence de la provenance de la rémunération.** Par ailleurs, pour la Cour de cassation, est « *peu important[e] la provenance des sommes remises au salarié par son employeur* »<sup>186</sup>. Elle a ainsi qualifié de rémunération la retenue, par le travailleur, d'une part des sommes versées par la clientèle<sup>187</sup>. Toute somme perçue sans que celle-ci n'émane nécessairement d'un donneur d'ordre<sup>188</sup> (une commission, une part de chiffre d'affaires ou de marge commerciale) peut donc constituer le prix d'un contrat de travail.

**Indifférence de l'existence d'une rémunération.** Plusieurs arrêts ont même admis qu'en l'absence de rémunération effective, la subordination dans le travail pouvait suffire à caractériser le contrat de travail<sup>189</sup>.

---

n° 15 s. – V. également : MARTINON (A.), *Le salaire*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, p. 161 s., n° 267 s.

<sup>178</sup> *Infra* n° 114 et 540 s.

<sup>179</sup> VACHET (G.), *Salaire - Fixation*, JCl. Trav., fasc. 26-10, 2013, maj. 2013, n° 6 et 7 – *Infra* n° 540.

<sup>180</sup> Dans ce sens notamment : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 429 – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 196 et 211 – BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 744 – LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey 1990, n° 45 – CAMERLYNCK (G.-H.), *op. cit.*, n° 62 s. – ROUAST (A.) et DURAND (P.), *Précis de droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1963, n° 309, « *le mode de rémunération est un élément accessoire du contrat, et il ne saurait modifier sa nature* » – PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), par ROUAST (A.) et autres, *op. cit.*, n° 769 s. – DURAND (P.) et VITU (A.), *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, n° 134.

<sup>181</sup> Sur la question : AUBERT-MONPEYSSSEN (T.), *Subordination juridique et relation de travail*, Préf. M. Despax, éd. CNRS, 1988, p. 8 s. – MARTIN (A.-C.), *L'imputation des risques entre contractants*, Préf. D. Ferrier, BDP, t. 508, LGDJ, 2009, n° 278 s.

<sup>182</sup> Dans ce sens : Civ. 2 07/04/2011 : n° 10-15025 – Civ. 2 13/12/2005 : n° 04-18104 ; B. n° 320 – Soc. 23/01/2008 : n° 06-46137 – Soc. 04/10/2001 : n° 99-16922 – Soc. 05/02/1998 : n° 95-13538 – Soc. 24/03/1969 : B. n° 214.

<sup>183</sup> V. par ex. : Soc. 14/11/1984 : n° 82-40892 ; B. n° 428 – Civ. 19/03/1938 : D. 1938, 289 – Req. 28/07/1924 : D. 1925, 183.

<sup>184</sup> V. par ex. : Soc. 14/06/1973 : n° 72-12421 ; B. n° 382, « *le paiement [...] à l'heure [...] est possible pour un artisan [indépendant]* » – Soc. 12/05/1971 : n° 70-10425 ; B. n° 346.

<sup>185</sup> V. par ex. : Soc. 15/03/2001 : n° 99-17832, la cour d'appel avait retenu au titre des indices du contrat de travail du travailleur que « *sa rémunération, constituée d'une partie fixe non négligeable et d'une partie variable, excluait toute participation au risque économique* ». La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que « *le contrat [...] prévoyait, outre une rémunération fixe, une rétrocession de 40 % des honoraires perçus, ce dont il résultait que le remplaçant participait aux résultats de la marche du cabinet* ».

<sup>186</sup> Soc. 07/12/1983 : n° 81-41626 ; B. n° 592 – V. aussi : Soc. 07/03/1979 : n° 78-40352 ; B. n° 205, « *la circonstance que la rémunération des actes médicaux accomplis soit encaissée par la clinique et reversée après prélèvement des sommes convenues pour l'usage du matériel étant sans influence sur la nature des relations contractuelles et l'absence de lien de subordination* ».

<sup>187</sup> Soc. 16/06/1994 : n° 92-17668, « *la cour d'appel a retenu qu'en contrepartie des prestations qu'elles fournissaient à la société, les "hébergeantes" conservaient une partie des redevances versées par les personnes âgées qu'elle accueillait ; qu'ainsi, elles percevaient une rémunération, peu important que cette rémunération provienne de sommes versées par des tiers* » – V. aussi : Soc. 22/02/1990 : n° 87-17709, reconnaissant un contrat de travail à un chirurgien-dentiste qui percevait pourtant directement les honoraires des patients, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir relevé que si l'intéressé « *percevait directement les honoraires réglés par les patients, il en reversait 60 % à M. X..., pourcentage trop important pour être considéré comme la contrepartie de l'usage du local et de ses installations* ».

<sup>188</sup> Sur la question : MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, n° 274 s.

<sup>189</sup> V. par ex. : Soc. 03/02/2011 : n° 10-12194 – Soc. 26/05/2010 : n° 05-44939 – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 196.

**61. Application à la distribution.** Or, le distributeur, intermédiaire économique entre les fournisseurs des biens ou services et les consommateurs<sup>190</sup>, tire un revenu de son activité et prive corrélativement le fournisseur de la valeur ajoutée qu'il aurait perçue en offrant directement les produits ou services aux consommateurs. Cette valeur ajoutée représentant le prix de l'activité de distribution permet ainsi de remplir la condition d'onérosité du contrat de travail.

Par ailleurs, le fait que ces sommes soient perçues par le distributeur sous forme d'une marge commerciale (franchisés, concessionnaires, distributeurs-sélectifs, locataires-gérants, etc.) ou d'une commission (commissionnaire, commissionnaire-affilié, agent commercial, mandataire-gérant, etc.) n'exclut pas la reconnaissance d'un contrat de travail<sup>191</sup>.

**62. Conclusion.** L'absence d'intérêt personnel au travail n'apparaît donc pas pertinente pour reconnaître ou exclure l'existence d'un contrat de travail à l'égard d'un distributeur. En réalité, la référence à une absence d'intérêt personnel du travailleur vise plutôt à souligner que ce dernier accomplit son activité au profit d'autrui. Or, l'existence d'un intérêt personnel du travailleur à l'accomplissement de son travail n'exclut pas que ce travail présente également un intérêt pour autrui<sup>192</sup>.

## **B – Le travail pour le compte et au profit d'autrui**

**63. Travail au profit d'autrui.** L'existence d'un travail accompli au profit d'autrui ou dans l'intérêt d'autrui découle logiquement de l'économie du contrat de travail : le salarié est créancier d'une obligation de paiement d'une rémunération, contrepartie d'une obligation d'accomplir une prestation de travail<sup>193</sup>. Le travail profite donc à une personne distincte du salarié, en principe, l'employeur<sup>194</sup>. Cependant, l'existence d'un profit pour une personne distincte du travailleur ne permet pas de distinguer le contrat de travail d'autres contrats comportant un travail réalisé dans l'intérêt d'autrui comme le courtage, le mandat, la commission ou encore le contrat entreprise.

**64. Intérêt du travail du distributeur pour le fournisseur.** De plus, appliqué à l'activité de distribution, le critère est systématiquement rempli puisque cette activité implique toujours un travail dans l'intérêt d'autrui. En effet, lorsqu'un distributeur diffuse les produits ou services d'un fournisseur, il sert, en principe, les intérêts de celui-ci, travaille à son profit. Même dans l'hypothèse d'une fourniture à prix coûtant voire à perte, il existe un intérêt du fournisseur à distribuer ses produits ou services, qu'il soit actuel (limiter les pertes) ou futur (pénétrer un nouveau marché, maintenir l'activité en espérant un retour à la rentabilité, etc.). La qualité même de distributeur implique donc un travail qui sert les intérêts d'un fournisseur, qui lui profite, si bien que la notion de travail dans l'intérêt ou au profit d'autrui ne permet pas de distinguer le distributeur indépendant du distributeur salarié.

**65. Travail pour le compte d'autrui.** La notion de travail ou d'activité pour le compte d'autrui ne fait

---

<sup>190</sup> *Supra* n° 12.

<sup>191</sup> *Infra* n° 146, 197.

<sup>192</sup> Rappr. : notion d'intérêt commun, *infra* n° 706 s.

<sup>193</sup> Sur la question : COUTURIER (G.), *De quoi le salaire est-il la contrepartie ?*, DS 2011, p. 10 s.

<sup>194</sup> Ce profit pour autrui peut n'être que potentiel car l'accomplissement d'une prestation de travail se révélant finalement ruineuse ou sans utilité n'exclut nullement le contrat de travail. Elle procède même de son économie puisque l'inutilité du travail ne prive pas, en principe, le travail d'une rémunération minimale (*infra* n° 113).

l'objet d'aucune définition légale ou jurisprudentielle<sup>195</sup>.

En doctrine, la notion n'a pas de définition uniforme. Ainsi, le *Vocabulaire juridique* connaît seulement la notion de « *travail pour autrui* » qu'il définit comme « *le travail exécuté à titre dépendant ou indépendant, au profit d'un tiers qui en acquiert le résultat* ». Il la renvoie au bénévolat et l'oppose « *au travail pour compte propre dont le résultat bénéficie directement et entièrement à son auteur* »<sup>196</sup>.

La doctrine civiliste qualifie généralement d'agissement pour le compte d'autrui le fait de conclure ou de faciliter la conclusion d'un acte dont le bénéfice et, en principe, les risques et charges<sup>197</sup> seront attribués à une autre personne mais précise que le bénéfice peut néanmoins partiellement profiter, directement ou indirectement à celui qui a conclu l'acte<sup>198</sup> et qu'il peut en assumer les charges ou risques<sup>199</sup>. Agir pour le compte d'autrui pourrait ainsi se limiter à réaliser un travail qui profite à autrui.

La doctrine travailliste souligne la complexité de la notion. Ainsi, Madame Aubert-Montpeyssen la décrit comme une « *notion pluridimensionnelle* », une « *idée* » à « *diverses composantes : assumption des risques, recherche de profit, responsabilité de l'activité ; [...] fréquemment résumées, dans la négative, par la formule "d'activité à ses risques et profits"* »<sup>200</sup>. Monsieur Aubrée expose qu'elle « *suppose que le travailleur en cause ne possède pas ses propres moyens d'exploitation (matériel, marchandises, outillage, locaux, brevets, licence, etc.) et en l'occurrence une clientèle personnelle, qu'il ne soit pas intéressé – à titre principal – à la réussite de l'affaire, en disposant d'un droit aux bénéfices de l'entreprise, et enfin qu'il ne soit pas exposé au risque d'exploitation (aléa économique), en se trouvant contraint de contribuer aux pertes éventuelles de cette dernière* »<sup>201</sup>.

Par ailleurs, la notion prête à confusion puisqu'elle est utilisée à la fois pour le contrat de travail, le mandat, la commission et le courtage, voir pour le contrat d'entreprise<sup>202</sup>. En particulier, le commissionnaire est défini légalement comme « *celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social **pour le compte d'un commettant*** »<sup>203</sup> alors que certains éléments qui excluraient le travail pour le compte d'autrui sont présents : le commissionnaire peut disposer de ses propres moyens d'exploitation et est souvent considéré comme ayant une clientèle personnelle. Par ailleurs, contractant en son nom propre, pouvant se porter du croire et étant généralement rémunéré par une commission, il peut être directement intéressé à la réussite

---

<sup>195</sup> Sur la question : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Préf. C. Jamin, BDP, t. 485, LGDJ, 2007, n° 620 s.

<sup>196</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « *travail pour autrui* ».

<sup>197</sup> BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 910, l'action pour compte se caractérise par le fait que l'acte est fait au « *bénéfice* » du donneur d'ordres « *mais aussi à ses risques* », que « *les bénéfices ou pertes de l'opération seront pour* » le donneur d'ordres – DISSAUX (N.), *op. cit.*, n° 1064 s., soutenant que celui qui agit « *pour le compte d'autrui [...] n'a pas vocation à recueillir le profit* » du contrat dont il a facilité la conclusion, ce qui serait de l'essence de l'intermédiation, et n'a pas, principe, à en supporter les charges. – V. également : DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 45, Litec, 2000, n° 38 s. – Comp. : BENOIT-RENAUDIN (C.), *La responsabilité du préposé*, Préf. P. Delebecque, BDP, t. 520, LGDJ, 2010, n° 620, « *agir "pour le compte d'autrui" signifie que l'on accomplit quelque chose dans l'intérêt d'autrui, l'accent est mis sur le résultat à atteindre et non sur les moyens pour parvenir à ce résultat* » – LYON-CAEN (G.), PELISSIER (J.) et SUPLOT (A.), *Droit du travail*, 17<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1994, n° 193, être « *à son compte* » signifie que le travailleur « *supporte seul les risques de son activité, dont (sauf exception) il recueille les profits* ».

<sup>198</sup> BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 910.

<sup>199</sup> DISSAUX (N.), *op. cit.*, n° 1070 et 1233 s. – Comp. : FLATIET (G.), *Les contrats pour le compte d'autrui*, Sirey, 1950, n° 1, « *faire un contrat pour le compte d'autrui, c'est conclure une convention dont certains effets, au moins, sont destinés à une personne absente à sa conclusion.* »

<sup>200</sup> AUBERT-MONPEYSEN (T.), *op. cit.*, 1988, p. 173.

<sup>201</sup> AUBRÉE (Y.), *op. cit.*, n° 61 s., spéc. n° 64.

<sup>202</sup> Rapp. : MAZEAUD (A.), *op. cit.*, n° 536, « *une prestation a été fournie, un travail exécuté. Le créancier de somme d'argent peut estimer que son activité pour le compte d'autrui s'est inscrite dans le cadre d'un contrat de travail, alors que le donneur d'ouvrage peut soutenir que la prestation de services résulte d'un contrat d'entreprise* ».

<sup>203</sup> C. com. art. L. 132-1, (mise en gras ajoutée).



des affaires qu'il traite. Exposé au risque de sa propre entreprise de commission, il est en plus responsable à l'égard du client de l'exécution des contrats par son commettant et, s'il s'est porté du croire, de l'exécution du contrat par le client à l'égard du commettant<sup>204</sup>. Le commissionnaire peut ainsi subir des pertes qui incomberaient, en principe, au commettant. En effet, si le client devient insolvable, il en supporte la perte par exécution de la convention de du croire et si l'entreprise du commettant est dans l'impossibilité d'exécuter les contrats, il reste tenu à l'égard des clients avec un recours illusoire contre ce dernier.

La notion de travail pour compte d'autrui n'apparaît donc pas pertinente en tant que telle et il convient plutôt de considérer ses composantes comme autant d'indices d'indépendance susceptibles d'exclure le contrat de travail<sup>205</sup>. D'ailleurs, la jurisprudence, lorsqu'elle se réfère à un travail pour compte, l'associe généralement à ses composantes qu'elle recherche spécifiquement<sup>206</sup>.

**66. Conclusion.** Par conséquent, l'exigence d'une prestation de travail à titre onéreux, sans intérêt personnel, dans l'intérêt et pour le compte d'autrui ne permet pas directement de caractériser ou d'exclure un contrat de travail entre un distributeur et un fournisseur. Cette question repose donc essentiellement sur la qualification de la subordination juridique.

## §1 – La qualification de la subordination juridique

**67. Plan.** La subordination juridique est une notion complexe et évolutive, rétive à une définition qui en figerait le contenu (A) et qui fait ainsi l'objet d'une méthode jurisprudentielle de qualification fondée sur un faisceau d'indices ambivalents qui seront détaillés (B).

### A – La nature complexe de la notion de subordination juridique

**68. Plan.** Si la jurisprudence a formellement choisi la subordination juridique comme critère du contrat de travail en rejetant la dépendance économique (1), cette distinction n'est qu'apparente car la méthode de qualification de la subordination juridique a réintroduit la dépendance économique (2).

#### ***1 – Le rejet de la dépendance économique et le choix de la subordination juridique comme critère du contrat de travail***

**69. Débat entre subordination juridique et dépendance économique.** Les premières lois sociales adoptées à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle s'appliquaient sans que la notion de contrat de travail ne soit définie<sup>207</sup>. Le droit connaissait seulement le louage de service et différents contrats comportant un travail (louage d'ouvrage, mandat, société)<sup>208</sup>. Si un certain consensus s'est fait sur la nécessité d'une prestation de travail et

---

<sup>204</sup> Sur ces règles : *infra* n° 169.

<sup>205</sup> *Infra* n° 83.

<sup>206</sup> V. par ex. : Soc. 04/11/1987 : n° 85-18421 ; B. n° 610.

<sup>207</sup> Sur la question : AUBERT-MONPEYSEN (T.), *op. cit.*, p. 17 s. – PELLISSIER (J) et autres, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, p. 6 s. – GROUDEL (H.), *Le critère du contrat de travail*, in Mél. G. H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 49 s., n° 5 s.

<sup>208</sup> L'expression « *contrat de travail* », connue des économistes, était totalement ignorée par le droit. Cuche notait ainsi qu'ils avaient « *joué un bien mauvais tour aux juristes* » en réussissant à « *mettre en usage dans la langue juridique l'expression "contrat de travail"* » (CUCHE (P.), *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, RCLJ 1913, p. 412) – Sur la question : REVET (T.), *La force de travail*, *op. cit.*, n° 121 s.

d'une rémunération, un débat est apparu à propos d'un troisième critère permettant de distinguer le contrat de travail d'autres contrats à titre onéreux impliquant un travail. Deux critères différents ont été discutés par la doctrine, le législateur et les juges : la subordination juridique et la dépendance économique<sup>209</sup>.

**Dépendance-nécessité.** Le critère de la dépendance économique, défendu notamment par Cuche<sup>210</sup>, Savatier<sup>211</sup>, Rouast<sup>212</sup> et par le gouvernement<sup>213</sup> s'attachait à la condition économique du travailleur. Cet état de dépendance résultait, selon Cuche, de la réunion de deux conditions : d'une part que le travailleur tire de son travail « *son unique ou principal moyen d'existence* » et, d'autre part, que le fournisseur et payeur du travail « *absorbe [...] intégralement et régulièrement l'activité de celui qui le fournit* »<sup>214</sup>. La dépendance économique désigne ainsi un état de dépendance-nécessité : la situation d'une personne ayant besoin d'une autre personne pour son activité ou son existence<sup>215</sup>.

**Dépendance-obéissance.** Au contraire, le critère de la subordination juridique, défendu notamment par Pic, se fondait sur une analyse de la situation juridique du travailleur : il était rempli lorsque le contrat passé entre le travailleur et le donneur et payeur du travail plaçait le premier « *sous la direction, la surveillance et l'autorité du second* »<sup>216</sup>. La subordination juridique traduit ainsi un état de dépendance-obéissance : la situation d'une personne dont la liberté, la maîtrise, l'autonomie dans son activité est limitée par une autre, sans nécessairement qu'un rapport de nécessité s'établisse. La subordination juridique a ainsi pu être analysée comme caractérisant un assujettissement du salarié à la volonté de l'employeur venant compenser « *l'impossibilité pour ce dernier de rentrer directement en possession de la force de travail dont il a conventionnellement acquis la jouissance* »<sup>217</sup>.

**70. Incidences sur le champ du droit du travail.** Le critère de la subordination juridique conduisait à une notion, *a priori*, restrictive du contrat de travail alors que la dépendance économique permettait d'accorder la protection des lois sociales à un plus grand nombre de travailleurs. Ainsi, Cuche, en

---

<sup>209</sup> Sur la question, voir notamment: PELLISSIER (J) et autres, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, 1-5, p. 6 s. – PASQUIER (I.), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 21 s. et n° 64 s. – REVET (T.), *La force de travail*, op. cit., n° 121 s. – AUBERT-MONPEYSEN (T.), op. cit., p. 13 s. – GROUDEL (H.), op. cit., n° 8 s.

<sup>210</sup> CUCHE (P.), *La définition du salarié et le critère de la dépendance économique*, D. 1932, chron. p. 101 s. – CUCHE (P.), *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, RCLJ 1913, p. 412 s.

<sup>211</sup> SAVATIER (R.), note ss Poitiers 05/12/1923, D. 1924, jurispr. p. 73 s. – SAVATIER (R.), *Vers une socialisation du contrat de louage d'industrie*, DH 1934, chron. p. 37 s.

<sup>212</sup> ROUAST (A.), *La notion de contrat de travail et la loi sur les assurances sociales*, JCP 1930.I.329 – Pour des défenses plus récente du critère : DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, DS 2011, p. 546 s., n° 13 s. – PIPPI (F.), *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social*, Préf. G. Lambert, BDS, t. 8, LGDJ, 1966, p. 435 s.

<sup>213</sup> Circulaire ministérielle du 30/04/1930, « *L'interprétation du terme salarié doit être très compréhensive. L'objet de la loi [sur les assurances sociales] est en effet de protéger contre les risques sociaux tous les travailleurs économiquement faibles, c'est-à-dire tous ceux qui, vivant principalement du produit de leur travail, se trouvent placés, à l'égard de celui qui les rémunère, dans un rapport soit de subordination personnelle, soit de dépendance économique* », citée par DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, n° 136.

<sup>214</sup> CUCHE (P.), *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, RCLJ 1913, p. 412 s., p. 423 s.

<sup>215</sup> Rappr. : FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 220, exposant que « *Marx considérait que le critère essentiel du contrat de travail ne résidait pas dans l'inégalité économique des partenaires ou la subordination mais dans l'obligation où se trouvait le salarié de passer un contrat pour subvenir à ses besoins, de louer ses services à autrui* » – COURTOIS (G.), *La critique du contrat de travail chez MARX*, ADP 1967, p. 31 s. – Comp. : ANTONMATTEI (P.-H.) et SCIBERRAS (J.-C.), *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, La documentation française, 2008, p. 22, retenant dans la définition du « *travailleur économiquement dépendant* » qu'il perçoit « *au moins 50 % de ses revenus d'un seul donneur d'ordres dans le cadre d'une relation contractuelle d'une durée minimale de deux mois* » VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986, n° 226, le contrat de dépendance est « *un contrat régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujéti, se trouve tributaire pour sa survie et son existence, du maintien de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il avait établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique, et sous sa domination* ».

<sup>216</sup> Civ. 1 06/07/1931 : DP 1931.I.131, P. Pic.

<sup>217</sup> SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s., spéc. p. 132 – FABRE-MAGNAN (M.), op. cit., p. 119, « *la subordination apparaît [...] comme le substitut de la dépossession, la compensation trouvée à l'absence de dépossession* » – Sur la question : REVET (T.), *L'objet du contrat de travail*, op. cit., p. 859 s. – REVET (T.), *La force de travail*, op. cit.

promouvant ce critère, voulait éviter les « *choquantes inégalités juridiques entre des individus de condition égale, situés sur le même plan économique* »<sup>218</sup> et analysait la jurisprudence de l'époque comme tendant « à mettre en concordance une classification économique avec une classification juridique, en élargissant celle-ci jusqu'à la distendre »<sup>219</sup>. Il s'agissait de faire correspondre la notion juridique de contrat de travail avec la notion économique de travailleur (celui qui tire ses revenus de la mise à disposition de sa force de travail). La dépendance économique devait permettre cette correspondance en accordant la protection des lois sociales aux travailleurs, qu'ils soient rémunérés à la pièce ou au temps, qu'ils travaillent dans une usine ou à leur domicile et qu'ils bénéficient d'une liberté technique ou non. Dans cet objectif, Cuche n'était d'ailleurs pas hostile à l'utilisation complémentaire de la subordination juridique et soutenait ainsi qu'il devait y avoir contrat de travail « *toutes les fois que l'exécution du travail, quel que soit son mode de rémunération, place celui qui le fournit dans un rapport de dépendance économique ou de subordination à l'égard de celui qui le rémunère* »<sup>220</sup>.

**71. Rejet jurisprudentiel de la dépendance économique.** En l'absence de définition légale du contrat de travail, la jurisprudence a d'abord hésité avant de se prononcer dans le sens d'un rejet du critère de la dépendance économique. En 1931, saisie du cas d'un distributeur (*Bardou*) gérant la succursale d'une société d'alimentation, la Cour de cassation pose en principe que « *la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties* » et précise que « *la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à l'égard de la personne qui l'emploie* »<sup>221</sup>. Par suite, les juges du fond ayant constaté que « *la convention intervenue dans l'espèce n'a pas pour effet de placer [le distributeur] sous la direction, la surveillance et l'autorité de la société [fournisseuse]* », la Cour de cassation exclut l'existence d'un contrat de travail.

Depuis, par une formule devenue classique, la qualification du contrat de travail suppose la constatation de « *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* »<sup>222</sup>.

**72. Conclusion.** Le contrat de travail devrait ainsi être caractérisé par l'existence d'une stipulation de prérogatives permettant à un contractant d'imposer à l'autre des directives, des contrôles et des sanctions concernant la prestation de travail convenue<sup>223</sup>.

Cependant, la jurisprudence a développé une méthode de qualification de la subordination juridique qui ne se limite pas à une analyse purement abstraite du contrat mais tient compte des conditions réelles de l'activité du travailleur, ce qui a eu pour conséquence de réintroduire la dépendance économique.

---

<sup>218</sup> CUCHE (P.), *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, RCLJ 1913, p. 412 s., p. 415.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 423.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 422 et 426 – Rapp. : DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, *op. cit.*, n° 19 s., défendant une complémentarité des critères.

<sup>221</sup> Civ. 1 06/07/1931 : DP 1931.I.131, P. Pic.

<sup>222</sup> Soc. 13/11/1996, *Société Générale* : n° 94-13187 ; B. n° 386 ; DS 1996, 1067, J.-J. Dupeyroux ; JCP E 1997.II.911, J. Barthélémy ; RDSS 1997, 847, J.-C. Dosdat – Soc. 01/12/2005 : n° 05-43031 ; B. n° 349 – Civ. 2 12/02/2009 : n° 07-21790 ; B. n° 43.

<sup>223</sup> Sur les notions de pouvoir et de prérogative : *infra* n° 1078.

## **2 – La réintroduction de la dépendance économique par la méthode de qualification de la subordination juridique**

**73. Affirmation d'une approche abstraite.** En énonçant que « *la condition juridique d'un travailleur [...] ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties* », en exigeant un « *lien juridique de subordination* », en se fondant sur les effets de la « *convention conclue en l'espèce* » et en rejetant une analyse de la situation économique du travailleur (« *la faiblesse ou la dépendance économique* »), l'arrêt *Bardou*<sup>224</sup> retenait une approche purement juridique et contractuelle du contrat de travail. La subordination juridique devait ressortir de l'analyse d'un contrat<sup>225</sup> et non de la situation concrète d'un travailleur. Cette méthode a rapidement été remise en cause pour étendre le champ du salariat<sup>226</sup> et lutter contre les fraudes.

**74. Fraudes et stratégies d'évitement du droit social.** En effet, rien n'empêchait un employeur en position de force de ne prévoir expressément aucune clause de direction, de contrôle ou de sanction dans le contrat, d'exclure la qualification de contrat de travail et pourtant, dans les faits, d'exercer une direction et un contrôle du travail en exploitant notamment un état de dépendance-nécessité du travailleur<sup>227</sup>. Par ailleurs, le droit du travail ayant vocation à s'appliquer uniquement à des personnes physiques, il a été confronté à des stratégies consistant à créer une personne morale<sup>228</sup>, notamment unipersonnelle, pour externaliser des fonctions accomplies par un salarié et ainsi échapper à l'application de la législation sociale<sup>229</sup>.

**75. Plan.** Face à ces deux difficultés, la jurisprudence a adopté une approche concrète de la subordination juridique faisant primer les conditions d'exercice de l'activité du travailleur sur la volonté des parties (a) et, en particulier, sur la situation formelle choisie par celui-ci (b).

### **a - La primauté des conditions d'exercice de l'activité sur la volonté des parties**

**76. Primauté des faits sur la volonté exprimée.** Dans l'arrêt *Barrat* de 1983, la Cour de cassation a retenu une analyse concrète du contrat de travail en jugeant que « *la seule volonté des parties [est] impuissante à soustraire [un travailleur] au statut social qui découl[e] nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail* »<sup>230</sup>. Depuis, elle rappelle régulièrement 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*

<sup>224</sup> *Supra* n° 71.

<sup>225</sup> Civ. 22/06/1932 et 01/08/1932 : DP 1933.I.145, P. Pic, « *les obligations attachées à la qualité de chef, ne sauraient, à défaut d'autres précisions, trouver leur fondement que dans les dispositions contractuelles sous quelque forme qu'elles se révèlent et quelques modalités qu'elles présentent suivant les usages et circonstances* ».

<sup>226</sup> Ainsi, dès 1932, dans une série d'arrêts, la Cour de cassation a reconnu une subordination juridique pour des travailleurs à domicile au point que Pic s'est interrogé sur le point de savoir si la Cour de cassation n'était pas revenue « *pratiquement, par des voies détournées, au critérium de la dépendance économique qu'elle rejette en théorie* » (PIC (P.), note ss Civ. 22/06/1932 et 01/08/1932, DP 1933.I.145) – Sur la question : GROUDEL (H.), *op. cit.*, n° 12 s. – REVET (T.), *La force de travail, op. cit.*, n° 128 s.

<sup>227</sup> Pour un exemple de tentative de transformation d'un contrat de travail en contrat de courtage libre : Soc. 05/07/1973 : n° 72-40748 ; B. n° 452. – Sur la question de l'externalisation des salariés et des fraudes : VERICEL (M.), *Le rétablissement de la présomption de non-salariat*, DS 2004, p. 297 s. – LYON-CAEN (G.), « *Où mènent les mauvais chemins* », DS 1995, p. 647 s. – LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 18 s. et n° 67 s. – CAMERLYNCK (G.- H.), *op. cit.*, n° 65.

<sup>228</sup> Dans ce sens : MAINGUY (D.), *La liberté de l'entreprise face à ses partenaires*, in *Entreprise et liberté*, Ass. H. Capitant, Dalloz, 2007, p. 21 s., p. 21, constatant que la création d'une personne morale a parfois une raison conjoncturelle tenant à l'évitement du droit social.

<sup>229</sup> En effet, une même prestation de travail peut être effectuée soit dans le cadre d'un contrat de travail, soit dans le cadre d'un contrat d'entreprise. Si ce dernier est conclu avec une personne morale, la requalification en contrat de travail est, en principe, exclue. Pour transformer un salarié en indépendant, il est donc possible de lui faire créer une société (souvent unipersonnelle) et de substituer à son contrat de travail, un contrat d'entreprise avec celle-ci. – V. par ex. : Soc. 31/05/2011 : n° 08-45292 – Soc. 13/05/2008 : n° 07-40466.

<sup>230</sup> AP 04/03/1983 : *op. cit.* – La solution existait déjà en jurisprudence : Soc. 2/06/1981 : n° 80-12138 ; B. n° 485 – Soc. 05/03/1981 : n° 79-16869 ; B. n° 196 – Soc. 13/12/1979 : n° 78-12448 ; B. n° 996.

convention, mais des conditions de fait, dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »<sup>231</sup>.

Les conditions de fait priment ainsi sur les conditions exprimées. Si l'analyse du contrat reste pertinente<sup>232</sup>, c'est à condition que ses stipulations correspondent aux conditions effectives d'exercice de l'activité<sup>233</sup>. La Cour de cassation admet ainsi que la subordination soit qualifiée à partir d'un faisceau d'indices d'une autorité de fait s'exerçant sur le travailleur<sup>234</sup>. Il s'agit donc souvent d'une question concrète et factuelle, abandonnée largement aux juges du fond auxquels la Cour reconnaît en la matière un « pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve »<sup>235</sup>.

Il a été soutenu que cette démarche découlait de l'article du 12 du Code de procédure civile imposant au juge de « restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée »<sup>236</sup>. Cependant, la Cour de cassation n'invite pas les juges du fond à écarter seulement la « dénomination » d'un acte qui ne correspondrait pas à son contenu mais également d'écarter son contenu (« la volonté exprimée par les parties »)<sup>237</sup>. Il ne s'agit donc pas de faire correspondre la dénomination d'un acte avec son contenu en le requalifiant mais de faire correspondre le contenu d'un acte dont découle sa qualification avec l'exécution qui en a été faite.

<sup>231</sup> Soc. 01/12/2005 : n° 05-43031 ; B. n° 349 – Soc. 10/05/2006 : n° 04-44759 – Soc. 17/09/2008 : n° 07-43265 et 07-432267 – Soc. 03/06/2009 : n° 08-40981 ; B. n° 141 – Soc. 20/01/2010 : n° 08-42207 ; B. n° 15 – Soc. 30/11/2011 : n° 11-10688 et 11-11173 – Soc. 18/09/2013 : n° 11-10727.

<sup>232</sup> Dans certains arrêts, la Cour de cassation se fonde exclusivement sur une analyse de la volonté exprimée pour déduire l'existence d'un lien de subordination. Ainsi, dans l'arrêt *Labbane* (Soc. 19/12/2000, *Labbane* : n° 98-40572 ; B. n° 437 ; DS 2001, 227, A. Jeammaud ; DO 2001, 241, A. de Senga), la cour d'appel à laquelle était soumis un « contrat de location d'un véhicule équipé taxi » s'était attachée aux conditions réelles d'exercice de l'activité et avait exclu la qualification de contrat de travail en énonçant qu'il ne ressortait « pas des débats que [le travailleur] recevait des instructions notamment quant à la clientèle à prendre en charge ni quant au secteur de circulation ou quant aux horaires » et qu'il n'était « pas fait état de l'exercice d'un pouvoir de direction ou disciplinaire » mais la Cour de cassation, après avoir rappelé 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 », cite différentes clauses du contrat (la durée, les conditions de renouvellement et de résiliation, la redevance, les « obligations nombreuses et strictes » stipulées) et casse l'arrêt au motif que « nonobstant la dénomination et la qualification données au contrat litigieux, l'accomplissement effectif du travail dans les conditions précitées prévues par ledit contrat et les conditions générales y annexées, plaçait le "locataire" dans un état de subordination à l'égard du "loueur" et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location [...] était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail ». Si la Cour s'attache à la volonté exprimée mais elle fonde sa solution sur « l'accomplissement effectif du travail » dans ces conditions. – Dans le même sens : Soc. 24/06/2009 : n° 07-43542 ; RLDA 01/10, 71, M. Bourdeau, « ayant relevé qu'il résultait non seulement des stipulations contractuelles mais aussi de mentions sur un agenda et d'attestations que M. X... accomplissait un travail sous la direction et le contrôle de M. Y..., la cour d'appel [...] a légalement justifié sa décision » – Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342, le pourvoi soutenait que l'existence d'un contrat de travail devait « être déduite des seules conditions d'exercice en fait de l'activité » et reprochait à la cour d'appel de l'avoir déduit « du contenu de clause du contrat de franchise conclu entre les parties », la Cour de cassation juge que « la cour d'appel a retenu que la société Fiventis avait, selon les stipulations du contrat de franchise, imposé à M. X... des obligations détaillées et applicables de bout en bout dans les relations avec les clients, renforcées ensuite par des instructions tout aussi détaillées » et qu'elle a ainsi « pu en déduire [...] un lien de subordination » – Sur la question : PASQUIER (I), *op. cit.*, n° 71, « la considération pour les modalités d'exécution du contrat n'exclut pas un examen attentif des clauses contractuelles elles-mêmes. En effet, si la qualification intéresse le pouvoir en action, la source de ce pouvoir peut être, soit l'exercice de l'autorité par l'employeur, soit un ensemble de contraintes contractuelles qui ordonnent à la volonté du salarié. L'identification du lien de subordination n'est donc pas exclusive d'un examen des contraintes comportementales générées par les clauses du contrat : on peut ordonner par la voix mais aussi ordonner par l'écrit ».

<sup>233</sup> Dans ce sens : Soc. 18/10/2007 : n° 06-45949, « après avoir examiné les clauses contractuelles et estimé que de telles clauses établissaient le lien de subordination, la cour d'appel, qui a retenu qu'il n'était ni allégué ni démontré que les conditions pratiques et effectives d'exercice de l'activité avaient été différentes de celles énoncées dans le contrat, a légalement justifié sa décision ». *A contrario*, si les conditions pratiques et effectives d'exercice de l'activité avaient été différentes des conditions contractuelles, la cour d'appel n'aurait pu s'attacher exclusivement à ces dernières.

<sup>234</sup> V. par ex. : Soc. 2/07/2003 : n° 01-43018 – Dans ce sens : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 203 – MAZEAUD (A.), *op. cit.*, n° 539 – FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *op. cit.*, n° 490 s. – LOKIEC (P.), *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 111.

<sup>235</sup> Soc. 18/05/2008 : n° 07-40466 – V. également : Soc. 12/04/2012, 2 arrêts : n° 10-27075 et 10-27076 – Civ. 1 3/07/2008 : n° 07-15551 – Com. 16/01/2008 : n° 07-40055 – Soc. 26/02/2002 : n° 99-46128.

<sup>236</sup> Dans ce sens : PASQUIER (I), *op. cit.*, n° 70 – PELLISSIER (J) et autres, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2008, p. 14 s.

<sup>237</sup> Dans ce sens : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004, n° 472. – A cet égard, l'arrêt *Labbane* (*op. cit.*) n'est pas le meilleur exemple car les juges se sont référés « à l'accomplissement effectif du travail dans les conditions [...] prévues par le [...] contrat et les conditions générales y annexées » si bien qu'il peut être analysé comme restituant simplement une qualification véritable à un contrat dont le contenu correspondait à un contrat de travail. Mais dans ce cas, la précision que l'exécution avait été conforme au contenu est superflue, ce qui montre que la Cour de cassation entendait privilégier l'accomplissement du travail. Par ailleurs, le raisonnement écartant le contrat sera confirmé ultérieurement : Soc. 01/12/2005 : n° 05-43031 ; B. n° 349, cassant un arrêt d'appel au motif « qu'en se bornant à analyser certaines clauses du contrat, sans rechercher si [...] dans les faits, les sociétés avaient le pouvoir de donner des ordres et des directives relatifs [...] à l'exercice du travail lui-même, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé le lien de subordination, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Il a néanmoins été soutenu qu'il s'agirait simplement d'écarter le contenu formel (« *la volonté exprimée* ») pour s'attacher aux « *volontés réelles des parties qui ne s'expriment pas dans l'instrumentum mais, plus fondamentalement, dans leurs actes [...] qui sont révélateurs de leur véritable intention* », à « *déjouer une simulation* » en donnant « *effet à ce qu'ont véritablement voulu les parties dans une contre-lettre* »<sup>238</sup>.

Il est vrai que l'article 1156 du Code civil invite « *dans les conventions [à] rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* » et que la Cour de cassation n'interdit pas aux juges de s'intéresser au comportement des parties dans l'exécution de leur convention pour déterminer leur commune intention initiale<sup>239</sup>. Cependant, l'article 1156 du Code civil s'intègre dans une Section sur « *l'interprétation des conventions* », c'est-à-dire sur l'« *opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur* »<sup>240</sup>. Or, la démarche suivie dans la qualification du contrat de travail ne consiste pas à rechercher ce qui a été réellement voulu dans un *instrumentum* obscur mais à constater ce qui a été fait pour déterminer ce qui aurait été voulu, même en présence d'un *instrumentum* clair excluant tout contrat de travail et tout pouvoir de direction, contrôle ou sanction<sup>241</sup>.

Par ailleurs, la démarche consistant à rechercher l'intention des parties dans leurs comportements postérieurs à la conclusion du contrat est critiquable. En effet, classiquement un contrat comporte une phase de conclusion qui fixe la volonté commune des parties et une phase d'exécution qui la réalise<sup>242</sup>. Par suite, une exécution d'un contrat non conforme à sa lettre peut autant être la manifestation d'une volonté réelle (*negocium*) contraire à la volonté exprimée (*instrumentum*) que la manifestation d'une inexécution ou mauvaise exécution d'un contrat dont l'*instrumentum* correspond totalement au *negocium*. Privilégier le comportement des parties sur la lettre du contrat revient donc à postuler que ce qui a été fait correspond nécessairement à ce qui a été voulu. La requalification peut alors aboutir à valider rétroactivement une mauvaise exécution du contrat<sup>243</sup>.

On pourrait objecter qu'une mauvaise exécution non accompagnée de protestations ou refus peut être

---

<sup>238</sup> CESARO (J.-F.), *La subordination*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 129 s., n° 207 s., n° 209 – Dans le même sens : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 417 – PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 70.

<sup>239</sup> V. par ex. : Civ. 1 13/12/1988 : n° 86-19068 ; B. n° 352, « *pour déterminer quelle a été la commune intention des parties à un acte il n'est pas interdit aux juges du fond de relever le comportement ultérieur des contractants* » – Sur la question : GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, n° 125, « *ce que font les parties importe donc plus que ce qu'elles disent et le juge peut légitimement ignorer l'écrit lorsqu'il constate, objectivement, que la situation de fait, acceptée par les contractants, ne correspond pas à la qualification donnée* » – FAGES (B.), *Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat*, D&P 01/1999, p. 28 s. – FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1997, n° 180 s.

<sup>240</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « interprétation ».

<sup>241</sup> Rappr. : JEAMMAUD (A.), *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail : à propos de l'arrêt Labbane*, DS 2001, p. 227 s., n° 7, « *pour autant qu'il s'agisse de l'interprétation d'une convention, on reste dans le droit fil de l'art. 1156 C. civ. A suivre la règle signifiée par ce texte, "ce qui a été dit importe peu ; seul compte ce qui a été voulu". On semble, ici, aller plus loin : compte surtout ce qui a été fait. Mais parce que ce qui a été délibérément fait ou supporté (jusqu'à ce que les choses se gâtent) est bien le plus pertinent révélateur de ce qui a été voulu !* ».

<sup>242</sup> Sur la question, voir : PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, Préf. Y. Lequette, BDP, t. 535, LGDJ, 2012.

<sup>243</sup> Par exemple, si deux personnes concluent un contrat d'entreprise : un maître d'ouvrage confie à un l'entrepreneur le soin de réaliser un travail matériel. Ce contrat est généralement conçu comme donnant à l'entrepreneur une indépendance dans son travail : il s'organise comme il le souhaite, utilise les outils et les méthodes de son choix, peut se substituer des salariés. Imaginons maintenant que le maître de l'ouvrage, après la conclusion du contrat, s'immisce dans le travail de l'entrepreneur : il entend diriger son travail en lui imposant certains choix techniques, déterminer ses horaires, exclure certains ouvriers du chantier, il contrôle régulièrement l'avancée du travail et menace l'entrepreneur de rompre le contrat ou de retenir le paiement s'il refuse de se conformer à ses souhaits. En appliquant un raisonnement contractuel classique, l'entrepreneur peut refuser les directives, s'opposer aux contrôles et aux sanctions car aucune clause de direction, de contrôle et de sanction n'a été stipulée au contrat. S'il les a tolérés, il pourrait, en principe cesser de le faire et exiger une exécution conforme au contrat. S'il les a définitivement acceptés, il ne devrait pas y avoir une requalification du contrat, mais, tout au plus une novation en contrat de travail. Pourtant, en appliquant le raisonnement des arrêts *Barrat* et *Labbane*, le juge pourra juger que puisque les conditions d'exécution de l'activité de l'entrepreneur relèvent qu'il a été soumis à la direction, au contrôle et au pouvoir de sanction du maître d'ouvrage, le contrat encadrant l'activité doit être requalifié en contrat de travail et l'immixtion du maître d'ouvrage justifiée *a posteriori* et rétroactivement.

considérée comme tacitement acceptée. Mais il y a alors modification du contrat aboutissant, le cas échéant, à la succession de deux contrats de natures différentes or la jurisprudence procède généralement à une requalification rétroactive. Par ailleurs, le comportement des parties est souvent ambigu. Il peut autant révéler leur volonté réelle que leur négligence ou dépendance. Considérons, par exemple, un contrat de vente entre un petit producteur et une centrale d'achat stipulant un paiement impérativement à la livraison<sup>244</sup>. La livraison intervient mais la centrale d'achat ne paie pas. Le producteur ne réclame rien avant plusieurs mois et assigne finalement la centrale en paiement. Le juge déduira-t-il du comportement des parties (non paiement à la livraison pour le débiteur et absence de réaction pour le créancier) que leur volonté était en réalité, malgré les stipulations claires de l'*instrumentum*, de ne pas convenir un prix payable impérativement à la livraison, voire de conclure une donation déguisée ? Préférera-t-il supposer que le producteur a été négligent ou a subi une pression de la centrale d'achat ayant usé de son pouvoir de déréférencement pour s'octroyer, unilatéralement et sans formalité, des délais de paiement ?

**77. Primauté des faits sur la volonté réelle.** De plus, comme le note Monsieur Dockès, si la qualification de contrat de travail ne dépend pas de la volonté exprimée, elle « *ne dépend pas non plus de la volonté réelle des parties* » car « *l'application du Code du travail est impérative* »<sup>245</sup>. Par conséquent, si, dans les faits, l'activité du travailleur a été exercée à titre onéreux sous l'autorité d'une personne qui donnait des directives et en contrôlait l'exécution, il y aura contrat de travail même si les parties ont stipulé, de manière expresse et non équivoque, que le travailleur est totalement autonome et ne bénéficie pas des règles du Code du travail.

Par conséquent, puisque le comportement effectif prime la volonté exprimée et que la volonté réelle est impuissante à écarter le régime du contrat de travail et le pouvoir judiciaire de qualification à partir du comportement effectif, il faut bien se résoudre à constater que certains contrats de travail ne sont pas des actes juridiques – des manifestations de volonté dans le but d'entraîner des effets de droit – mais des faits juridiques<sup>246</sup>, c'est à dire des comportements auquel le droit attache des effets juridiques non nécessairement recherchés par leurs auteurs<sup>247</sup> et qu'ils ont même parfois expressément exclus.

Cette approche est confirmée par l'utilisation de l'expression d' « *état de subordination* » plutôt que celle de *lien de subordination* dans un nombre croissant d'arrêts<sup>248</sup> et par le recours à un faisceau d'indices factuels pour compléter ou écarter le contenu littéral du contrat<sup>249</sup>. Elle est également confirmée par la prise en compte d'indices de nature économique ne se rattachant pas à des prérogatives juridiques de direction, contrôle ou sanction, comme l'exclusivité du travail pour un seul bénéficiaire, l'absence de propriété des moyens du travail, l'absence de recours à des auxiliaires (salariés), l'absence d'assomption des risques par le

---

<sup>244</sup> En faisant abstraction des règles sur les délais de paiement prévues par l'article L. 441-6 du Code de commerce.

<sup>245</sup> DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, DS 2011, p. 546 s., n° 6.

<sup>246</sup> Dans ce sens : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004, n° 473.

<sup>247</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014.

<sup>248</sup> V. par ex. : Soc. 19/06/2013 : n° 12-16334 – Soc. 27/05/2003 : n° 01-41896 ; D. 2004, somm. 382, A. Fabre – Soc. 10 déc. 2002 : n° 00-44646 ; B. n° 374, mettant en évidence « *un état de subordination caractérisant l'existence du contrat de travail* » – Soc. 08/10/1987 : n° 84-45889 – Soc. 17/06/1982 : n° 80-40976 ; B. n° 403 – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, 2014, n° 197 s., présentant la « *subordination juridique* » comme un « *effet caractéristique du contrat de travail* » (n° 198) et « *l'état de de subordination* » comme « *le critère du contrat de travail* » (n° 199) – DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, DS 2011, p. 546 s., n° 3, « *discrètement depuis les années 1980 et plus franchement depuis les années 2000, c'est la subordination de fait, « l'état de subordination » qui a remplacé [le critère du « lien de subordination juridique »]* ».

<sup>249</sup> Dans ce sens : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, n° 473, analysant l'utilisation de la méthode du faisceau d'indices comme confortant l'analyse de la subordination comme un pouvoir factuel.

travailleur ou son absence de clientèle propre<sup>250</sup>.

Ce constat ne valide pas pour autant l'analyse institutionnelle du rapport de travail défendue par une partie de la doctrine<sup>251</sup>. En effet, la jurisprudence maintient une analyse contractuelle<sup>252</sup>. Il paraît donc plus juste de voir dans le contrat de travail un cadre juridique d'appréhension d'un rapport de travail<sup>253</sup> qui n'est pas nécessairement, à l'origine, un accord de volontés<sup>254</sup> mais parfois un rapport purement factuel<sup>255</sup>. Dans cette hypothèse, le juge ne qualifie pas un pouvoir contractuel mais analyse et traite comme un pouvoir contractuel un pouvoir de fait<sup>256</sup>. En d'autres termes, le juge contractualise le pouvoir factuel pour l'appréhender juridiquement à travers la figure du contrat.

**78. Réintroduction de la dépendance économique.** Or, admettre que la subordination juridique puisse ne pas être *juridique* à l'origine mais découverte dans un rapport purement factuel ayant des ressorts économiques conduit à réintroduire la dépendance économique dans la qualification du contrat de travail. En effet, la subordination juridique invitait à s'intéresser exclusivement à l'accord de volonté, à l'acte juridique, comme source du pouvoir (à une obligation de subordination juridique, à une soumission convenue aux directives du cocontractant) à l'exclusion de toute autre source ou manifestation de celui-ci (la possibilité effective pour une personne d'obliger une autre à suivre ses directives notamment en raison de sa faiblesse, de sa nécessité de travailler pour subvenir à ses besoins). Au contraire, la caractérisation d'un état de subordination en l'absence de pouvoir juridiquement institué conduit à admettre que la dépendance économique, si elle donne concrètement à une personne la possibilité d'imposer à une autre des directives et un contrôle sur son activité, permet de caractériser le contrat de travail<sup>257</sup>. Le pouvoir de fait est alors légitimé pour être encadré<sup>258</sup>, il devient un pouvoir de droit par la reconnaissance d'un contrat de travail ne correspondant pas nécessairement à la volonté commune initiale des parties.

Une partie de la doctrine soutient ainsi que la subordination juridique est « *la traduction, en termes juridiques, des données caractérisant l'état de dépendance économique* »<sup>259</sup>. Dans une approche plus

---

<sup>250</sup> Dans ce sens : SUPLOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, p. 165 s., constant que « la technique du faisceau d'indices » incluant ces indices économiques a pu « rider la subordination de son contenu » en servant à « étendre la qualité de salarié à des personnes qui jouissent d'une réelle liberté dans l'exécution de leur travail » car « l'idée directrice de cet élargissement consiste à se demander si le travailleur exerce sa liberté d'entreprendre ou bien seulement sa liberté du travail » – *Infra* n° 83 et 98 s.

<sup>251</sup> V. not. : DURAND (P.), *A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail*, JCP 1944.I.337 – Sur cette question, voir notamment : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 413 – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 610 – JEAMMAUD (A.), *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in Mél. J. Péliissier, Dalloz, 2004, p. 299 s.

<sup>252</sup> Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 611 s.

<sup>253</sup> Sur la question : DOCKÈS (E.), *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, in Mél. J. Péliissier, Dalloz, 2004, p. 203 s.

<sup>254</sup> DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, *op. cit.*, n° 11, « il peut être tentant de déduire la subordination juridique de l'état de subordination. De l'exécution obéissante dans les faits serait déduite une volonté d'obéissance dans l'exécution et donc une clause contractuelle implicite d'obéissance, une subordination juridique. Le contenu du contrat viendrait de la volonté implicite des parties. Ce recours aux volontés tacites ou implicites dans la découverte de contenus contractuels est un artifice rhétorique traditionnel. Mais il est peu convaincant et un peu démodé. Chacun admet aujourd'hui que le contenu du contrat est, parfois, en partie dessiné par le juge et non par la commune volonté des parties ».

<sup>255</sup> Sur la promotion du fait au rang de contrat et la création d'une situation contractuelle d'origine judiciaire, voir : LAUDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1992, n° 548 s..

<sup>256</sup> Dans ce sens : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, soutenant que le contrôle du pouvoir ne tire pas sa source dans le contrat (n° 358 s., spéc. n° 459 s.), constatant que le droit du travail donne l'exemple le plus abouti d'émancipation du pouvoir par rapport au contrat et démontrant que « la subordination juridique est un rapport factuel de pouvoir auquel le droit attache des conséquences juridiques, en l'occurrence la qualification de contrat de travail » (n° 271 s.) – V. également : DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, DS 2011, p. 546 s., n° 8 s., l'objet de la preuve du contrat de travail est une « subordination de fait » et non de droit.

<sup>257</sup> Dans ce sens : *Ibid.*, n° 13 s. – V. également : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 199 s.

<sup>258</sup> Rapp. : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 3.

<sup>259</sup> REVET (T.), *La force de travail*, *op. cit.*, n° 135 s., « l'adaptation du lien de subordination juridique s'opère [...] par la traduction, en termes juridiques, des données caractérisant l'état de dépendance économique » – Dans le même sens : GAUDU (F.) et VATINET (R.), *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001, n° 27, « la Cour de cassation n'a pas cessé de prendre en compte divers indices relatifs à la situation économique des parties, pour les englober dans la



technique, une autre partie de la doctrine constate que la dépendance économique « *peut aider à la preuve de la subordination* » et « *qu'il se pourrait qu'elle soit une sorte de critère complémentaire, le plus souvent implicite* » : « *une forte dépendance économique permettrait [ainsi] [...] une qualification de "contrat de travail", même lorsque la subordination, à proprement parler, est douteuse ou à tout le moins légère* »<sup>260</sup>. La Cour de cassation a d'ailleurs parfois expressément fait appel à la dépendance pour caractériser un contrat de travail<sup>261</sup> car dans une approche concrète de la subordination juridique, il n'est pas impossible de déduire de l'état de dépendance du travailleur, l'existence d'un pouvoir factuel de direction, contrôle et sanction de son donneur d'ordre.

**79. Conclusion.** Par conséquent, la primauté donnée aux conditions factuelles d'exercice de l'activité a gommé la différence de nature entre la subordination juridique et la dépendance économique : la subordination juridique n'est pas nécessairement juridique mais peut découler d'un rapport purement économique et, inversement, la dépendance économique peut trouver sa source dans un rapport juridique.

Cette primauté des conditions factuelles d'exercice de l'activité a également conduit la jurisprudence à limiter et même à neutraliser la portée du statut formel choisi par le travailleur.

## **b - La primauté des conditions d'exercice de l'activité sur le statut formel du travailleur**

**80. L'indifférence de l'immatriculation ou inscription comme indépendant.** La loi prévoit que « *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 [...] les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés [ou] [...] au registre des agents commerciaux [...] [et] les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés* »<sup>262</sup>.

Elle ajoute que « *l'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque [c]es personnes [...]*

---

notion de subordination juridique » si bien que « *la dépendance économique est appréhendée comme un critère technique* » – GROUTEL (H.), *op. cit.*, n° 22 s. – SAVATIER (R.), *Vers la socialisation du contrat de louage d'industrie*, DH 1934, chron. p. 37 s., p. 39, « *quand on parle de subordination, il faut bien s'entendre. Celle dont il s'agit n'est point une subordination juridique purement juridique, caractérisée, selon l'expression inexacte des arrêts, par le droit de l'employeur de donner des ordres et des instructions. On a le droit de donner des ordres et des instructions à son agent de change ou à son architecte ; ce ne sont pas pourtant des salariés, parce qu'économiquement et socialement, ils sont indépendants, ils sont "à leur compte" ; ils sont "à leurs risques"* ». « *L'entrepreneur [...] est l'homme qui n'emploie que ses propres ouvriers, que ses propres instruments, qui travaille pour l'employeur à la solde duquel on le trouve occasionnellement, mais aussi pour d'autres, qui a l'habitude, en définitive, d'être à ses risques et périls ; le salarié, au contraire est plus ou moins aux risques et périls de son maître. C'est au maître qu'il a enchaîné sa force de travail, et du maître que dépend la productivité de celui-ci. Il emploie en général les instruments de son maître, côte à côte avec les autres ouvriers de celui-ci. Et la note économique et sociale qui distingue son travail de celui de l'entrepreneur est si nette qu'elle s'imprime, pour ainsi dire, sur la personnalité de ces deux hommes : quand un entrepreneur exécute des travaux d'ouvriers, on présume qu'il entend garder son indépendance et rester entrepreneur. De même, lorsqu'un ouvrier, travaillant couramment comme tel, prend un emploi à la tâche, il reste ouvrier. Voilà précisément l'angle sous lequel la jurisprudence, toute imprégnée de l'esprit juridique classique, hésite encore à se placer* » – Rapp. : FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *op. cit.*, n° 488, « *bien que constante dans son exigence, cette notion clef de la subordination a connu des inflexions dans sa conception même, la rapprochant parfois fortement du concept de dépendance économique* ».

<sup>260</sup> AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 200 – V. également : DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, *op. cit.*, n° 19 s.

<sup>261</sup> Dans ce sens : Soc. 27/05/1968 : n° 67-40247 ; B. n° 255, relevant une « *dépendance dans l'organisation générale du travail* » pour en déduire un lien de subordination – Soc. 24/05/1972 : n° 71-10969 ; B. n° 376, relevant « *l'existence d'une activité dépendante en qualité de salarié* » – Soc. 09/05/1979 : n° 77-41406 ; B. n° 394, faisant référence à un « *état de dépendance et de subordination, ce dont il résultait l'existence d'un contrat de travail* » – Soc. 16/12/1980 : n° 79-12978 ; B. n° 904, caractérisant des travailleurs étant « *dans un état de dépendance économique et dans un lien de subordination* » – Soc. 05/03/1981 : n° 79-16869 ; B. n° 196 faisant référence à une « *totale dépendance* » – Soc. 19/01/1983 : n° 81-16424 ; B. n° 21, relevant un « *lien de dépendance et de subordination* » – Crim. 27/09/1989 : n° 88-81182 ; B. n° 807, « *les ouvriers concernés se trouvaient dans un état de dépendance économique et de subordination juridique caractérisant l'existence de contrats de travail* » – Soc. 22/02/1990 : n° 87-16719, faisant référence à un « *lien de dépendance* » – Crim. 21/09/1994 : n° 93-83218 ; B. n° 301, relevant une « *situation de subordination et de dépendance* » – Crim. 13/03/1997 : n° 96-81081 ; B. n° 107, constatant un « *état de subordination et de dépendance économique* » – Crim. 26/02/1998 : n° 97-80238 ; B. n° 77, faisant référence à un « *lien de subordination et de dépendance* » – Contra : Soc. 19/06/2013 : n° 12-17913, « *en se déterminant [...] par des motifs décrivant une dépendance économique impropres à caractériser un lien de subordination juridique, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

<sup>262</sup> C. trav. art. L. 8221-6 – Ces dispositions introduites par la loi n° 94-126 du 11/02/1994 ont été abrogées par la loi n° 2000-37 du 19/01/2000 avant d'être réintroduites par la loi n° 2003-721 du 01/08/2003.

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 »<sup>263</sup>. Cette possibilité de caractériser un contrat de travail malgré une immatriculation comme indépendant prive celle-ci de portée substantielle. La présomption n'a ainsi quasiment pas eu d'impact sur la jurisprudence<sup>264</sup>.

Depuis 2008, la loi dispose également qu'« est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre »<sup>265</sup>. Cette précision visait à étendre la présomption précédente aux auto-entrepreneurs puisqu'ils sont dispensés d'immatriculation<sup>266</sup>. La présomption restant simple, elle n'a pas eu plus d'impact en jurisprudence que la présomption précédente<sup>267</sup> et ne devrait pas en avoir dans l'avenir<sup>268</sup>.

**81. L'indifférence de l'interposition d'une personne morale réelle.** Par ailleurs, selon les termes même de la loi, « l'existence d'une personne interposée » ne fait pas obstacle à la qualification d'un contrat de travail si une subordination juridique est établie.

Le fait qu'un travailleur exerce son activité sous forme sociale a cependant longtemps été un obstacle à la qualification car, par l'effet de l'écran de la personnalité morale, il n'existe aucun rapport contractuel entre les fournisseurs ou clients d'une société et ses gérants ou salariés. Établir la subordination juridique d'un travailleur sous forme sociale avec un client ou fournisseur de sa société nécessitait donc préalablement de faire tomber l'écran social en caractérisant la fictivité de la société. Or, cette fictivité n'était pas évidente à établir, elle supposait de démontrer qu'un de ses éléments constitutifs de la société faisait défaut ou encore que son objet social était illicite car il visait exclusivement à réaliser une fraude au droit du travail<sup>269</sup>.

La jurisprudence récente a cependant admis qu'un contrat de travail de droit commun puisse être caractérisé entre le ou les gérants d'une société et un des contractants de celle-ci sans nécessité d'établir sa fictivité. Les espèces concernaient précisément des sociétés de distribution et le contrat de travail a été

---

<sup>263</sup> C. trav. art. L. 8221-6.

<sup>264</sup> Dans ce sens : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 447 – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 201 – LOKIEC (P.), *Droit du travail*, t. 1, PUF, 2011, n° 112, constatant que la présomption est « quasiment vidée de sens » par la jurisprudence. – Sur la question : VERICEL (M.), *Le rétablissement de la présomption de non-salariat*, DS 2004, p. 297 s. – DOROY (F.), *La vérité sur le faux travail indépendant*, DS 1995, p. 638 s. – LYON-CAEN (G.), « Où mènent les mauvais chemins », DS 1995, p. 647 s.

<sup>265</sup> C. trav. art. L. 8221-6-1, issu de la loi n° 2008-776 du 4/08/2008 (art. 11).

<sup>266</sup> JO Sénat Déb. 01/07/2008, p. 3715, col. 1, « À partir du moment où nous avons adopté [...] le principe de l'immatriculation non obligatoire de l'auto-entrepreneur, il faut, afin d'éviter tout malentendu, organiser une coordination juridique pour faire en sorte que la présomption de travailleur indépendant établie dans le code du travail par l'article L. 8221-6 puisse s'appliquer aux auto-entrepreneurs. En effet, cet article, tel qu'il existe aujourd'hui, vise expressément les travailleurs indépendants immatriculés. Il faut donc élargir la présomption de travailleur indépendant aux auto-entrepreneurs, car nous ne pouvons laisser ces derniers face à un vide juridique, même si, à titre personnel, je préférerais qu'ils se fassent immatriculer pour renforcer le monde des chambres de métiers et des chambres de commerce ; mais enfin, nous nous livrons à une expérience de liberté, d'ouverture et d'initiative ! » – Sur la question : BERTHÉLÉMY (J.), *Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise*, JCP E 2009, 1455 – HÉLAS (F.), *L'auto-entrepreneur au regard du droit du travail*, JCP S 2009, 1555.

<sup>267</sup> V. par ex. : Soc. 07/07/2010 : n° 08-45538 – Soc. 30/11/2010 : n° 10-30086 – Crim. 19/06/2012 : n° 11-82391 – Soc. 18/09/2013 : n° 11-10727 – Soc. 23/10/2013 : n° 12-12811.

<sup>268</sup> Le travailleur indépendant est défini comme celui qui définit ses propres conditions de travail ou dont les conditions de travail sont fixées par un contrat avec le donneur d'ordre. Or, la fixation des conditions de travail par contrat est ambiguë puisque le contrat peut également fixer les conditions de travail d'un salarié. Par ailleurs, la considération que les conditions de travail sont fixées par un contrat importe peu pour la jurisprudence puisqu'elle fait prévaloir les conditions factuelles de l'exercice de l'activité (*supra* n° 76). – Dans ce sens : FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *op. cit.*, n° 492, cet ajout « ne paraît pas devoir modifier fondamentalement l'extrême pragmatisme avec lequel la jurisprudence aborde » la subordination juridique – LOKIEC (P.), *Droit du travail*, t. 1, PUF, 2011, n° 112.

<sup>269</sup> V. par ex. : Soc. 27/03/2008 : n° 07-42102, jugeant qu'un contrat de travail pouvait être caractérisé à l'égard d'un gérant « nonobstant sa situation d'associé et de gérant d'une société écran destinée à masquer la nature du rapport contractuel réel liant la société mandataire et la société mandante » – Sur la question : CUTAJAR (C.), *La franchise hôtelière à l'épreuve de la fictivité*, note ss Paris 07/06/2001, RJDA 01/02, p. 3 s. – MAINGUY (D.), *Faut-il brûler le droit de la distribution ?*, D. 2013, p. 1222 s., n° 17 – Sur la fictivité des sociétés : LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2015, n° 386 – RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) par GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales*, 21<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 1536 – COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 26<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013, n° 157 s. – V. également : CUTAJAR-RIVIERE (C.), *La société écran*, Préf. P. Diener, BDP, t. 292, 1998.

caractérisé entre le gérant de la société et un fournisseur<sup>270</sup>. L'écran social est donc désormais transparent, inopposable, lorsqu'il s'agit de qualifier un contrat de travail. Le rejet de la situation formelle atteint ainsi son paroxysme puisqu'un contrat de travail peut être caractérisé entre le gérant d'une société et un de ses cocontractants alors même que, par l'interposition d'une personne morale réelle et l'effet de la représentation, il n'existe, en principe, aucune relation contractuelle entre le gérant d'une société et les cocontractants de celle-ci. La même solution est également retenue pour l'application du droit spécial du travail mais la Cour de cassation a précisé qu'il devait exister un lien direct entre le ou les gérant(s) de la société et le cocontractant de celle-ci, ce lien pouvant résider dans la stipulation d'un *intuitu personae*<sup>271</sup>. Cette exigence devrait s'appliquer, *a fortiori*, pour le contrat de travail de droit commun.

**82. Conclusion.** Finalement, ni l'absence d'un acte juridique fondant un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction, ni l'exercice d'une activité de distribution sous forme sociale, ni une immatriculation ou inscription comme indépendant, n'excluent la reconnaissance d'un contrat de travail liant un fournisseur et une personne physique participant à une activité de distribution. Les conditions effectives d'exercice de l'activité primeront et, pour les mettre en évidence, la jurisprudence recourra à un faisceau d'indices.

## B – L'ambivalence des indices de qualification de la subordination juridique

**83. Indices de subordination et indices d'indépendance.** Pour qualifier la subordination juridique, la jurisprudence retient une approche ambivalente en recherchant à la fois des indices se rapportant à une dépendance-obéissance (aux pouvoirs de direction, contrôle et sanction) et d'autres indices qui s'en écartent<sup>272</sup>. Ainsi, malgré la présence d'indices de dépendance-obéissance révélant, *a priori*, un état de subordination juridique, la jurisprudence peut relever des indices qui l'excluent. La doctrine regroupe parfois ces derniers indices sous la notion de « *participation à l'entreprise d'autrui* »<sup>273</sup> ou de travail pour le compte d'autrui<sup>274</sup>. Monsieur Supiot les conçoit comme « *un test négatif [du lien de subordination], qui consiste à vérifier d'une part que le travailleur n'a ni salariés, ni clientèle propre, et d'autre part qu'il ne court pas les risques de l'entreprise* »<sup>275</sup>. Ils seront qualifiés ci-après d'indices d'indépendance<sup>276</sup>.

Même si ces indices ne se rapportent pas aux pouvoirs composant la subordination juridique, la jurisprudence les rattache formellement à cette notion. Le contrat de travail est ainsi retenu ou exclu par le truchement de la notion de subordination juridique. Cette situation révèle la réticence de la jurisprudence à faire explicitement entrer ces indices dans la définition formelle de la subordination juridique en raison,

<sup>270</sup> Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342, concernant une franchise, « la cour d'appel [...] a pu en déduire, sans être tenue de retenir que les sociétés JPB conseils et JPB courtage avaient un caractère fictif, que M. X... se trouvait dans un lien de subordination à l'égard de la société Fiventis, caractérisant un contrat de travail » – Soc. 13/05/2008 : n° 07-40466, concernant la gérance-mandat d'un hôtel, « la cour d'appel [...] a pu en déduire [...] [de l'existence de directives, inspections et d'un pouvoir de sanction] que Mme X... [gérante de la société EHVB] avait accompli son travail dans un état de subordination à l'égard de [la société CIT.EH.CAR] et qu'elle était ainsi liée à elle par un contrat de travail, sans qu'il soit nécessaire d'établir au préalable que la société EHVB avait un caractère fictif ».

<sup>271</sup> *Infra* n° 840.

<sup>272</sup> Dans ce sens : LOKIEC (P.), *Droit du travail*, t. 1, PUF, 2011, n° 108 s., distinguant les indices de « *pouvoir* » (n° 108 s.) et les indices « *ne participant pas directement à la caractérisation d'un rapport de pouvoir* » rattachés à l'idée de risque (n° 110).

<sup>273</sup> SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, p. 166 – COUTURIER G.), *Droit du travail*, t.1, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1996, n° 46.

<sup>274</sup> *Supra* n° 65.

<sup>275</sup> SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, p. 166 – SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s., p. 140 – V. également : LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 44, excluant le salariat par ces indices négatifs.

<sup>276</sup> Comp. : LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 234, pour distinguer contrat d'entreprise et contrat de travail il existe un « *critère à double face, l'indépendance et le lien de subordination. Mais au contraire de Janus, l'un exclut l'autre* ».

peut-être, de leur nature trop économique.

**84. Précision terminologique (notion de dépendance-obéissance).** Ainsi, dans la suite de cette étude, il sera parfois fait référence à la notion de dépendance-obéissance pour désigner la subordination juridique entendue strictement comme un pouvoir de direction, contrôle et sanction et la distinguer de la subordination juridique, critère du contrat de travail, pouvant intégrer des indices économiques.

**85. Plan.** Si l'utilisation de ces indices s'explique par une tentative de pallier l'assouplissement qu'ont subi les indices de dépendance-obéissance (1), elle présente des limites importantes (2).

## ***1 – L'assouplissement des indices de dépendance-obéissance révélant la subordination juridique***

**86. Plan.** Les indices pris en compte par la jurisprudence pour caractériser la subordination juridique se rattachent logiquement à une ou plusieurs des composantes de sa définition formelle : au pouvoir de direction (a), au pouvoir de contrôle (b) ou au pouvoir de sanction (c)<sup>277</sup>.

### **a - Les indices révélant un pouvoir de direction**

**87. Présentation.** Le pouvoir de direction de la force de travail d'autrui est l'essence même de la subordination. Il s'agit du moyen, pour l'employeur, de prendre possession de la force de travail qu'il loue<sup>278</sup>. L'existence d'instructions, d'ordres, de directives portant sur l'exécution du travail seront ainsi des indices d'existence d'une subordination juridique<sup>279</sup>.

**88. Directives sur le contenu du travail.** La direction peut être précise et concerner le travail même du travailleur. Ainsi, dans une organisation taylorienne, l'employeur impose au travailleur des tâches et méthodes précises, voire des gestes déterminés, décomposés et cadencés.

**89. Directives sur les conditions de travail.** Mais la jurisprudence a été confrontée à l'indépendance technique<sup>280</sup> et à l'autonomie dont jouissent certains travailleurs<sup>281</sup> en raison de la nature de leur activité (enseignants<sup>282</sup>, médecins, avocats, artistes<sup>283</sup>, sportifs, etc.), de leurs fonctions (cadres<sup>284</sup>) ou de la politique managériale de l'entreprise<sup>285</sup>. Elle a ainsi admis, d'une part, que les directives sur le contenu du travail soient plus générales<sup>286</sup> et, d'autre part, que des directives portant sur les conditions de son accomplissement

---

<sup>277</sup> Sur ces indices, voir notamment : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 438 s. – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 203 s. – FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *op. cit.*, n° 490 s.

<sup>278</sup> *Supra* n° 69.

<sup>279</sup> V. par ex. : Soc. 11/03/2015 : n° 13-23-237 – Soc. 18/01/2012 : n° 10-26325 – Soc. 18/03/1970 : n° 69-40127 ; B. n° 206.

<sup>280</sup> Sur la question, voir notamment : SAURET (A.), *Indépendance technique et subordination juridique*, PA 17/06/1992, p. 24 s.

<sup>281</sup> Sur les diverses raisons liées à la personne du salarié, à la nature ou aux conditions de l'activité expliquant l'indépendance d'un salarié : AUBERT-MONPEYSEN (T.), *op. cit.*, p. 249 s. – V. également : FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 219 s.

<sup>282</sup> V. par ex. : Soc. 27/05/1968 : B. n° 255, si un professeur « jouissait d'une certaine liberté dans la façon dont il préparait et faisait ses cours, cette indépendance d'ordre technique n'était pas exclusive d'un lien de dépendance dans l'organisation générale du travail, le lien de subordination d'un professeur vis-à-vis de la direction de l'école ne pouvant avoir la même rigueur que celui qui existe entre un salarié du commerce ou de l'industrie et son employeur ».

<sup>283</sup> Sur la question : DRAI (L.), *Le droit du travail intellectuel*, Préf. P.-Y. Verkindt, BDS, t. 42, LGDJ, 2005, n° 15 s.

<sup>284</sup> Sur la question : DRAI (L.), *Cadres*, JCl. trav., fasc. 2-12, 2012, maj. 2014.

<sup>285</sup> Sur la question : SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, *op. cit.*, p. 133 s. – LAGARDE (X.), *Libres propos sur les évolutions du droit du travail*, in Mél. J. Béguin, Litec, 2005, p. 433 s., n° 4 – DESPAX (M.), *L'évolution du rapport de subordination*, DS 1982, p. 11 s.

<sup>286</sup> Par exemple, le fait qu'un enseignant soit contraint de respecter un programme défini par matière, même s'il est libre de sa pédagogie, est un indice de subordination (Civ. 2 09/03/2006 : n° 04-30550 ; B. n° 72) – V. également : Soc. 04/10/2001 : n° 99-16922, relevant notamment pour caractériser un lien de subordination que l'intéressé « recevait des directives générales ».

constituent également des indices de subordination juridique. La jurisprudence ne s'est donc pas limitée à rechercher des directives sur le contenu du travail mais a également recherché des sujétions périphériques au travail tenant notamment au lieu, au temps et aux moyens de son exercice : imposition d'une zone géographique de travail (un lieu ou un itinéraire)<sup>287</sup>, de jours ou horaires de travail (un planning imposé)<sup>288</sup> ou encore d'outils de travail (local, matériel, etc.)<sup>289</sup>.

**90. Intégration à un service organisé.** Ce raisonnement a atteint son paroxysme avec la notion d'intégration à un service organisé apparue en 1976 en droit de la sécurité sociale<sup>290</sup> et étendue ensuite au droit du travail<sup>291</sup>. Il s'agissait de déduire l'existence d'une subordination du fait que le travailleur déployait son activité dans une organisation mise en place par autrui<sup>292</sup> et donc de traduire le déplacement de la subordination du cœur de la prestation de travail vers sa périphérie<sup>293</sup>. Dans un premier temps, la jurisprudence s'est contentée de cette seule constatation pour retenir l'existence d'un lien de subordination<sup>294</sup> au point que l'intégration à un service organisé a pu apparaître comme un nouveau critère du salariat<sup>295</sup>. L'existence de contraintes de temps, de lieu ou d'organisation permettaient ainsi de caractériser l'intégration et d'en déduire l'existence d'un contrat de travail.

Cependant, face à l'extension importante du champ du salariat que représentait l'adoption de ce nouveau critère<sup>296</sup>, la Cour de cassation a réduit sa portée en jugeant en 1996, dans un arrêt *Société générale*, que « *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* » et en précisant « *que le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail* »<sup>297</sup>. L'intégration à un service organisé étant reléguée au rang d'indice du lien de

---

<sup>287</sup> V. par ex. : Soc. 17/06/1982 : n° 80-40976 ; B. n° 403.

<sup>288</sup> V. par ex. : Soc. 18/06/2008 : n° 07-41888 : une cour d'appel caractérise valablement un lien de subordination à l'égard de professeurs de danse en constatant qu'ils « *n'avaient pas le choix des congés [...] [que] les absences étaient contrôlées et éventuellement sanctionnées, qu'ils étaient tenus, à partir de cinq élèves, d'assurer leurs cours selon les impératifs des plannings et les horaires fixés par la société* » – V. également : Soc. 30/11/2010 : n° 10-30086.

<sup>289</sup> *Infra* n° 104 s.

<sup>290</sup> AP 18/06/1976 : n° 74-11210 ; B. n° 9 ; D. 1977, 173, A. Jeammaud.

<sup>291</sup> Sur la notion : PASQUIER (I), *op. cit.*, n° 72 s. – REVET (T.), *La force de travail, op. cit.*, n° 207 s. – AUBERT-MONPEYSSSEN (T.), *op. cit.*, p. 240 s.

<sup>292</sup> Sur l'organisation source et objet de subordination : REVET (T.), *La force de travail, op. cit.*, n° 210 s.

<sup>293</sup> SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, p. 165 s.

<sup>294</sup> Dans ce sens : Soc. 27/05/1992 : n° 89-16931 ; B. n° 345, « *ayant relevé que les deux animateurs, engagés et rémunérés par l'association, exerçaient leur activité dans les locaux de celle-ci et au profit de ses seuls adhérents, les juges du fond ont fait ressortir que les intéressés, même s'ils jouissaient d'une indépendance dans la conduite de leur activité, se trouvaient intégrés dans un service organisé dans l'intérêt et sous la conduite de l'association pour laquelle ils travaillaient ; qu'ils ont pu, dès lors, décider [...] que les intéressés se trouvaient dans un état de subordination* » – Soc. 18/06/1992 : n° 90-13594 ; B. n° 409 – Soc. 16/04/1992 : n° 90-11296 ; B. n° 283 – Soc. 24/02/1977 : n° 75-40657 ; B. n° 149 – .

<sup>295</sup> V. par ex. : AUBERT-MONPEYSSSEN (T.), *op. cit.*, p. 240 s., voyant dans le service organisé le « *schéma moderne* » de la subordination juridique (p. 316).

<sup>296</sup> V. par ex. : ARSEQUEL (A.) et ISOUX (P.), *Des limites à la dérive du service organisé*, DS 1992, p. 295 s. – BARTHELEMY (J.), *L'entreprise individuelle*, avis présenté au nom du Conseil économique et social, JO Avis et Rapports du Conseil économique et social, n° 5, séances des 27 et 28/04/1993, craignant que le critère du service organisé ne conduise à « *l'assujettissement de personnes liées par un contrat d'entreprise, tels que franchisés ou sous-traitants qui ont cependant choisi délibérément le statut de non salarié* » – Le législateur a également réagi en tentant de lutter contre la jurisprudence par une présomption de non-salariat (loi n° 94-126 du 11/02/1994, *supra* n° 80).

<sup>297</sup> Soc. 13/11/1996, *Société Générale* : *op. cit.*, cassant un arrêt qui avait soumis aux cotisations sociales les sommes perçues par des travailleurs dont les prestations s'effectuaient dans le cadre d'un service organisé tout en relevant que les intéressés « *n'étaient soumis par ailleurs à aucun ordre, à aucune directive, ni à aucun contrôle dans l'exécution de leur prestation* ».

subordination<sup>298</sup>, elle ne peut, à elle seule, le caractériser<sup>299</sup> et ne révèle l'existence d'un contrat de travail qu'à condition qu'un pouvoir de direction, contrôle et sanction soit effectivement constaté<sup>300</sup>. La notion apparaît donc aujourd'hui comme un regroupement d'indices de subordination s'exerçant sur la périphérie du travail : il s'agit d'identifier une organisation du travail maîtrisée par autrui<sup>301</sup>.

**91. Cadres.** Ce mouvement d'assouplissement du lien de subordination a été consacré par les lois sur la réduction du temps de travail<sup>302</sup> puisqu'elles ont introduit dans le Code du travail des catégories de salariés disposant d'une autonomie importante et de conditions de travail très libres.

Ainsi, les « cadres dirigeants » sont légalement définis comme des salariés « auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement »<sup>303</sup>.

Le Code du travail connaît également « les salariés qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps »<sup>304</sup> ou encore ceux « dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées »<sup>305</sup>.

Les règles sur le temps de travail ont aussi amené les juges à préciser que « les cadres susceptibles de conclure une convention de forfait en jours doivent obligatoirement bénéficier d'une autonomie à la fois dans la fixation de leur horaire de travail et dans le mode d'organisation de leur travail »<sup>306</sup>.

Cependant, malgré cette autonomie, la Cour de cassation conditionne la reconnaissance de la qualité de cadre à l'existence d'un lien de subordination<sup>307</sup>.

Ces catégories de salariés conduisent donc à relativiser l'importance des directives portant sur le lieu, le temps, l'organisation et les moyens du travail pour se concentrer sur celles définissant la mission du travailleur. Monsieur Radé constate ainsi que « l'évolution des méthodes de management montre [...] que souvent l'employeur se contente de fixer des objectifs et que le salarié maîtrise la mise en œuvre des moyens

---

<sup>298</sup> Pour des confirmations : Soc. 01/07/1997 : n° 94-43998 ; B. n° 242 – Mixte 12/02/1999 : n° 96-17468 ; B. n° 1 ; DS 1999, 404, C. Radé – Crim. 17/06/2003 : n° 02-84224 – Soc. 01/12/2005 : n° 05-43031 ; B. n° 349 – Civ. 2 06/03/2008 : n° 06-21742 – Soc. 18/09/2013 : n° 11-10727.

<sup>299</sup> V. par ex. : Soc. 18/09/2013 : n° 11-10727 – Soc. 01/12/2005 : n° 05-43031 ; B. n° 349 – Civ. 2 06/04/2004 : n° 02-30859 ; B. n° 154.

<sup>300</sup> Dans ce sens : Soc. 13/02/2013 : n° 11-26548, approuvant une cour d'appel d'avoir conclu à l'inexistence d'un contrat de travail en relevant « d'une part, [...] qu'il n'était pas porté atteinte à la totale indépendance technique et d'organisation de M. X..., que n'était apportée aucune précision sur les modalités d'exécution de ses missions et que n'était pas rapportée la preuve d'un contrôle de cette exécution ou d'un pouvoir de sanctionner des manquements » et « d'autre part, [...] que la participation à des réunions ne démontrait pas l'existence d'un lien de subordination et que l'inclusion de M. X... dans l'organigramme de l'entreprise était d'autant moins susceptible d'établir l'intégration complète et entière de l'intéressé dans un service d'inspection, que la démonstration n'était pas faite de la détermination unilatérale par l'employeur des conditions de travail » – V. également : Soc. 04/10/2007 : n° 06-43562, la Cour de cassation prend soin de préciser que les juges du fond ont constaté « que l'intéressé était exclusivement chargé de l'exécution des directives et instruction de [...] l'associé majoritaire », en plus de s'intégrer dans un service organisé – Soc. 21/10/1999 : n° 98-11080 ; B. n° 393. – Dans ce sens : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 441.

<sup>301</sup> Dans ce sens : PASQUIER (I), *op. cit.*, n° 75.

<sup>302</sup> Lois n° 98-461 du 13/06/1998 et n° 2000-37 du 19/01/2000.

<sup>303</sup> C. trav. art. L. 3111-2 – Soc. 07/05/2008 : n° 07-41896. – Sur les cadres dirigeants : VATINET (R.), *Les cadres dirigeants*, in Mél. M. Germain, LexisNexis-LGDJ, 2015, p. 841 s.

<sup>304</sup> C. trav. art. L. 3121-42, 2°.

<sup>305</sup> C. trav. art. L. 3121-43, 2°.

<sup>306</sup> Soc. 21/11/2012 : n° 11-10829 ; JCP S 2013, 1069, M. Morand.

<sup>307</sup> Dans ce sens : Soc. 15/01/2014 : n° 11-11223 ; B. n° 22, « en l'absence de lien de subordination existant entre les parties, le gérant du magasin ne pouvait être assimilé à un cadre salarié » – Soc. 12/01/2011 : n° 09-70156 ; B. n° 20 – Soc. 18/02/2009, 3 arrêts : n° 07-42224, 07-42225 et 07-42226.

d'y parvenir : il est alors tenu d'une obligation de résultat assez proche finalement de celle de l'entrepreneur qui doit réaliser une prestation définie moyennant des moyens qu'il maîtrise »<sup>308</sup>.

Malgré tout, en dépit de son autonomie, un cadre est généralement soumis à un contrôle dans le but de vérifier la satisfaction des objectifs qui lui ont été assignés.

## **b - Les indices révélant un pouvoir de contrôle**

**92. Rapport avec le pouvoir de direction.** L'absence d'un pouvoir de contrôler le respect des directives données réduirait le pouvoir de direction à une simple faculté de conseil. Inversement, un contrôle ne se conçoit que par rapport à un référentiel, puisqu'il consiste précisément à vérifier si ce qui a été accompli est conforme à ce qui avait été demandé.

**93. Indices.** Ainsi, les obligations du travailleur de se soumettre à des inspections ou vérifications ou simplement de rendre compte de son travail<sup>309</sup> sont des indices de subordination juridique.

Mais conformément à l'approche concrète de la subordination, même en l'absence d'obligation expresse, l'existence d'un contrôle de l'exécution des directives données<sup>310</sup>, d'inspections, de vérifications, d'une surveillance du travail<sup>311</sup> ou d'une reddition de comptes par le travailleur<sup>312</sup> sont des indices révélant un pouvoir de contrôle.

Naturellement, ce pouvoir serait vain s'il ne pouvait déboucher sur des sanctions.

## **c - Les indices révélant un pouvoir de sanction**

**94. Définition.** Est légalement une sanction « toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération »<sup>313</sup>. Le pouvoir de sanction est ainsi conçu très largement<sup>314</sup> et, en particulier, toute faculté de modifier des conditions de la relation ou de la rompre permet de le caractériser.

**95. Suffisance d'un pouvoir de rupture unilatérale.** La Cour de cassation relève donc l'existence d'un tel pouvoir dès que le donneur d'ordre peut rompre unilatéralement la relation. Il a, par exemple, été caractérisé par l'existence d'une clause stipulant « que toute infraction aux obligations contractuelles pourrait être sanctionnée par le renvoi »<sup>315</sup> ou « d'obligations contraignantes et sanctionnables par le

---

<sup>308</sup> RADÉ (C), *Des critères du contrat de travail*, DS 2013, p. 202 s., n° 10 – Comp. : DRAI (L.), *Le droit du travail intellectuel*, Préf. P.-Y. Verkindt, BDS, t. 42, LGDJ, 2005, n° 60 s., constatant à l'égard des travailleurs intellectuels un « déplacement de l'objet du lien de subordination, tant la supériorité de l'employeur semble se mouvoir de l'exécution de la prestation de travail vers le résultat du travail accompli ».

<sup>309</sup> V. par ex. : Soc. 18/03/1970 : n° 69-40127 ; B. n° 206, relevant notamment l'exigence d'un « rapport hebdomadaire » pour caractériser un lien de subordination – LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 35.

<sup>310</sup> V. par ex. : Soc. 18/01/2012 : n° 10-26325 –

<sup>311</sup> V. par ex. : Civ. 2 13/12/2005 : n° 04-18104 ; B. n° 320, relevant que l'« activité était contrôlée selon un échancier de surveillance ».

<sup>312</sup> Par exemple : Soc. 19/06/2013 : n° 12-16334 – Soc. 27/03/2013 : n° 12-12803 – Soc. 20/01/2000 : n° 98-18134 – Soc. 25/11/1997 : n° 94-4533 ; B. n° 397 – Soc. 12/04/1997 : n° 94-43154 – Soc. 17/06/1982 : n° 80-409976 ; B. n° 403 – Soc. 09/03/1966 : B. n° 251 – V. également : PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Préf. M. Cabrillac, BDE, t. 20, Litec, 1988, n° 498 s. et les nombreux arrêts cités.

<sup>313</sup> C. trav. art. L. 1331-1.

<sup>314</sup> Pour des remontrances et menaces de représailles caractérisant un pouvoir de sanction : Soc. 08/06/2010 : n° 08-44965.

<sup>315</sup> Soc. 03/06/2009, *Ile de la tentation* : n° 08-40981 ; B. n° 141 ; *Supra.* – V. également : Soc. 08/06/2010 : n° 08-44965, pour une menace de résiliation caractérisant un pouvoir de sanction.

congédiement »<sup>316</sup> ou encore par une simple menace d'une remise en cause de la collaboration<sup>317</sup>.

**Rupture unilatérale pour gravité du comportement.** Or, en droit commun des contrats, la Cour de cassation a jugé que « *la gravité du comportement d'une partie [...] peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle* »<sup>318</sup>. Par suite, que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée, la rupture unilatérale sanctionnant une inexécution totale ou partielle des obligations contractuelles est toujours possible.

**Résiliation du contrat à durée indéterminée.** Outre cette faculté de rupture pour comportement grave, il est reconnu aux parties à un contrat à durée indéterminée une faculté de rupture unilatérale à tout moment sans nécessité d'une décision judiciaire et, en principe, sans motif, protégée constitutionnellement<sup>319</sup>. Ainsi, la Cour de cassation approuve la caractérisation d'un pouvoir de sanction lorsqu'existe<sup>320</sup> ou est mise en œuvre<sup>321</sup> une faculté de résiliation du contrat.

**Rupture du contrat à durée déterminée.** Dans les contrats à durée déterminée, si, sauf clause particulière ou droit spécial<sup>322</sup>, la rupture unilatérale n'est licite qu'en présence d'un comportement grave du cocontractant<sup>323</sup>, la rupture illicite n'en est pas moins efficace<sup>324</sup> et caractérise donc un pouvoir de sanction.

**Rupture d'une relation par absence de conclusion de nouveaux contrats.** Le simple fait de ne pas poursuivre la relation, c'est-à-dire de ne pas conclure de nouveaux contrats a également été analysé comme l'exercice d'un pouvoir de sanction<sup>325</sup>.

**96. Conclusion.** Par conséquent, conçu de façon compréhensive, le pouvoir de sanction a perdu tout intérêt qualificatif puisqu'il existe dans toute relation contractuelle et même dans tout courant d'affaires<sup>326</sup>.

**97. Conclusion sur les indices de subordination juridique.** Finalement la subordination juridique a tellement été assouplie, diluée<sup>327</sup>, affadie<sup>328</sup> qu'elle pourrait être décelée dans tout contrat ayant pour objet une obligation de faire à exécution successive. En effet, le créancier d'une telle obligation peut juridiquement exiger de quelqu'un qu'il fasse quelque-chose ce qui implique qu'il puisse donner des directives initiales et, le cas échéant, les adapter en cours de mission<sup>329</sup>. Il peut également contrôler la bonne exécution de la mission,

---

<sup>316</sup> Soc. 04/06/1992 : n° 90-22094 ; B. n° 367.

<sup>317</sup> Soc. 19/09/2013 : n° 12-17494.

<sup>318</sup> Com. 10/02/2009 : n° 08-12415 ; CCC 2009, 123, L. Leveneur ; RDC 2010, 44, T. Génicon – *Infra* n° 672.

<sup>319</sup> *Infra* n° 680 s.

<sup>320</sup> V. par ex. : Soc. 15/12/2010 : n° 09-40478, constatant l'existence d'un « *pouvoir [...] de résiliation de plein droit du contrat* » pour caractériser un contrat de travail – Soc. 08/06/2010 : n° 08-44965 – Soc. 2/07/2003 : n° 01-43018.

<sup>321</sup> V. par ex. : Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342, « *en résiliant le contrat, la société avait fait usage de son pouvoir de sanction* ».

<sup>322</sup> Par exemple, dans le contrat de mandat « *le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble* » (C. civ. art. 2003), même lorsqu'il est à durée déterminée (Civ. 1 28/01/2003 : n° 00-15519 ; B. n° 27) et dans le contrat d'entreprise « *le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* » (C. civ. art. 1794) indépendamment de toute faute de l'entrepreneur (Civ. 3 06/02/1973 : n° 71-14806 ; B. n° 100).

<sup>323</sup> *Infra* n° 672.

<sup>324</sup> *Infra* n° 674.

<sup>325</sup> Civ. 2 13/12/2005 : n° 04-18104 ; B. n° 320, approuvant une cour d'appel d'avoir jugé qu'une société de recouvrement de créances confiant des missions de recouvrement à des personnes physiques ou morales, « *disposait à leur égard d'un pouvoir de sanction "consistant à décider de ne plus confier de mission"* » caractérisant un lien de subordination.

<sup>326</sup> Ce n'est finalement que si un pouvoir de sanction très spécifique a été stipulé ou mis en œuvre, caractérisé notamment par l'existence procédure disciplinaire ou par des sanctions autres que la rupture de la relation (avertissement, mise à pied, mutation, rétrogradation, etc.) que cet élément pourrait retrouver une utilité comme indice de l'existence d'un contrat de travail de droit commun.

<sup>327</sup> SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, p. 165.

<sup>328</sup> SUPIOT (A.), *Humo juridicus*, Ed. Seuil, 2004, p. 251.

<sup>329</sup> L'obligation de faire doit avoir un objet déterminé mais, dans les contrats d'entreprise portant sur des opérations complexes, il n'est pas rare que des modifications interviennent en cours de contrat à la demande du client (travaux supplémentaires, modification des



au plus tard à son achèvement mais également souvent en cours d'exécution<sup>330</sup>. Enfin, il peut rompre le contrat, même en cours d'exécution<sup>331</sup>. Monsieur Radé constate ainsi que « *le lien entre salariat et subordination* » est parfois « *devenu inepte* » car il ne permet pas de distinguer le salarié d'un entrepreneur<sup>332</sup> et Monsieur Puig soutient qu'il aurait dû être abandonné<sup>333</sup>.

Cependant, plutôt que d'abandonner la subordination comme critère du contrat de travail, les juges ont tenté de compenser son assouplissement en complétant sa qualification par des indices d'indépendance.

## **2 – Les limites des indices d'indépendance excluant la subordination juridique**

**98. Plan.** Les indices d'indépendance complétant l'analyse des indices révélant un pouvoir de direction, contrôle et sanction pour caractériser ou exclure la subordination juridique, résident dans le nombre de donneurs de travail, l'exercice d'autres activités (a), l'utilisation de moyens matériels ou humains propres au travailleur (b), l'assomption des risques de l'activité (c) et l'existence d'une clientèle personnelle ou propre au travailleur (d)<sup>334</sup>.

### **a - La pluralité de donneurs de travail et l'exercice d'autres activités**

**99. Présentation.** Le fait que le travailleur exerce ou soit tenu d'exercer son activité pour un seul donneur d'ordre, de manière exclusive ou sans avoir d'activité professionnelle complémentaire, est parfois relevé comme indice de subordination juridique<sup>335</sup>. Inversement, la pluralité de donneurs d'ordres ou d'activités est relevée comme un indice d'indépendance<sup>336</sup>.

---

travaux convenus) sans qu'un nouveau contrat soit conclu. – Rappr. : Paris 30/01/2014 : n° 13/05587, des invitations à un échange d'information et à des réunions de travail « *ne caractérisent pas un [...] pouvoir d'instruction [caractéristique d'un contrat de travail], dès lors qu'elles s'inscrivent dans les relations normales entre un donneur d'ordre et un prestataire de services* » – Paris 19/03/2014 : n° 11/00949, « *les simples indications des souhaits de la société* » ne peuvent « *être analysées comme* » des « *instructions* » caractéristiques d'un lien de subordination « *compte tenu [...] de la relation normale entre une société et son prestataire* » – Soc. 14/06/1973 : n° 72-12421 ; B. n° 382, les « *directives pour l'horaire du travail et l'exécution de celui-ci [données par propriétaire d'une maison à un maçon] n'excluent pas nécessairement l'existence d'un contrat d'entreprise* ».

<sup>330</sup> Ce contrôle s'opère lors de la réception dans le contrat d'entreprise mais il est fréquent, notamment lorsque le contrat porte sur une opération complexe, que la réception se fasse au fur et à mesure de l'exécution et que le client ait la possibilité de vérifier la bonne mise en œuvre de son cahier des charges en procédant à des visites des installations et à des contrôles des qualifications des ouvriers. – Sur la question : LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *op. cit.*, mettant en évidence dans le contrat d'entreprise l'existence d'un « *pouvoir de modification unilatérale du maître* » (n° 492 s.) et un « *pouvoir de résiliation unilatérale* » (n° 495 s.)

<sup>331</sup> Tout contrat portant sur une obligation de faire à exécution successive peut être résilié unilatéralement (*infra* n° 680) et le Code civil offre spécialement au client une faculté de résiliation unilatérale dans le contrat d'entreprise à forfait (art. 1794).

<sup>332</sup> RADÉ (C.), *Des critères du contrat de travail*, DS 2013, p. 202 s., n° 10 – V. également : RAY (J.-E.), *De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail*, DS 1995, p. 634 s. – FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *op. cit.*, n° 488, « *une telle appréhension du contrat de travail [par la subordination juridique] est-elle encore d'actualité alors que certains salariés jouissent d'une grande autonomie dans l'exécution de leur travail (pensons aux cadres dénommés autonomes, aux télétravailleurs) et qu'à l'inverse, de nombreux pseudo-indépendants vivent dans une réelle situation de dépendance ? Le champ d'application du droit du travail ne devrait-il pas être délimité sur le fondement de critères plus opérants que cette pseudo-subordination ?* » – Rappr. : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 717, « *un employeur peut [...] laisser à son salarié une grande liberté dans l'exécution de son travail, tandis que certaines petites entreprises sont sous la surveillance constante de leurs clients* » – Comp. : DRAI (L.), *Le droit du travail intellectuel*, *op. cit.*, n° 60 s., constatant à l'égard des travailleurs intellectuels un « *déplacement de l'objet du lien de subordination, tant la supériorité de l'employeur semble se mouvoir de l'exécution de la prestation de travail vers le résultat du travail accompli* ».

<sup>333</sup> PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, Préf. B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, 2002, n° 164.

<sup>334</sup> Sur ces indices, v. notamment : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 442 s. – BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 743 s. – LOKIEC (P.), *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 110 – CHAUCHARD (J.-P.), *Subordination et indépendance : un sisyphé juridique ?*, TPS 2001, chron. 22 – V. également : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 209 s. – CAMERLYNCK (G.-H.), *op. cit.*, n° 57 s.

<sup>335</sup> V. par ex. : Soc. 06/10/2010 : n° 09-43296 – Soc. 15/03/2006 : n° 04-47379 ; B. n° 110 – Soc. 05/03/2003 : n° 01-41735 – Soc. 24/05/1972 : n° 71-10969 ; B. n° 376 – Soc. 18/03/1970 : n° 69-40127 ; B. n° 206.

<sup>336</sup> V. par ex. : Soc. 17 nov. 2004 : n° 02-45656 – Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548 ; D. 1990, 368, D. Ferrier.

**100. Rapport avec la dépendance-obéissance.** Or, si un travailleur ayant une seule activité et un seul donneur d'ordre sera plus enclin à se soumettre aux directives qu'il donnerait et aux contrôles qu'il exigerait, une exclusivité n'implique pas nécessairement une dépendance-obéissance. Tout dépend du comportement du donneur d'ordre et de la facilité du travailleur à poursuivre son activité auprès d'autres personnes.

**101. Ambiguïté.** Mais surtout, un salarié peut exercer des activités pour son propre compte parallèlement à son contrat de travail tant qu'il ne concurrence pas son employeur<sup>337</sup> et est même parfois incité par le législateur à le faire<sup>338</sup>. La Cour de cassation a ainsi expressément jugé que l'« *exercice d'une activité professionnelle exercée parallèlement, à temps complet* » par le travailleur était un motif inopérant pour exclure l'existence d'un contrat de travail<sup>339</sup>.

Par ailleurs, l'exercice d'une même activité pour plusieurs donneurs d'ordres peut parfaitement correspondre à une addition de contrats de travail à temps partiel<sup>340</sup> et le droit du travail connaît également des situations où un salarié exerce une même activité simultanément pour plusieurs employeurs<sup>341</sup>.

**102. Conclusion.** Par conséquent, l'existence d'une pluralité de donneurs d'ordres ou d'autres activités exercées en parallèle n'apparaît pas comme un indice pertinent d'exclusion du contrat de travail et est, au moins partiellement, déconnectée de l'existence d'une dépendance-obéissance.

## **b - L'utilisation de moyens matériels ou humains propres au travailleur**

**103. Plan.** La jurisprudence retient comme indice d'indépendance le fait que le travailleur utilise ses propres moyens matériels (b.1) et n'accomplisse pas personnellement la prestation de travail mais recoure aux forces de travail d'autres personnes (b.2)<sup>342</sup>.

### **b.1 - L'utilisation de moyens matériels propres**

**104. Présentation.** Les juges considèrent le fait que le travailleur utilise ses propres moyens matériels<sup>343</sup> ou ait la charge de ses moyens de travail<sup>344</sup> comme un indice d'exclusion du contrat de travail<sup>345</sup>.

Inversement, l'utilisation de moyens matériels mis à sa disposition par le donneur d'ordre est un indice d'existence d'un contrat de travail. Tel est le cas du travailleur qui utilise les locaux, le matériel ou les

---

<sup>337</sup> Dans ce sens : Soc. 20/10/2004 : n° 02-42966, « *l'exercice d'une activité personnelle non-concurrente de celle de l'employeur est licite* » – V. également : Crim. 31/03/1998 : n° 97-82979, pour retenir le délit de travail dissimulé, « *il est sans effet que certains franchisés aient eu d'autres activités, qu'ils aient obtenu des revenus significatifs* » – Sur la pluriactivité : CORIATT-ATTIA (I.), *Le statut de la pluriactivité en droit social*, Préf. D. Bertra, PUAM, 1999.

<sup>338</sup> La loi n° 2008-776 du 4/08/2008, selon son exposé des motifs, « *met en place un régime incitatif et simplifié pour l'auto-entrepreneur qui souhaite mener une activité indépendance, à titre principal ou de façon accessoire à un statut de salarié ou de retraité* » – Sur la question : BERTHELÉMY (J.), *Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise*, JCP E 2009, 1455 – HÉLAS (F.), *L'auto-entrepreneur au regard du droit du travail*, JCP S 2009, 1555.

<sup>339</sup> Soc. 28/04/2011 : n° 10-15573 ; B. n° 100.

<sup>340</sup> Dans ce sens : FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *op. cit.*, n° 491, « *la référence à l'exclusivité n'est plus opportune face au développement du temps partiel et de la pluriactivité* ». – Retenant déjà avec circonspection l'indice : LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 40 et n° 45.

<sup>341</sup> C'est le cas du VRP : *infra* n° 292.

<sup>342</sup> V. par ex. : Soc. 17 nov. 2004 : n° 02-45656, excluant « *un rapport de subordination* » au motif notamment que l'intéressé « *exerçait [...] son activité [...] dans des locaux lui appartenant, avec les moyens et le personnel de son agence* » et « *exerçait son pouvoir de direction sur ses salariés* ».

<sup>343</sup> Par moyens propres, sont visés les moyens dont le travailleur est propriétaire ou dont il a la jouissance en vertu d'un contrat (prêt, bail).

<sup>344</sup> V. par ex. : Soc. 29/11/1989 : n° 87-40142, relevant pour exclure l'existence d'un contrat de travail que l'intéressé avait la « *charge d'auto-financer son agence* ».

<sup>345</sup> V. par ex. : Soc. 17 nov. 2004 : n° 02-45656 – Soc. 27/10/1978 : n° 77-41348 ; B. n° 726, excluant le contrat de travail en relevant notamment que l'intéressé « *travaillait dans des locaux personnels* ».

matériaux du donneur d'ordre<sup>346</sup> sauf lorsqu'il les lui loue<sup>347</sup>. Tel est encore le cas du travailleur dont les frais sont pris en charge par le donneur d'ordre<sup>348</sup>.

Il ne s'agit cependant que d'un indice, l'existence d'un contrat de travail pouvant être exclue malgré la mise à disposition ou la prise en charge de moyens matériels par le donneur d'ordre<sup>349</sup> ou, au contraire, retenue malgré l'utilisation de matériels propres au travailleur<sup>350</sup>.

**105. Rapport avec la dépendance-obéissance.** En effet, la circonstance qu'un travailleur utilise des moyens matériels dont il est propriétaire ou dont il a l'usage et la jouissance en vertu d'un bail ou prêt, n'implique pas nécessairement qu'il en ait la maîtrise dans le cadre de son travail. La propriété ou la jouissance de moyens matériels n'exclut donc pas l'existence d'un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction, d'une dépendance-obéissance<sup>351</sup>.

**106. Ambiguïté et incohérence.** Par suite, le fait qu'un travailleur ait acquis, loué ou financé les moyens matériels nécessaires à l'exercice de son activité est non seulement ambigu mais aussi incohérent puisqu'il s'agit également d'un effet du contrat de travail.

En effet, la Cour de cassation a tiré de la nature même de la relation de travail, un « *principe selon lequel les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur* » et en déduit que « *les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, doivent lui être remboursés* »<sup>352</sup>.

Par ailleurs, si un contrat de travail est caractérisé le salarié ayant acquis, loué ou financé des moyens de travail pourra être considéré comme ayant agi au nom et pour le compte de l'employeur.

Finalement, si le contrat de travail est retenu, il pourra être jugé que l'employeur doit assumer, au titre des frais professionnels, le coût des moyens de travail acquis ou loués par le travailleur, voire qu'il doit en être reconnu comme le véritable propriétaire ou locataire, le salarié ayant agi au nom et pour le compte de son employeur. Au contraire, si le contrat de travail est exclu, le travailleur sera considéré comme le véritable propriétaire ou locataire des moyens de travail et ne pourra obtenir remboursement des sommes déboursées.

**107. Conclusion.** Par conséquent, le fait que le travailleur ait acquis, loué ou financé ses moyens de travail n'exclut nullement la qualification de contrat de travail et le caractère propre de ces moyens dépend en

---

<sup>346</sup> V. par ex. : Soc. 04/10/2007 : n° 06-43562 – Soc. 05/03/2003 : n° 01-41735 – Soc. 04/10/2001 : n° 99-16922 – Soc. 04/06/1992 : n° 90-22094 ; B. n° 367 – Soc. 04/11/1987 : n° 85-18421 ; B. n° 610 – Soc. 07/12/1983 : n° 81-41626 ; B. n° 592 – Soc. 30/05/1979 : n° 77-15318 ; B. n° 481 – Soc. 24/03/1969 : B. n° 214 – Soc. 22/02/1967 : B. n° 173.

<sup>347</sup> Dans ce sens : Soc. 23/01/1997 : n° 95-10223 ; JCP E 1997.I.687, n° 2, G. Vachet – Soc. 11/06/1992 : n° 89-21959 ; B. n° 391 – Soc. 04/06/1992 : n° 90-22094 ; B. n° 367, *a contrario* car relevant que les moyens étaient fournis « *sans aucune contrepartie* » – Soc. 20/02/1992 : n° 89-19959 – Soc. 07/03/1979 : n° 78-40352 ; B. n° 205.

<sup>348</sup> V. par ex. : Soc. 23/01/1997 : n° 94-45586.

<sup>349</sup> V. par ex. : Soc. 15/03/2001 : n° 99-17832 – Soc. 14/01/1982, 2 arrêts : n° 80-41695 et n° 80-42256 ; B. n° 18 et n° 19 ; D. 1983, 201, A. Jeammaud – Soc. 14/06/1973 : n° 72-12421 ; B. n° 382, la « *fourniture [...] du matériel et des matériaux* » par le client n'exclut « *pas nécessairement l'existence d'un contrat d'entreprise* ». – V. également : Paris 19/03/2014 : n° 11/00949 (consultable sur *Lexisnexis.com*), jugeant à propos d'un contrat ayant pour objet une « *prestation de directeur marketing externe* » que « *le fait que madame B. a disposé d'une adresse mail E-SWITN [(l'entreprise)], d'un portable, de cartes de visite, d'une carte bancaire pour le paiement de frais, de matériels et que ses frais aient été remboursés, n'est pas [...] déterminant [pour qualifier un contrat de travail] alors que les pièces produites démontrent qu'elle faisait des réunions en France et avait besoin de matériel pour effectuer des présentations. De la même manière, il est normal qu'en qualité de prestataire ses frais aient été remboursés et que, grâce à la carte bancaire de l'entreprise, elle n'ait pas à faire l'avance des frais* ».

<sup>350</sup> Crim. 31/03/1998 : n° 97-82979, pour retenir le délit de travail dissimulé, la cour d'appel a jugé qu'« *il est sans effet que certains franchisés aient [...] eu à leur charge la fourniture de matériels* ».

<sup>351</sup> Rapp. : FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 220, « *il ne faut pas s'attacher à la forme juridique de la propriété. La propriété peut être surtout "formelle". Le résultat de l'intégration est précisément de rendre formelles certaines propriétés, parce que l'entreprise est sous le contrôle d'une autre. La propriété de biens de production n'est pas un obstacle à la création d'une situation de salarié pour le titulaire* ».

<sup>352</sup> Soc. 12/12/2012 : n° 11-25241 – Sur la question : *infra* n° 541.

réalité de cette qualification. L'indice des moyens propres au travailleur est donc ambigu et procède d'une confusion entre la qualification et le régime du contrat de travail.

## **b.2 - L'absence d'exécution personnelle du travail et le recours à des auxiliaires**

**108. Présentation.** L'exécution personnelle du travail est souvent jugée comme un indice du contrat de travail<sup>353</sup>. Inversement, le fait que le travailleur embauche, dirige et rémunère du personnel paraît exclure l'existence d'un contrat de travail<sup>354</sup>. L'idée est que le contrat de travail porte sur la force de travail d'une personne déterminée et non sur la force de travail d'un groupe de personnes, d'une entreprise. Il ne s'agit cependant que d'un indice, la Cour de cassation ayant déjà reconnu l'existence d'un contrat de travail à des personnes recourant à des salariés<sup>355</sup>. Inversement, l'indépendance ne suppose pas nécessairement la possibilité d'employer des salariés<sup>356</sup> et la doctrine souligne que *l'intuitu personae* de certains contrats d'entreprise ou de mandat « *est si fort que toute exécution par autrui est exclue* »<sup>357</sup>.

**109. Rapport avec la dépendance-obéissance.** Par ailleurs, le recours à la force de travail d'autrui n'implique pas une absence de dépendance-obéissance. Un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction peut parfaitement s'exercer sur un travailleur recourant à la force d'autres travailleurs pour accomplir sa mission<sup>358</sup>. Un cadre salarié utilise ainsi la force de travail de ses subordonnés pour réaliser ses objectifs.

**110. Ambiguïté et incohérence.** De plus, l'utilisation de la force de travail d'autrui par le travailleur est, à l'instar des moyens matériels propres, un indice ambigu pour exclure l'existence d'un contrat de travail. Lorsqu'un travailleur recourt à la force de travail d'autres travailleurs, le droit du travail peut parfaitement s'appliquer : les embauches seront alors considérées comme ayant été réalisées au nom et pour le compte de l'employeur, dans le cadre éventuel d'une délégation de pouvoir<sup>359</sup> et les rémunérations versées comme des sommes devant être assumées par ce dernier.

Ainsi, un cadre peut tout à fait avoir une liberté d'embauche et de licenciement<sup>360</sup>, sans pour autant,

---

<sup>353</sup> Soc. 19/12/2000, *Labbane* : n° 98-40572 ; B. n° 437 ; DS 2001, 227, A. Jeammaud ; DO 2001, 241, A. de Senga.

<sup>354</sup> Dans ce sens : Soc. 17 nov. 2004 : n° 02-45656 – Soc. 30/01/1980 : n° 78-14199 ; B. n° 93, excluant le lien de subordination pour une gérante au motif qu'elle « *travaillait avec le personnel de son fonds de commerce qu'elle embauchait et rémunérait librement* » – Soc. 07/03/1979 : n° 78-40352 ; B. n° 205, exclusion du contrat de travail pour un médecin qui embauchait et rémunérait seul trois infirmières travaillant sous ses ordres et qui avait toute latitude pour se faire remplacer. – Soc. 11/03/2009 : n° 07-40813 ; B. n° 79 ; RD'T 2009, 373, G. Auzero, exclusion du contrat de travail au motif notamment que les travailleurs « *pouvaient se substituer des remplaçants et embaucher du personnel* » – V. aussi : Soc. 22/02/1967 : B. n° 173.

<sup>355</sup> Civ. 2 17/12/1965 : B. n° 1051, retenant l'existence d'un lien de subordination alors que la cour d'appel avait relevé que le travailleur jouissait « *de toute liberté notamment pour l'embauchage de son personnel* » – V. également : Crim. 31/03/1998 : n° 97-82979, pour retenir le délit de travail dissimulé, « *il est sans effet que certains franchisés [...] se soient fait assister de tierces personnes* ».

<sup>356</sup> Ainsi, le statut des « *vendeurs à domicile indépendants* » prévoit que pour l'exercice « *des prestations de service visant au développement et à l'animation du réseau de vendeurs à domicile indépendants* », « *le vendeur ne peut en aucun cas exercer une activité d'employeur, ni être en relation contractuelle avec les vendeurs à domicile indépendants qu'il anime* » (C. com. art. L. 135-2, al. 1 et 2).

<sup>357</sup> BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, op. cit., n° 771 et 929 – V. également : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), op. cit., n° 561 pour le mandat – DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, n° 32286, pour le contrat d'entreprise. – Il existe une controverse sur la possibilité de l'entrepreneur de ne pas exécuter en personne les travaux : LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 1224 s.

<sup>358</sup> Rappr. : Soc. 14/06/1973 : n° 72-12421 ; B. n° 382, jugeant que l'existence d'un contrat d'entreprise plutôt que d'un contrat de travail n'est pas exclue par le fait qu'un maçon travaille sur un chantier avec « *d'autres ouvriers recrutés et payés directement par [le donneur d'ordre]* » et soit soumis aux « *directives [de ce dernier] pour l'horaire du travail et l'exécution de celui-ci* ».

<sup>359</sup> Sur la délégation de pouvoir accordée à un salarié : FERRIER (N.), *La délégation de pouvoirs, technique d'organisation de l'entreprise*, Préf. P. Pétel, BDE, t. 68, Litec, 2005, n° 184 s. – CŒURET (A.), *Les responsabilités assumées par le salarié, source d'indépendance ?*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 243 s.

<sup>360</sup> V. par ex. : Soc. 9 avr. 2015 : n° 13-25679, directeur d'exploitation salarié qui « *décidait les recrutements, licenciements, rémunérations du personnel de l'entreprise et qu'il signait lui-même les contrats de travail* » – Rappr. : Soc. 18/05/1967 : B. n° 395, jugeant que les fonctions de directeur régional comporte « *normalement le droit d'engager du personnel pour le compte de la société* ».

perdre sa qualité de salarié. Il s'agit, en réalité, de savoir si le recours à la force de travail d'autrui s'opère au nom et pour le compte d'un employeur ou, par le travailleur, en son nom et pour son propre compte. Or, c'est précisément l'existence ou l'absence d'un contrat de travail qui permettra de répondre à cette question : si le travailleur a embauché des salariés dans le cadre d'un contrat de travail, il sera réputé avoir agi au nom et pour le compte de son employeur et n'aura donc pas lui-même la qualité d'employeur. Au contraire, s'il a agi hors d'un contrat de travail, il pourra avoir la qualité d'employeur des salariés embauchés.

Le droit du travail connaît également l'hypothèse des coemployeurs ou employeurs conjoints<sup>361</sup>.

**111. Conclusion.** Par conséquent, l'indice du recours à la force de travail d'auxiliaires est ambigu et procède également d'une confusion entre la qualification et le régime du contrat de travail.

### c - L'assomption des risques de l'activité

**112. Présentation.** Une partie de la doctrine a proposé de substituer une analyse des risques au critère de la subordination juridique en soutenant que « *l'entrepreneur est le travailleur qui assume les risques de son activité ; le salarié [...] celui qui ne les supporte pas* »<sup>362</sup>. Sans prôner cette substitution, d'autres auteurs soulignent le rôle parfois déterminant de l'analyse des risques dans la qualification du contrat de travail<sup>363</sup>.

En effet, la jurisprudence utilise parfois la charge des risques de l'activité pour reconnaître ou exclure l'existence d'un contrat de travail indépendamment de l'existence d'un pouvoir de direction, contrôle et sanction<sup>364</sup>. Ainsi, alors même que s'exerce un tel pouvoir, les juges ont déjà exclu l'existence d'un lien de subordination et d'un contrat de travail au seul motif que l'intéressé assumait les risques ou pertes de son activité<sup>365</sup>. Ils relèvent aussi souvent la participation aux pertes ou risques de l'activité pour conforter d'autres indices d'exclusion du contrat de travail<sup>366</sup>.

---

<sup>361</sup> V. par ex. : Soc. 18/02/2015 : n° 13-22595 – Soc. 12/07/2005 : n° 0345394. – Sur la question : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 483 s. – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 697 – AUZERO (G.), *Les co-employeurs*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 43 s. – V. également : MORIN (M.-L.), *Sous-traitance et co-activité*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 115 s.

<sup>362</sup> PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, Préf. B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, 2002, n° 164 s. – Rapp. : BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, Préf. X. Boucobza, Fondation Varenne, LGDJ, 2011, n° 9, définissant l'indépendance uniquement par rapport à la charge des risques en retenant que « *le professionnel indépendant, par opposition au salarié, est celui qui assume les risques de son activité* ».

<sup>363</sup> Dans ce sens : PASQUIER (T.), *op. cit.*, n° 76 s. – MARTIN (A.-C.), *L'imputation des risques entre contractants*, Préf. D. Ferrier, BDP, t. 508, LGDJ, 2009, n° 239 s. – PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t.45, LGDJ, 2008, n° 150, « *la répartition des risques, souvent présentée comme un indice parmi d'autres de l'état de subordination, est en réalité déterminante dans l'octroi de la qualité de salarié, de sorte que son absence apparaît comme dirimante. C'est bien l'association entre l'assujettissement à un pouvoir et la non-participation aux risques qui autorise à qualifier un travailleur de subordonné* » – V. déjà : SAVATIER (R.), *Vers la socialisation du contrat de louage d'industrie*, DH 1934, chron. p. 37 s., p. 39, « *quand on parle de subordination, il faut bien s'entendre. Celle dont il s'agit n'est point une subordination juridique purement juridique, caractérisée, selon l'expression inexacte des arrêts, par le droit de l'employeur de donner des ordres et des instructions. On a le droit de donner des ordres et des instructions à son agent de change ou à son architecte ; ce ne sont pas pourtant des salariés, parce qu'économiquement et socialement, ils sont indépendants, ils sont "à leur compte" ; ils sont "à leurs risques"* ».

<sup>364</sup> Sur la question voir : PASQUIER (T.), *op. cit.*, n° 76 s. – PESKINE (E.), *Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie*, RDT 2008, p. 371 s., n° 6 – PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, *op. cit.*, n° 150 s. – CHAUCHARD (J.-P.), *Subordination et indépendance : un sisyphé juridique ?*, TPS 2001, chron. 22 – MILLET (F.), *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Préf. A. Bénabent et A. Lyon-Caen, PUCF, LGDJ, 2001, n° 106 et n° 137 s. – SAURET (A.), *Indépendance technique et subordination juridique*, PA 17/06/1992, p. 24 s., p. 25 s. – LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 9 et n° 44.

<sup>365</sup> V. par ex. : Soc. 05/11/1999 : n° 96-15784 : « *la cour d'appel, qui a fait ressortir, sans se contredire, que les médecins remplaçants supportaient les risques de leur exploitation personnelle, a pu décider qu'il n'existait aucun lien de subordination* » – Soc. 28/04/1980 : n° 78-13201 ; B. n° 362, la propriétaire d'une étable prenait des animaux en pension mais devait suivre les conseils, instructions et directives de l'éleveur qui fournissait aussi la nourriture et, selon la cour d'appel « *prenait à sa charge tous les risques de l'opération* ». Les juges du fond en avait déduit l'existence d'un contrat de travail, mais la Cour de cassation les censura au motif qu'ils ne s'étaient pas expliqués sur le fait qu'« *en cas de perte d'un animal [l'intéressée] ne percevait aucune rémunération en sorte qu'elle supportait elle-même des risques* ».

<sup>366</sup> Civ. 2 13/11/2005 : n° 04-18104 ; B. n° 320, les intéressés « *n'assumaient aucun risque économique* » – Soc. 04/10/2001 : n° 99-16922, l'intéressé « *occupait des fonctions [...] sans assumer personnellement les risques des maléfactions* » – Soc. 22/07/1993 : n° 91-14464 ; B. n° 215,

Inversement, la jurisprudence a déjà déduit l'existence d'un contrat de travail du fait que le travailleur n'assumait pas les risques de son activité malgré l'absence de dépendance-obéissance<sup>367</sup>. Mais, le plus souvent, l'absence d'assomption des risques conforte seulement d'autres indices du contrat de travail<sup>368</sup>.

**113. Risques considérés.** L'indice est cependant ambigu car le risque est une notion polysémique, floue et même parfois considérée comme non juridique<sup>369</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence ne précise pas clairement les risques devant être pris en compte pour qualifier le contrat de travail<sup>370</sup>. La doctrine en distingue généralement deux types<sup>371</sup>.

**Risques de l'entreprise.** Le premier type est lié aux aléas du marché. Madame Peskine fait référence aux « *risques marchands* »<sup>372</sup>, Mesdames Millet et Martin aux « *risques de l'entreprise* »<sup>373</sup>, Monsieur Puig aux « *risques économiques* » qu'il classe dans les « *vrais risques d'exploitation* »<sup>374</sup> et Monsieur Pasquier semble les intégrer dans la notion de « *participation aux pertes de l'entreprise* »<sup>375</sup>. Ces différents termes renvoient à l'idée que le contrat de travail se caractériserait par la soustraction du travailleur aux aléas de l'évolution de la demande des produits ou services et donc du chiffre d'affaires. L'existence d'une rémunération totalement indépendante de ces aléas ou, au moins, d'une rémunération minimale garantie, caractériserait donc le contrat de travail. Inversement, la participation aux pertes de l'activité exclurait l'existence de ce contrat : un travailleur qui serait privé de tout revenu, voire devrait assumer une différence négative entre les produits et charges de son activité, ne pourrait être lié par un contrat de travail<sup>376</sup>. Rivero et Savatier exposaient ainsi que « *l'esprit général du contrat de travail, c'est finalement l'échange d'une liberté*

---

l'intéressé participait à l'activité « *à ses risques et périls* » – Soc. 11/06/1992 : n° 89-21959 ; B. n° 391, les intéressés « *assumaient les risques de leur activité* » – Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548 ; D. 1990, 368, D. Ferrier, les intéressés « *jouissaient d'une grande latitude dans l'organisation de leur activité commerciale dont ils recueillaient le profit et assumaient les pertes* » – Soc. 18/03/1987 : n° 85-11167, le remplaçant « *supportait les aléas de cette activité temporaire* » – Soc. 03/12/1981 : n° 80-14881 ; B. n° 938 ; JCP E 1985.II.14204, G. Vachet, l'intéressé « *supportait [...] les risques économiques de [l'] exploitation* » – V. également : Soc. 15/03/2001 : n° 99-17832, « *le remplaçant participait aux résultats de la marche du cabinet* » – Soc. 14/11/1984 : n° 82-40892 ; B. n° 428, « *la rémunération [des intéressés] par des modalités de calcul complexes, était, en réalité, une rémunération à la tâche, ce dont il suivait que la participation aux pertes de l'entreprise n'était pas un élément susceptible de faire obstacle à l'existence d'un contrat de travail* ».

<sup>367</sup> Soc. 22/02/1990 : n° 87-17709, un chirurgien-dentiste avait conclu un contrat « *d'assistant collaborateur* » avec un autre chirurgien-dentiste (l'assistant). La cour d'appel avait caractérisé un lien de subordination entraînant l'assujettissement au régime général de la sécurité sociale. Le pourvoi soutenait que les conditions de l'activité étaient insusceptibles de caractériser un tel lien car l'intéressé percevait personnellement et directement des patients le montant des honoraires, disposait de sa propre comptabilité, signait les feuilles de soin, n'était soumis à aucune directive dans l'exercice de son art ou dans son emploi du temps et qu'en contrepartie de la mise à disposition des locaux équipés et des installations, reversait 60 % des honoraires qu'il percevait au chirurgien-dentiste principal. La Cour de cassation rejeta l'argumentation en jugeant que « *les juges du fond ont relevé que dans les locaux équipés mis à sa disposition par [le chirurgien-dentiste principal], [l'assistant] prodiguait ses soins à des patients qui constituaient la clientèle du cabinet, et que s'il percevait directement les honoraires réglés par les patients, il en reversait 60 % [au chirurgien-dentiste principal], pourcentage trop important pour être considéré comme la contrepartie de l'usage du local et de ses installations ; que de l'ensemble de ces constatations d'où il résultait que [l'assistant] qui ne supportait aucun risque né de l'exploitation du cabinet et qui, notamment, n'aurait pas eu à participer aux pertes éventuelles, les juges du fond ont pu déduire que, quelle que fût l'indépendance technique dont l'intéressé disposait dans l'exercice de son art, l'activité exercée par [l'assistant] ne pouvait être considérée comme indépendante* ». Il semble ainsi possible de déduire la subordination juridique du seul fait que le travailleur ne supporte aucun risque né de l'exploitation.

<sup>368</sup> V. par ex. : Civ. 2 13/12/2005 : n° 04-18104 ; B. n° 320, relevant notamment pour requalifier des prétendus mandataires qu'ils « *n'assumaient aucun risque économique* » – Soc. 20/02/1992 : n° 89-19959 – Soc. 28/11/1991 : n° 89-18898 – Soc. 10/05/1990 : n° 85-10958 ; B. n° 218 – Soc. 04/11/1987 : n° 85-18421 ; B. n° 610.

<sup>369</sup> Sur ces caractères : MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, n° 2 s. – PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, Préf. P. Delvolvé, Bibl. dr. publ., t. 274, LGDJ, 2013, n° 1 s. – Sur la notion de risque en droit : MILLET (F.), *op. cit.* – VOIDEY (N.), *Le risque en droit civil*, Préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2005 – MOUSSERON (J.-M.), *La gestion des risques par le contrat*, RTD civ. 1988, p. 481 s. – V. également : BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2010.

<sup>370</sup> Pour une démonstration de l'imprécision de l'indice : MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, n° 286 s.

<sup>371</sup> V. cependant : PASQUIER (T.), *op. cit.*, n° 82, intégrant la question de la titularité de la clientèle dans les risques. – Sur l'indice tiré de la clientèle : *infra* n° 117 s.

<sup>372</sup> PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, n° 159.

<sup>373</sup> MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, n° 58 s. – MILLET (F.), *op. cit.*, n° 136 s.

<sup>374</sup> PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 165 s. et n° 189.

<sup>375</sup> PASQUIER (T.), *op. cit.*, n° 82.

<sup>376</sup> *Ibid.* n° 83.

contre une sécurité » : « le travailleur, renonce à sa liberté dans l'organisation de son activité professionnelle en se plaçant sous l'autorité de l'employeur ; mais il acquiert ainsi, aussi longtemps que subsiste le contrat, un droit à un salaire indépendant des aléas économiques de l'entreprise »<sup>377</sup>.

**Risques de l'exploitation.** Le second type de risques mis en évidence par la doctrine est lié aux résultats du travail. Ils sont qualifiés de « *risque[s] industriel[s]* » par Madame Peskine<sup>378</sup>, de « *risques de malfaçons* » par Monsieur Pasquier<sup>379</sup>, de « *risques de l'exploitation* » par Mesdames Martin<sup>380</sup> et Millet<sup>381</sup> et de « *risque[s] du travail* » par Monsieur Puig<sup>382</sup>. L'idée est que l'activité salariée serait caractérisée par le fait que la mauvaise qualité du travail ou son inutilité ne puisse, en principe, engager la responsabilité civile du travailleur à l'égard de son employeur ou des tiers et ne puisse donc, en principe, affecter ses revenus<sup>383</sup>.

La Cour de cassation a ainsi parfois exclu l'existence d'un contrat de travail lorsque le travailleur, même s'il est payé à l'heure, ne fournit ni le matériel, ni les matériaux et est soumis à des directives sur ses horaires et l'exécution de son travail, conserve une responsabilité civile et s'est assuré contre un tel risque<sup>384</sup>.

Inversement, elle juge « *qu'un salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation et que sa responsabilité ne peut se trouver engagée qu'en cas de faute lourde* »<sup>385</sup> et prive d'effet toute clause contraire<sup>386</sup>, en particulier les clauses de ducroire<sup>387</sup>. La loi interdit également toute amende ou sanction pécuniaire prononcée par l'employeur<sup>388</sup>.

**114. Critiques.** La prise en compte de l'assomption des risques pose cependant plusieurs difficultés.

**Relativité des liens entre indépendance, salariat et risques.** Tout d'abord, il est de plus en plus caricatural d'associer la prise de risques à l'activité indépendante et l'absence de risque à l'activité salariée.

En premier lieu, il est difficile de soutenir qu'un salarié est soustrait aux aléas du marché et aux risques de l'exploitation alors que, d'une part, une partie substantielle de sa rémunération peut être liée à sa performance et donc également dépendre de l'état du marché<sup>389</sup> et, d'autre part, qu'il peut être licencié pour

---

<sup>377</sup> RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), *op. cit.*, p. 76 – V. également : CAMERLYNCK (G. H.), *op. cit.*, n° 46, l'« autorité [...] reconnue au chef d'entreprise en régime capitaliste constitue la contrepartie logique de l'absence de tout risque économique assumé par le salarié dans son activité » – Sur la question : PASQUIER (I.), *op. cit.*, l'économie du contrat de travail est l'échange d'un pouvoir contre une absence de risque.

<sup>378</sup> PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, n° 160.

<sup>379</sup> PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 82. – Pour un arrêt employant cette expression : Soc. 04/10/2001 : n° 99-16922.

<sup>380</sup> MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, n° 68 s.

<sup>381</sup> MILLET (F.), *op. cit.*, n° 142 s..

<sup>382</sup> PUIG (P.), *op. cit.*, n° 165 et n° 178 s.

<sup>383</sup> PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 82 – PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, n° 160.

<sup>384</sup> Dans ce sens : Soc. 14/06/1973 : n° 72-12421 ; B. n° 382.

<sup>385</sup> Soc. 31/05/1990 : n° 88-41419 ; B. n° 156 – Sur l'absence de responsabilité du salarié envers l'employeur en l'absence faute lourde : Soc. 06/05/2009 : n° 07-44485 ; B. n° 126 ; JCP S 2009, 1372, B. Bossu – Soc. 21/10/2008 : n° 07-40809 ; B. n° 197 – Soc. 20/04/2005 : n° 03-40069 ; B. n° 148 – Soc. 11/03/1998 : n° 97-41920 ; B. n° 135 – Soc. 12/04/1995 : n° 92-12373 ; B. n° 131 ; DS 1995, 64, J. Savatier – Soc. 09/06/1993 : n° 89-41476 ; B. n° 161 – Soc. 23/01/1992 : n° 88-43275 ; B. n° 39 ; JCP 1993.II.2000, P. Delebecque – Soc. 31/10/1989 : n° 87-13376 ; B. n° 624 – Jurisprudence constante depuis : Soc. 27/11/1958 : D. 1959, 20, R. Lindon ; JCP 1959.II.1143, J. Brethe de la Gressaye ; RTD civ. 1959, 731, H. Mazeaud et L. Mazeaud et 753, J. Carbonnier – Sur la question : BENOIT-RENAUDIN (C.), *La responsabilité du préposé*, Préf. P. Delebecque, BDP, t. 520, LGDJ, 2010, n° 289 s. – BOUSEZ (F.), *Le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B. Teyssié, Dalloz, 2008, p. 111 s. – RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, Préf. J. Hauser, BDP, t. 282, LGDJ, 1997, n° 229 s.

<sup>386</sup> Soc. 06/05/2009 : n° 07-44485 ; B. n° 126 ; JCP S 2009, 1372, B. Bossu – Soc. 10/11/1992 : n° 89-40523 ; B. n° 538, « la clause d'un contrat de travail relative à la responsabilité personnelle du salarié envers son employeur ne peut produire effet, quels qu'en soient les termes, qu'en cas de faute lourde du salarié » – Soc. 31/10/1989 : n° 87-13376 ; B. n° 624 – SAVATIER (J.), *La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde*, DS 1995, p. 651 s. – LYON-CAEN (A.), *Les clauses de transfert des risques sur le salarié*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 163 s.

<sup>387</sup> *Infra* n° 307.

<sup>388</sup> C. trav. art. 1331-2.

<sup>389</sup> *Supra* n° 60.

une insuffisance de résultats<sup>390</sup> ou un motif économique tiré du marché<sup>391</sup>.

En second lieu, le droit positif offre de nombreuses techniques aux entrepreneurs pour limiter leurs risques et pertes : les sociétés à responsabilité limitée, les procédures collectives, l'assurance, les contrats<sup>392</sup>, la déclaration d'insaisissabilité, l'entreprise individuelle à responsabilité limitée, etc. Ripert analysait ainsi les trois premières techniques comme des moyens de « *disparition de la responsabilité* » des « *entrepreneurs capitalistes* »<sup>393</sup> et Savatier soulignait que « *si l'on avance que le commerce comporte un esprit de risque qui répugnerait aux autres professions, cela n'est guère confirmé par l'expérience : ne voit-on pas bien des commerçants aspirer à un monopole assorti de marges bénéficiaires garanties ?* »<sup>394</sup>. Il a ainsi été mis en évidence que le contrat ou la société pouvait être l'instrument d'une dissociation entre la maîtrise d'une activité économique et les risques associés<sup>395</sup>. Les contrats d'intégration, en particulier, permettent à un professionnel d'exercer un pouvoir de direction et contrôle sur un autre et de tirer profit de son entreprise sans assumer les risques de son exploitation<sup>396</sup>.

**Incertitude et complexité de l'analyse.** Par ailleurs, en raison de la dualité des risques pris en compte, l'analyse peut aboutir à une aporie.

Considérons, par exemple, un contrat stipulant une rémunération minimale indépendante des résultats de l'entreprise mais une responsabilité pécuniaire du travailleur pour la mauvaise qualité de son travail<sup>397</sup> ou une clause de ducroire. Le travailleur est ainsi soustrait aux risques de l'entreprise mais soumis aux risques de l'exploitation. Faut-il privilégier la soustraction aux risques de l'entreprise, considérer qu'il y a contrat de travail et ainsi annuler la clause de responsabilité ou de ducroire au motif qu'elle prévoit une sanction pécuniaire illégale ? Faut-il, au contraire, privilégier la soumission aux risques de l'exploitation et conclure à l'activité indépendante malgré l'absence de soumission aux aléas du marché ?

Considérons un autre contrat stipulant cette fois une rémunération variant totalement en fonction de l'activité de l'entreprise, sans minimum, en contrepartie d'une absence de responsabilité pécuniaire du travailleur pour la qualité de son travail. Le travailleur est alors soumis aux risques de l'entreprise mais soustrait aux risques de l'exploitation. Faut-il s'attacher à la soustraction aux risques d'exploitation, conclure à l'existence d'un contrat de travail et ainsi procéder à une réfaction du contrat pour introduire un minimum de rémunération (SMIC) ? Au contraire, faut-il s'attacher à la soumission aux risques de l'entreprise et conclure à l'activité indépendante malgré l'absence de responsabilité personnelle pour les malfaçons ?

---

<sup>390</sup> *Infra* n° 657.

<sup>391</sup> *Infra* n° 657. – RADÉ (C.), *Des critères du contrat de travail*, *op. cit.*, n° 18, si « la déconnection avec le marché n'est pas totale et que le salarié demeure indirectement partiellement soumis à sa logique soit dans son intérêt, pour profiter des retombées de son activité lorsque celle-ci est profitable (intérêt, participation, primes de rendement, etc.), soit à son détriment, pour supporter en partie les conséquences d'une inversion du bilan bénéfice/risque de son activité lorsque celle-ci ne l'est plus (individuellement, par le biais du licenciement pour insuffisance professionnelle, collectivement, par celui du licenciement pour motif économique) » – Sur la question : PASQUIER (I.), *op. cit.*, mettant en évidence une « mise en cause de l'économie du contrat de travail par transfert des risques économiques » (n° 220 s.) notamment par les rémunérations déconnectées du temps (n° 223 s.), les durées contractuelles flexibles (n° 232 s.), le portage salarial (n° 240 s.), les licenciements pour insuffisance de résultats (n° 271 s.) et les licenciements économiques préventifs (n° 277 s.) – Rapp. : RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1951, n° 137, « le droit du travailleur [à son emploi] est soumis au risque de l'entreprise ».

<sup>392</sup> MOUSSERON (J.-M.), *La gestion des risques par le contrat*, RTD com. 1988, p. 481 s.

<sup>393</sup> RIPERT (G.), *op. cit.*, n° 91 s.

<sup>394</sup> SAVATIER (J.), *Contribution à une étude de la profession*, in Mél. J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 3 s., n° 9.

<sup>395</sup> Sur la question : DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007 – DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Préf. F. Collart Dutilleul et G. J. Martin, L'Harmattan, 1997.

<sup>396</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 12 et n° 226 s. – V. également : PIGASSOU (P.), *La distribution intégrée*, RTD com. 1980, p. 473 s.

<sup>397</sup> V. par ex. : Soc. 14/06/1973 : n° 72-12421 ; B. n° 382, paiement du travail à l'heure mais stipulation que le travailleur « conservait sa responsabilité civile ».



**Confusion entre le régime et la qualification du contrat de travail.** La difficulté fondamentale posée par la répartition des risques est cependant qu'elle apparaît comme un effet du contrat de travail et ne devrait donc pas en être un indice et, *a fortiori*, un critère de qualification<sup>398</sup>.

**La maîtrise de l'activité, cause de l'imputation des risques d'exploitation à l'employeur.** En effet, l'idée fondamentale à l'origine du régime de la répartition des risques d'exploitation dans le contrat de travail est que le responsable des dommages causés par une activité ou des pertes générées par elle est celui qui l'organise, la dirige et la contrôle, en un mot, la maîtrise<sup>399</sup>. L'absence d'assomption des risques d'exploitation apparaît donc comme une conséquence de l'organisation du travail mise en place, il s'agit d'une « *défaillance probable restituée à son contexte organisationnel* »<sup>400</sup>.

L'exception de la faute lourde s'explique alors par le caractère improbable et anormal du comportement du salarié, non rattachable à l'organisation de l'entreprise<sup>401</sup>. La faute lourde suppose en effet une faute commise « *dans l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise* »<sup>402</sup>, un déficit d'exploitation « *intentionnel et sciemment organisé* » par le salarié<sup>403</sup>.

L'imputation des risques de l'exploitation à l'employeur est donc un effet de la qualification de contrat de travail, celui-ci s'analysant en une « *convention de répartition des risques* »<sup>404</sup>. Utilisée comme critère de qualification, elle devrait conduire la jurisprudence à exclure le contrat de travail en présence d'une clause attribuant tout ou partie des risques d'exploitation à une partie n'ayant pas la maîtrise de son activité. Au contraire, si un pouvoir de direction, contrôle et sanction est clairement caractérisé, la clause sera, en principe, analysée comme une sanction pécuniaire illégale et donc annulée.

**La maîtrise de l'activité, cause de l'attribution des risques de l'entreprise à l'employeur.** L'idée de maîtrise explique également que le salarié bénéficie d'une rémunération minimale garantie le soustrayant, au moins partiellement, aux risques de l'entreprise.

Ainsi, l'application de la législation sur le SMIC suppose nécessairement l'existence d'un contrat de

---

<sup>398</sup> Dans ce sens : DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, DS 2011, p. 546 s., n° 27 s. – ROSA (F.), *Les actes de réglementation privée*, thèse Paris 1, 2011, n° 1099, « la prévalence absolue du critère du partage des risques ne serait guère opportune car elle viendrait compromettre l'objet même de la technique de requalification : le transfert des risques sur l'employeur doit rester un effet, et non une condition d'application du contrat de travail, quelle que soit la dénomination que les parties auront retenue » – V. également : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 747, présentant la charges des risques et la responsabilité pour faute comme des enjeux de la qualification. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 409, présentant le sort des pertes comme une conséquence de la qualification. – *Contra* : PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 69 s., soutenant si la charge des risques n'a pu s'imposer comme critère du contrat de travail, elle est celui de l'indépendance (n° 81 s.) et que la « répartition [des risques] est [...] un élément constitutif de la qualification de contrat de travail, et non un simple effet de son existence » (n° 84).

<sup>399</sup> LYON-CAEN (A.), *Les clauses de transfert des risques sur le salarié*, *op. cit.*, n° 2, « les défaillances de l'organisation (ou risques industriels) ne sont imputables qu'à ceux qui en sont maîtres [(les employeurs)], alors pourtant que les salariés ont pu y prendre part » – Dans le même sens : DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, *op. cit.*, n° 28 s. – BENOIT-RENAUDIN (C.), *op. cit.*, n° 291 – MILLET (F.), *op. cit.*, n° 151 s. – RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 228 – REVET (I.), *La force de travail*, *op. cit.*, n° 292 s.

<sup>400</sup> MILLET (F.), *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Préf. A. Bénabent et A. Lyon-Caen, PUCF, LGDJ, 2001, n° 158 – Dans le même sens : BENOIT-RENAUDIN (C.), *op. cit.*, n° 291, « puisqu'il place sa force de travail au service de son employeur pendant tout le temps de travail, le préposé salarié commet nécessairement des actes dommageables en raison de la faillibilité même de l'être humain. Il paraît alors tout à fait approprié d'en laisser la charge à celui qui dirige cette activité : les dommages résultant de ces fautes sont considérés comme des risques normaux d'exploitation » – Rappr. : COUTURIER (G.), *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 1996, n° 200, « cette exigence d'une faute lourde – exceptionnellement en matière de responsabilité contractuelle – s'explique d'abord par la relation de subordination qui est de l'essence du contrat de travail : le salarié étant dirigé et contrôlé par l'employeur, celui-ci est, en général, mal placé pour se plaindre d'une exécution défectueuse du contrat ».

<sup>401</sup> MILLET (F.), *op. cit.*, n° 160 s.

<sup>402</sup> Soc. 05/12/1996 : n° 93-44073 ; B. n° 424 – Sur la question : RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 71 s. – COUTURIER (G.), *La faute lourde du salarié*, DS 1991, p. 105 s.

<sup>403</sup> Soc. 31/05/1990 : n° 88-41419 ; B. n° 260.

<sup>404</sup> LYON-CAEN (A.), *Les clauses de transfert des risques sur le salarié*, *op. cit.*, n° 1 – V. également : PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 220.

travail<sup>405</sup> et même parfois une maîtrise des horaires de travail par le donneur d'ordre<sup>406</sup>. C'est également en raison de l'existence d'un contrat de travail que la Cour de cassation prohibe les clauses de prise en charge des frais professionnels susceptibles de porter atteinte au droit à une rémunération au moins égale au SMIC<sup>407</sup>. De même, c'est en raison de leur stipulation dans des contrats de travail qu'il est jugé que les clauses de variation de la rémunération ne doivent pas faire « *porter le risque d'entreprise sur le salarié* » ou avoir « *pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels* »<sup>408</sup>.

L'imputation des risques de l'entreprise à l'employeur et l'existence d'une rémunération minimale garantie soustraite aux aléas de l'activité sont donc des effets de la qualification de contrat de travail. Dans le cas contraire, la qualification devrait être exclue en présence d'une rémunération entièrement variable puisque le salarié subit alors les aléas du marché. Il suffirait alors aux employeurs de prévoir systématiquement une telle rémunération pour échapper au droit du travail et, en particulier, aux règles du SMIC. Or, l'existence d'une rémunération variable ne s'oppose pas à la qualification d'un contrat de travail, la jurisprudence s'attachant alors au pouvoir de direction, de contrôle et de sanction<sup>409</sup>.

### **La maîtrise de l'activité, condition de la responsabilité du commettant à l'égard des tiers.**

L'idée de maîtrise est également présente dans le régime de responsabilité du salarié à l'égard des tiers<sup>410</sup>. En effet, si le fondement de la responsabilité du commettant est discuté en doctrine<sup>411</sup>, le lien de préposition en reste une condition essentielle<sup>412</sup>. L'employeur répond ainsi des dommages que peut causer le salarié dans le cadre de son travail car il est réputé agir sous son autorité, dans le cadre d'une mission qu'il lui a assignée et d'une organisation qu'il a mise en place<sup>413</sup>. C'est seulement si le salarié s'est extrait de ce cadre en agissant « *hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses*

---

<sup>405</sup> Le Code du travail précise ainsi que les dispositions sur le salaire et notamment le salaire minimum s'appliquent « *aux employeurs de droit privé à leurs salariés* » (art. L. 3211-1) ce qui suppose donc nécessairement une qualification préalable de contrat de travail.

<sup>406</sup> *Infra* n° 544.

<sup>407</sup> *Infra* n° 541.

<sup>408</sup> Soc. 2/07/2002 : n° 00-13111 ; B. n° 229 ; D. 2003, 391, V. Wauquier ; DS 2002, 998, C. Radé, « *une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en-dessous des minima légaux et conventionnels* » – V. également : Soc. 18/10/2006 : n° 04-44602.

<sup>409</sup> Rapp. : COUTURIER (G.), *Droit du travail*, op. cit., n° 46, « *un salarié, s'il peut être intéressé aux bénéfices de l'entreprise, ne saurait en revanche en assumer les risques : celui qui supposer intégralement les risques de l'entreprise ne saurait être un salarié* » mais précisant ensuite « *qu'il y a [...] des modalités de rémunération qui mettent vraiment les risques de l'exploitation à la charge du salarié, mais c'est alors la clause qui est nulle* ».

<sup>410</sup> C. civ. art. 1384, al. 5 – C. trav. art. L. 4741-7 – C. ass. art. 511-1, III.

<sup>411</sup> Sur la question : VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 791-1 – BENAC-SCHMIDT (F.) et LARROUMET (C.), *Responsabilité des commettants*, Rep. Trav. Dalloz, 1999, maj. 2011, n° 4 s. – RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, op. cit., n° 317 s. – MOLFESSIS (N.), *La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation*, in Mél. M. Gobert, Economica, 2004, p. 495 s. – JOURDAIN (P.), *La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements*, in Mél. C. Lapoyade-Deschamps, PUB, 2003, p. 67 s. – BRUN (P.), *Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui*, in Mél. C. Lapoyade-Deschamps, PUB, 2003, p. 105 s.

<sup>412</sup> VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), op. cit., n° 792 – BENOÎT-RENAUDIN (C.), op. cit., n° 184, « *la notion de préposition [...] est essentielle puisqu'elle détermine le domaine de la responsabilité du commettant* » – JULIEN (J.), *La responsabilité du fait d'autrui*, Préf. P. Le Tourneau, PUAM, 2001, n° 152 s. – BENAC-SCHMIDT (F.) et LARROUMET (C.), op. cit., n° 33 s.

<sup>413</sup> MOULY (J.), *La responsabilité civile des salariés*, in *L'entreprise face aux évolutions de la responsabilité civile*, dir. N. Ferrier et A. Péliissier, Economica, 2012, p. 25 s., p. 26 – BENOÎT-RENAUDIN (C.), op. cit., n° 184 s., « *les deux conditions requises pour qu'un lien de préposition existe entre deux personnes sont l'autorité et la subordination corrélatrice sur la manière d'accomplir la mission confiée. Lorsqu'une personne participe à l'activité d'une autre, une relation de préposition est ainsi constituée si la première est sous la subordination de la seconde, or il n'y a pas de subordination sans autorité* » (n° 187) – PASQUIER (I.), op. cit., n° 121 s., « *la subordination contractuelle, qui procède du contrat de travail, paraît donc justifier largement l'immunité civile du salarié* » – MILLET (F.), op. cit., n° 335 s., « *le contrat de travail instaure un lien de subordination entre employeur et salarié, qui justifie l'imputation de responsabilité au commettant pour les dommages causés par son préposé indépendamment de toute faute* » (n° 337) – RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, op. cit., n° 321 – SUPIOT (A.), *Le travail, une liberté partagée*, DS 1993, p. 723 s., « *l'irresponsabilité du travailleur constitue la corollaire de sa subordination* » – COUTURIER (G.), *Responsabilité civile et relations individuelles de travail*, DS 1988, p. 407 s., n° 1 et 5 s.

attributions » que l'employeur est déchargé de sa responsabilité<sup>414</sup>. La maîtrise de l'activité conditionne ainsi la répartition des risques et non l'inverse.

**115. Rapport avec la dépendance-obéissance.** Or, raisonner de façon inversée en qualifiant le contrat de travail à partir de ses effets (la répartition des risques) peut conduire à deux incohérences.

La première consiste à conclure à l'absence de contrat de travail d'une personne dont l'activité est organisée, dirigée et contrôlée par autrui mais qui en assume néanmoins les risques et de remettre ainsi en cause le lien entre la maîtrise de l'activité et l'assumption de ses risques, entre la liberté et la responsabilité.

Inversement, le raisonnement peut aboutir à reconnaître un contrat de travail à l'égard d'une personne qui ne court pas les risques associés à son activité alors même qu'elle en a la maîtrise. Elle serait donc considérée comme liée par un contrat de travail malgré son indépendance, son autonomie. La reconnaissance du contrat de travail pourrait alors rejaillir sur l'activité en fondant une possibilité de direction, contrôle et sanction au profit de la personne courant les risques de l'activité. Les rapports entre les parties seraient remodelés pour correspondre à la charge des risques : le travailleur verrait la maîtrise de son activité remise en cause en raison de son absence d'assumption des risques et il serait octroyé à la personne courant ces risques un pouvoir de direction, contrôle et sanction qu'elle n'avait pas<sup>415</sup>.

**116. Conclusion.** Finalement, la charge des risques de l'activité est à la fois un indice incertain, ambigu et incohérent pour exclure ou admettre la qualification de contrat de travail.

#### **d - L'existence d'une clientèle personnelle ou propre au travailleur**

**117. Présentation.** Pour la jurisprudence, l'existence d'une clientèle personnelle ou propre au travailleur<sup>416</sup> ou sa possibilité d'en développer une<sup>417</sup> est un indice d'indépendance. Inversement l'absence de clientèle propre ou de la possibilité d'en développer une est un indice de contrat de travail<sup>418</sup>. Cet indice a pu être

---

<sup>414</sup> Sur la question, voir : VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *op. cit.*, n° 797 s. – BENOIT-RENAUDIN (C.), *op. cit.*, n° 152 s. – PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 122 s.

La faute pénale intentionnelle ou la faute pénale d'une exceptionnelle gravité permettent également d'écarter l'immunité civile du salarié même si elle se rattache aux fonctions, la justification se trouve alors dans une considération morale (*ibid.*, n° 123 s.).

<sup>415</sup> Rapp. : GAUDU (F.), *L'application du droit du travail à des travailleurs non salariés, in Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 163 s., n° 29, « on ne devient jamais salarié sans en payer le prix, qui est la subordination ».

<sup>416</sup> Soc. 09/10/2013 : n° 12-23718, en relevant qu'un avocat avait « pu fidéliser un certain nombre de clients avec lesquels il avait noué un contact au cours de sa collaboration au sein de la société, et [...] qu'il avait pu développer une clientèle personnelle ; [...] [la cour d'appel] a pu en déduire que, peu important le caractère fixe de la rémunération perçue et l'obligation faite à l'intéressé de reverser ses indemnités de commissions d'office, les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail » – V. également : Soc. 11/06/1992 : n° 89-21959 ; B. n° 391, relevant pour exclure l'existence d'un contrat de travail « que la clientèle que recevaient les médecins lorsqu'ils effectuaient à temps partiel des bilans de santé était la leur et non celle du Centre médical, et que c'était de cette clientèle personnelle qu'ils percevaient leurs honoraires » – Soc. 20/02/1992 : n° 89-19959, excluant le contrat de travail au motif que le travailleur « reçoit dans ce cabinet la clientèle qui lui est propre » – Soc. 14/01/1982, 2 arrêts : n° 80-41695 et n° 80-42256 ; B. n° 18 et 19 ; D. 1983, 201, A. Jeammaud – Soc. 27/10/1978 : n° 77-41348 ; B. n° 726, déduisant l'absence de contrat de travail d'un agent encaisseur d'un « service contentieux » au motif qu'il « tenait [...] son propre fichier clients » – Soc. 24/03/1971 : n° 69-12753 ; B. n° 242, indépendance d'un architecte au motif qu'il a une « clientèle personnelle ».

<sup>417</sup> Soc. 26/02/2002 : n° 99-46128, déduisant l'absence de contrat de travail du fait notamment que « les enseignants étaient libres d'accepter ou refuser les élèves qui leur étaient proposés » – Soc. 15/03/2001 : n° 99-17832, excluant l'existence d'un contrat de travail du fait qu'« aucune disposition [du contrat de remplacement] n'interdisait de soigner d'autres patients que ceux du cabinet » – Soc. 23/01/1997 : n° 95-10223 ; JCP E 1997.I.687, n° 2, G. Vachet, excluant un contrat de travail au motif que « les infirmières ne se voient pas imposer le choix des patients qui, dès lors, constituent leur clientèle en ce qui concerne les soins qu'elles leur dispensent » – Soc. 08/10/1987 : n° 84-45889, excluant l'état de subordination de kinésithérapeutes au motif qu'ils « avaient la possibilité de refuser des malades qui leur étaient présentés ; qu'ils avaient une clientèle privée soignée en dehors de l'établissement et qu'il arrivait seulement parfois qu'ils fassent hospitaliser un de leurs clients à la clinique » – Pour d'autres exemples, voir : AUBERT-MONPEYSEN (T.), *op. cit.*, p. 192 s.

<sup>418</sup> Soc. 27/09/2006, 2 arrêts : n° 04-48590 et n° 04-48589, relevant notamment pour caractériser un lien de subordination que l'intéressée, « ne pouvait consulter la liste des clients qu'au siège des établissements de l'agence où elle recevait également ceux-ci, [et] ne disposait d'aucune clientèle propre » – Soc. 05/03/2003 : n° 01-41735, relevant que l'intéressé « n'avait ni clientèle personnelle, ni activité professionnelle complémentaire » – Soc. 04/11/1987 : n° 85-18421 ; B. n° 610, relevant pour une affiliation au régime général que l'intéressée « exerçait son activité de remplaçante

utilisé pour caractériser un lien de subordination alors même que le travailleur jouissait d'une grande liberté dans son travail et ses conditions de travail<sup>419</sup>. Pour une partie de la doctrine, il s'agirait même du critère de distinction « *le plus sûr* » entre le contrat d'entreprise et le contrat de travail<sup>420</sup>.

**118. Incertitude et ambiguïté.** Il existe pourtant une grande incertitude sur le critère d'attribution de la clientèle<sup>421</sup>, particulièrement à l'égard d'un distributeur. En effet, comment déterminer si la clientèle traitant avec le distributeur est propre à ce dernier ou au fournisseur des produits ou services ? Différentes approches sont possibles : la clientèle peut être attribuée à celui qui est au contact avec elle<sup>422</sup>, à celui qui fournit l'effort de sa création, de son maintien ou de son développement<sup>423</sup>, au propriétaire des éléments de l'exploitation qui l'attirent (les signes distinctifs notamment)<sup>424</sup>, à celui qui a l'usage, la jouissance, la maîtrise ou la disposition de ces éléments<sup>425</sup>, à celui qui est lié par les contrats conclus avec les clients<sup>426</sup>, à celui qui court les risques de la création de clientèle<sup>427</sup> ou encore à celui qui remplit un ou plusieurs de ces critères<sup>428</sup>.

Une difficulté supplémentaire apparaît lorsque plusieurs personnes remplissent simultanément un ou plusieurs des critères retenus. Il est alors possible de reconnaître une clientèle commune<sup>429</sup>, d'attribuer la

---

*auprès d'une clientèle qui n'était pas la sienne* » – Soc. 07/12/1983 : n° 81-41626 ; B. n° 592, relevant notamment pour caractériser l'existence d'un contrat de travail que le médecin « *n'avait pas le libre choix de ses malades, dispensait ses soins aux clients de la clinique* » – Soc. 2/06/1981 : n° 80-12138 ; B. n° 485, assujettissant un chauffeur transporteur au régime général de la sécurité sociale au motif que le donneur d'ordre « *bénéficiait d'une clause d'exclusivité, ce qui était au "transporteur" le libre choix de sa clientèle* ».

<sup>419</sup> Soc. 05/02/1998 : n° 95-13538, approuvant l'arrêt d'appel qui a « *fait ressortir que, quelle que soit la liberté qu'il conservait quant aux modalités d'exercice des missions qui lui étaient confiées, le docteur Z... exerçait son activité de médecin examinateur d'une clientèle qui n'était pas la sienne et dont il ne percevait pas sa rémunération, dans un lien de subordination à l'égard de la [Caisse] de nature à entraîner, pour cette partie de son activité, son affiliation au régime général* ». Le pourvoi faisait valoir que le médecin « *exerçait son activité, en l'absence de tout contrat, sans qu'aucun horaire ni lieu de travail ni matériel ni personnel lui fussent imposés ou mis à sa disposition par la Caisse* ».

<sup>420</sup> Dans ce sens : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 717, « *le critère [de distinction] le plus sûr se trouve dans la notion de clientèle : l'entrepreneur n'a pas de patron, mais des clients* ».

<sup>421</sup> Dans ce sens : MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, n° 266 – COLLOMB (P.), *La clientèle du fonds de commerce*, RTD com. 1979, p. 15 s., n° 17 s.

<sup>422</sup> Dans ce sens : Civ. 1 2/12/1997 : n° 95-15015 ; B. n° 342 ; Defr. 1998, 332, P. Delebecque et 406, A. Bénabent ; GP 1998.I.195, concl. M. Saint Rose, jugeant qu'un courtier mandataire « *disposait d'une clientèle constituée par le réseau de détaillants qu'il était chargé de prospecter* ».

<sup>423</sup> Dans ce sens : RIPERT (G.), *op. cit.*, n° 80, « *ce qu'il y a d'essentiel, c'est que cette propriété [de fonds de commerce] est liée à l'exploitation. [...] la propriété du fonds se dégage avec peine du travail du commerçant* » – *Infra* n° 429 s.

<sup>424</sup> Dans ce sens : Com. 27/02/1973 : n° 71-10653 ; B. n° 101 ; D. 1974, 238, J. Derruppé, le locataire-gérant « *n'établissait pas avoir personnellement attiré les clients [et] qu'en réalité la clientèle était indissociable des autres éléments du fonds, notamment de l'excellence des installations modernes mises à la disposition des exploitants et de la notoriété de la marque "Total"* » si bien qu'il n'était pas fondé « *à prétendre avoir créé une clientèle attachée à un fonds qu'il a] seulement loué et dont [il n'a] jamais acquis la propriété* » – Com. 06/05/2008 : n° 06-11968 et 06-12178 ; JCP E 2009, 1479, n° 5, J.-L. Respaud, rejetant l'action en concurrence déloyale d'un concessionnaire pour appropriation frauduleuse de son fichier clients par le concédant au motif que « *la clientèle constituée par le concessionnaire pour l'exploitation la marque Peugeot est attachée à cette marque* ».

<sup>425</sup> Dans ce sens : BOCCARA (B.), *Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée*, GP 1994.II.1021, n° 42, « *il faut [...] souligner que pour tous les éléments d'un fonds de commerce, et plus spécialement pour "les éléments nécessaires et essentiels d'attraction" de la clientèle, ce qui importe, ce n'est pas une propriété mais une maîtrise* ».

<sup>426</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 180, « *conformément au régime civil du mandat, les relations qui procèdent de l'intermédiation du diffuseur mandataire s'établissent directement entre le fournisseur-mandant et le client-contractant. Le mandant à qui se trouve ainsi attachée la clientèle peut donc après la rupture du contrat de mandat continuer à entretenir un courant d'affaires avec elle, sans que l'ancien mandataire soit fondé à invoquer un droit sur cette clientèle ni un droit à une indemnité pour compenser une "perte de clientèle"* ».

<sup>427</sup> Dans ce sens : Paris 04/10/2000 : D. 2001, 301, D. Ferrier, 380, A.-L. Monéger-Dupuis et 1718, H. Kenfack ; RTD com. 2001, 50, J. Derruppé ; JCP 2001.II.10467, B. Boccara ; CDE 4/2001, 26, J.-L. Respaud.

<sup>428</sup> Dans l'arrêt *Trévisan*, la clientèle locale est attribuée au franchisé en combinant des critères de jouissance des éléments attractifs, de charge des risques et d'effort de création (*infra* n° 429 s.).

<sup>429</sup> Reconnaissant une clientèle commune au partenaire dominant et à l'entrepreneur économiquement dépendant : REVET (T.), *Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 s., n° 17 – Reconnaissant une clientèle commune dans la concession ou la franchise : BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37 s., p. 50, dans la concession et la franchise, « *la clientèle [...] est largement commune et indivisible* » – CHAMPAUD (C.), *La concession commerciale*, RTD com. 1963, p. 451 s., n° 33, « *la clientèle en question n'est propre ni au concédant, ni au concessionnaire. Elle leur est commune. [...] La clientèle qu'il constitue lui appartient en même temps qu'au concédant.* » – Reconnaissant une clientèle commune dans le mandat : GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, n° 280 – BRUNET (A.), *Clientèle commune et contrat d'intérêt commun*, in Mél. A. Weil, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 s., n° 10, « *le contrat d'agence commerciale, chaque fois qu'il a pour but de constituer une clientèle, est indubitablement un mandat d'intérêt commun, car, le mandataire ayant un droit sur la clientèle qu'il apporte au mandant, le mandat a pour objet l'administration d'un bien commun* » – LAMBERT (J.), note ss Com. 08/10/1969, D. 1970, p. 143 s., p. 147, « *l'intérêt personnel qu'a le mandataire comme le mandant à mener à bonne fin la mission dont il est investi parce qu'il s'agit de l'administration d'un bien sur lequel mandataire et mandant ont l'un et l'autre des droits directs et qui en ce sens est leur chose commune* ».

clientèle en fonction d'un critère de prépondérance<sup>430</sup> ou encore de la scinder en plusieurs clientèles attribuées aux différents intervenants<sup>431</sup>.

L'attribution de la clientèle est ainsi fortement débattue. Toutes les approches évoquées ont été défendues par la doctrine ou suivies par la jurisprudence sans apparaître tout à fait satisfaisante.

De plus, la loi renforce l'ambiguïté en prévoyant expressément que des salariés bénéficient de droits en rapport avec la clientèle : le VRP – considéré légalement comme un salarié<sup>432</sup> – est titulaire d'un droit à une « indemnité de clientèle » pour « la clientèle apportée, créée ou développée par lui »<sup>433</sup> et le portage salarial doit garantir « les droits de la personne portée sur son apport de clientèle » alors que le porté est expressément soumis au « régime du salariat »<sup>434</sup>.

Inversement, la Cour de cassation juge que l'agent commercial, pourtant défini légalement comme un indépendant, et le locataire-gérant, pourtant commerçant indépendant, n'ont pas de clientèle propre<sup>435</sup>.

Par ailleurs, certains salariés ou indépendants bien qu'ils n'aient pas de droit sur la clientèle et que celle-ci soit attribuée à leur employeur ou mandant, ont une clientèle attachée à leur personne<sup>436</sup> qu'ils ont pu apporter à leur employeur<sup>437</sup> ou mandant et qui, pouvant les suivre chez un nouvel employeur ou mandant, justifiera souvent la stipulation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle<sup>438</sup>.

L'indice de la clientèle personnelle ou propre est donc particulièrement ambigu.

**119. Incohérence.** La titularité de la clientèle apparaît également comme une conséquence du contrat de travail puisque celui-ci attribue le résultat du travail à l'employeur<sup>439</sup>, elle ne devrait donc pas être prise en compte pour sa qualification. En effet, si un contrat de travail est reconnu, les actes matériels et juridiques accomplis auprès de la clientèle seront considérés comme l'ayant été au nom et pour le compte de l'employeur, si bien que le travailleur ne pourra se voir reconnaître une clientèle propre, à l'instar du

---

<sup>430</sup> Dans ce sens : Paris 06/02/1996 : D. 1997, 57, D. Ferrier ; JCP 1997.II.22818, B. Boccara ; Defr. 1996, 36371, P. Le Cannu ; GP 1996.I.538, P. Belot, « pour qu'un locataire franchisé ou concessionnaire d'une marque soit considéré comme ayant un fonds de commerce en propre, il faut qu'il apporte la preuve de ce qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur ou du concédant, ou bien, qu'il démontre que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail, attire la clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque ».

<sup>431</sup> Rappr. : Civ. 3 27/03/2002, *Trévisan* : n° 00-20732 ; B. n°77 ; D. 2002, 2400, H. Kenfack, 1487, E. Chevrier et 3006, D. Ferrier ; JCP 2002.II.10112, F. Auque ; RTD com. 2002, 457, B. Saintourens ; AJDI 2002, 376, J.-P. Blatter ; CDE 5/2002, 29, n° 3, J.-L. Respaud ; Administrer/06/2002, 35, B. Boccara et D. Lipman-Boccara ; Loyers et copr. 2002, 148, P.-H. Brault et P. Pereira-Ozouf ; CCC 2002, 111, M. Malaurie-Vignal et 155, L. Leveneur ; GP 2002.II.970, J.-D. Barbier ; RTD com. 2003, 43, M.-P. Dumont-LeFranc, 273, J. Monéger ; PA 04/02/2003, 3, Y. Marot, approuvant une cour d'appel d'avoir jugé que « 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 franchiseur » – *Infra* n° 429 s.

<sup>432</sup> C. trav. art. L. 7313-1, contenu dans une section intitulée « Présomption de salariat » – *Infra* n° 288 s.

<sup>433</sup> C. trav. art. L. 7313-13, contenu dans une sous-section intitulée « Indemnité de clientèle » – *Infra* n° 761 s.

<sup>434</sup> C. trav. art. L. 1251-64, « le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle. »

<sup>435</sup> La jurisprudence juge que « l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre » (*infra* n° 191) alors qu'il est légalement défini comme un indépendant (C. com. art. L. 134-1, *infra* n° 181) – De même, le locataire-gérant ne dispose pas de clientèle propre puisque, par définition, il exploite un fonds de commerce propriété du bailleur (C. com. art. L. 144-1) alors qu'il a légalement la qualité de commerçant (C. com. art. L. 144-2) et est considéré comme un indépendant (*infra* n° 268).

<sup>436</sup> Sur les clientèles attachées à la personne : LECLERCQ (P.), *Les clientèles attachées à la personne*, Préf. P. Catala, BDP, t. 55, LGDJ, 1965.

<sup>437</sup> V. par ex. : Soc. 21/07/1966 : B. n° 729, « les juges du fond interprétant les accords des parties, ont pu estimer que, si leur situation juridique n'entraînait pas dans les cadres classiques de la représentation salariée, ou indépendante de courtage ou de commission, elle se révélait au moins en partie comme une participation aux bénéfices consentie à celui qui les avait procurés par un apport de clientèle, participation qui normalement ne pouvait cesser que par la perte de cette clientèle et que, si le contrat de travail de X... s'insérait dans ses accords avec la Société Segondat tant à raison de la concomitance que du caractère anormalement bas du salaire payé pour un conducteur de poids lourd, salaire visiblement complété en partie par les commissions, l'élément primordial desdits accords était l'apport de clientèle procurant à l'employeur un profit important et stable, cause partielle du versement desdites commissions », la cour d'appel a donc pu déduire de « ces constatations et appréciations que la société Segondat devait continuer à verser celles-ci à X... dans la mesure où elles représentaient non un supplément de salaire devant cesser avec le contrat de travail, mais la contrepartie de son apport de clientèle, mesure qu'elle a évaluée à 50 % ».

<sup>438</sup> Les clauses de non-concurrence post-contractuelles sont fréquentes dans les contrats des salariés chargés de la prospection de la clientèle et dans les mandats de représentation commerciale : *infra* n° 855.

<sup>439</sup> Dans ce sens : REVET (T.), *Rupture des contrats...*, *op. cit.*, n° 16 s. – REVET (T.), *La force de travail*, *op. cit.*, n° 240 s.

mandataire<sup>440</sup>. Inversement, en l'absence de contrat de travail, la clientèle pourra être attribuée au travailleur.

De plus, si l'attribution de la clientèle dépend de la charge des risques, de la propriété ou de la jouissance des moyens d'exploitation, eux-mêmes utilisés comme indices de qualification, elle découle de ces indices et ne saurait donc être un indice à part entière<sup>441</sup>. Le raisonnement est tautologique.

**120. Conclusion.** Finalement, l'indice de la clientèle apparaît à la fois très incertain, ambigu et incohérent.

## CONCLUSION DU PARAGRAPHE 1

**121. Critère déterminant de la subordination juridique.** En raison de la compréhensivité de la notion de prestation de travail à titre onéreux, la qualification d'un contrat de travail de droit commun dans des rapports entre un distributeur et un fournisseur repose essentiellement sur la caractérisation d'une subordination juridique<sup>442</sup>.

**122. Incertitudes.** Cependant, si la subordination juridique est formellement le critère du contrat de travail, sa substance est incertaine. La jurisprudence et la doctrine hésitent entre la volonté de se soumettre à l'autorité d'autrui<sup>443</sup>, la dépendance économique entendue comme un état de faiblesse<sup>444</sup> et l'intégration économique<sup>445</sup>. Par ailleurs, conçue originellement comme un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction institué par un contrat, la subordination juridique est en réalité caractérisée par les juges à partir d'un faisceau d'indices d'un pouvoir de fait complété par une prise en compte de la situation économique du travailleur. Il n'existe donc pas de différence de nature entre la subordination juridique et la dépendance économique à laquelle elle est souvent opposée<sup>446</sup>.

Cette appréciation globale à partir d'indices multiples appartenant à des registres différents (autorité factuelle, autorité juridique, situation économique) rend incertaine la caractérisation du contrat de travail et conduit à des ambiguïtés et incohérences.

**123. Ambiguïtés et incohérences.** Ainsi, la prise en compte en compte d'indices comme la propriété ou la maîtrise des moyens de l'activité, la titularité de la clientèle ou encore la charge des risques de l'exploitation ou de l'entreprise est ambiguë puisque ces éléments sont modifiés par le régime du contrat de travail<sup>447</sup>. Elle conduit à des incohérences remettant en cause les corrélations entre la liberté et la responsabilité, entre le profit et les risques ou entre le profit et les charges de l'activité.

Il convient donc de rechercher si ces incertitudes, ambiguïtés et incohérences se retrouvent dans la qualification de la subordination juridique appliquée aux relations de distribution.

---

<sup>440</sup> *Infra* n° 170.

<sup>441</sup> Comp. : PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 82, présentant la clientèle comme un indice de la charge des risques.

<sup>442</sup> *Supra* n° 55 s. et 69 s.

<sup>443</sup> Dans ce sens : CESARO (J.-F.), *La subordination, op.cit.*, n° 203 s., analysant la subordination comme une obligation juridique résultant de la conclusion du contrat de travail et rejetant le pouvoir de fait et la dépendance économique – TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 431 s.

<sup>444</sup> Dans ce sens : DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail, op.cit.*, p. 546 s., soutenant que la subordination juridique est un effet du contrat de travail (n° 10 s.) dont le critère doit être « l'état de faiblesse du salarié vis-à-vis de son employeur, cet état étant composé de dépendance et d'obéissance dans l'exécution ou l'organisation du travail » (n° 30) – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 197 s.

<sup>445</sup> Dans ce sens : RADÉ (C.), *Des critères du contrat de travail, op. cit.*, posant comme hypothèse « que la subordination juridique procède du contrat mais qu'elle n'en constitue pas un critère » (n° 12) et défendant le « critère de l'intégration économique » du travailleur (n° 17 s.) – GROUTEL (H.), *op. cit.*, n° 21, défendant « le critère de l'intégration ou mieux de la participation à l'entreprise d'autrui ».

<sup>446</sup> *Supra* n° 73 s.

<sup>447</sup> *Supra* n° 98 s.

## §2 – La qualification de la subordination juridique appliquée aux relations de distribution

**124. Diversité des situations.** Pour certains distributeurs, la question de l'existence d'un contrat de travail ne se pose pas. Tel est le cas d'une société ayant une activité de détaillant distribuant les produits de nombreux fournisseurs sans être liée par un quelconque contrat-cadre, dans un local qu'elle a pris à bail ou dont elle est propriétaire, sous sa propre enseigne, en étant propriétaire de son stock et de ses aménagements et en employant des salariés. Aucun indice de dépendance-obéissance n'étant présent et l'ensemble des indices d'indépendance étant réunis, l'existence d'un tel contrat est totalement exclue.

Pour d'autres distributeurs, l'existence d'un contrat de travail est une évidence. Tel est le cas d'une personne physique liée à une entreprise de distribution par un contrat lui donnant une mission de vendeur dans un magasin pour une rémunération totalement fixe, à des horaires déterminés correspondant à un temps plein et dans un rayon particulier dans lequel il ne détermine, ni les produits exposés, ni leurs prix, ni leur emplacement et qui devra, en outre, travailler personnellement sans pouvoir se substituer une autre personne, en suivant des techniques de vente qui lui ont été communiquées et enseignées, sous le contrôle du directeur du magasin qui pourra prendre des sanctions à son encontre. Ce distributeur est clairement soumis à des directives et à un contrôle portant sur le cœur même de son travail et sur sa périphérie. De plus, en raison de ses conditions de travail, le vendeur sera dans l'impossibilité de développer une clientèle personnelle. Du fait de ses horaires notamment, il ne pourra, en principe, travailler que pour un seul donneur d'ordre. Le vendeur ne courra pas les risques de l'exploitation et de l'entreprise (à l'exception du licenciement pour motif économique) puisqu'il n'a investi ni dans le magasin, ni dans la promotion de produits, que sa rémunération n'est pas liée à ses résultats et que les contrats conclus avec les clients lient directement l'entreprise de distribution. Il ne travaillera pas non-plus avec des moyens propres faute d'être propriétaire du local, des aménagements, des produits et faute de pouvoir embaucher des salariés ou se substituer des remplaçants pour effectuer son travail. Tous les indices de la subordination juridique sont ainsi réunis et aucun indice d'indépendance ne permet d'exclure l'existence d'un contrat de travail.

En revanche, entre ces deux extrêmes existent de nombreuses situations intermédiaires pour lesquelles la question de l'existence d'un contrat de travail se pose. En effet, la volonté des fournisseurs d'externaliser la distribution de leurs produits ou services tout en conservant sa maîtrise a conduit au développement de nouvelles formes contractuelles comme la concession ou la franchise ou à l'adaptation de contrats plus anciens comme le courtage, la commission ou le mandat dans le but de contrôler l'activité des distributeurs tout en excluant l'application du droit du travail.

**125. Plan.** Ainsi, l'existence d'une subordination juridique sera successivement recherchée à l'égard des franchisés et concessionnaires (A) et des distributeurs intermédiaires contractuels (B)<sup>448</sup>.

---

<sup>448</sup> Ces modes de distribution peuvent parfaitement se combiner : *infra* n° 917.

## A – L'incohérence de la qualification de la subordination juridique des distributeurs franchisés ou concessionnaires

**126. Intégration économique.** La concession<sup>449</sup> et la franchise<sup>450</sup> ont été développées dans un but essentiellement financier : permettre au fournisseur de disposer de points de vente ou de prestation de services identiques à des succursales sans réaliser les dépenses et investissements nécessaires à leur ouverture et fonctionnement et les risques associés. Il s'agit d'une technique d'externalisation des coûts et risques de distribution de produits ou services par intégration des distributeurs<sup>451</sup>. Elle suppose que le fournisseur, par un contrat-cadre<sup>452</sup>, puisse compenser son absence de propriété des moyens de distribution en imposant des directives et contrôles permettant de les placer au service de la diffusion de ses produits ou services<sup>453</sup>. Il s'agit de combiner « *l'efficacité et la discipline* »<sup>454</sup>.

**127. Analogie avec la relation de travail.** Il apparaît ainsi une analogie avec la relation de travail dans laquelle la subordination juridique du travailleur est présentée comme la technique permettant à l'employeur de compenser son impossibilité « *de rentrer directement en possession de la force de travail dont il a conventionnellement acquis la jouissance* »<sup>455</sup>. Dans les contrats de distribution, il ne s'agit pas de compenser une impossibilité d'entrer en possession de moyens de distribution mais un choix financier d'en avoir la maîtrise et la jouissance sans les charges de la propriété.

**128. Plan.** L'étude des contrats-cadres de distribution révèle ainsi la présence des pouvoirs caractéristiques de la définition formelle de la subordination juridique (1) mais sans reconnaissance d'un contrat de travail (2) car elle remettrait en cause l'intégration économique en attribuant les risques de l'activité de distribution au fournisseur et en l'obligeant à rembourser les frais engagés par le distributeur. Il existe donc une situation incohérente de subordination dans l'indépendance.

---

<sup>449</sup> Sur la concession, voir notamment : VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *Droit de la distribution européen et français*, Lawlex, 2011, n° 121 s. et n° 306 s. – LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2010 – GUYENOT (J.), *Les contrats de concession commerciale*, Préf. R. Houin et B. Goldman, BDC, t. 16, Sirey, 1968 – CHAMPAUD (C.), *op. cit.*, p. 451 s.

<sup>450</sup> Sur la franchise, voir notamment : DISSAUX (N.), *Franchise*, Rép. com., 2014, maj. 2015 – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *op. cit.*, n° 397 s. – GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *Droit de la franchise*, Litec, 2011 – SIMON (F.-L.), *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éd., 2009 – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007 – LELOUP (J.-M.), *La franchise*, 4<sup>e</sup> éd., Delmas, 2004 – BENSOUSSAN (H.), *Le droit de la franchise*, 2<sup>e</sup> éd., Ed. Apogée, 2000 – GUYENOT (J.), *La franchise commerciale*, RTD com. 1973, p. 161 s. – DURAND (P.) et LATSCHA (J.), *Le franchising*, JCP CI 1970.I.87634.

<sup>451</sup> Sur la question : CHAMPAUD (C.), *op. cit.*, p. 454 « *avantageux pour le concessionnaire, ce système de distribution l'est encore plus pour le concédant. Il lui permet de mettre en place un réseau de concessionnaires dont les entreprises soumises à son contrôle, constituent un appareil commercial parfaitement intégré aux points de vente judicieusement répartis. Certes, le fabricant peut parvenir à ce résultat en pratiquant d'autres techniques d'intégration commerciale. Il peut constituer un réseau de succursales d'agences ou de filiales, mais alors, il doit investir à cet effet des sommes considérables dont son appareil producteur se trouve privé. Au contraire, l'indépendance du concessionnaire, artificiellement peut-être, mais réellement conservée lui épargne cet immense effort financier* » – BOY (L.), *Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?*, RLC 2010, 1618 – BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37 s., p. 40 – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, *op. cit.*, n° 275 – DE BOUARD (F.), *op. cit.*, n° 18 – LELOUP (J.-M.), *La franchise*, *op. cit.*, n° 601 s. – V. également : CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 15, jugeant à propos de la franchise que « *plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances* » – FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 308 s. – Sur l'intégration dans la distribution : FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 213 s. – PIGASSOU (P.), *La distribution intégrée*, RTD com. 1980, p. 473 s.

<sup>452</sup> Sur la notion, voir : GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, Préf. M. Béhar-Touchais, BDP, t. 273, 1996.

<sup>453</sup> DE BOUARD (F.), *op. cit.*, n° 18, « *l'entreprise qui fait le choix de la concentration contractuelle doit [...] associer à sa filière productive des vassaux fiables, obéissants et diligents, sur l'appareil de [...] distribution desquels elle puisse, à travers de stipulations adéquates [...] exercer une maîtrise comparable à celle d'un propriétaire. [...] Le contrat d'intégration apparaît précisément comme le moyen, pour l'entreprise intégratrice, d'user de l'entreprise intégrée comme un propriétaire sans en être propriétaire* ».

<sup>454</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 12<sup>e</sup> éd. 2003, n° 816.

<sup>455</sup> SUPLOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s., p. 132 – Sur la question voir : FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, p. 119 s. présentant la subordination comme « *le substitut de la dépossession, la compensation trouvée à l'absence de dépossession* » – V. également : REVET (T.), *L'objet du contrat de travail*, *op. cit.*, n° 40 – REVET (T.), *La force de travail*, *op. cit.*



## 1 – La présence des pouvoirs caractérisant la subordination juridique

**129. Plan.** Dans la plupart des contrats-cadres de distribution, se retrouvent, de façon plus ou moins marquée, un pouvoir de direction (a), un pouvoir de contrôle (b) et un pouvoir de sanction (c).

### a - L'existence d'un pouvoir de direction

**130. Clauses d'organisation et de direction.** La volonté de maîtriser une distribution externalisée et d'organiser un réseau homogène se traduit par la stipulation dans les contrats-cadres de diverses clauses d'organisation et de direction de l'activité des distributeurs : imposition de la forme juridique de l'entreprise (imposition d'une forme sociale particulière), obligation de respect des normes techniques, commerciales et des méthodes du fournisseur (vente et accueil des clients, logistique, recrutement et management des salariés, gestion comptable et financière, etc.)<sup>456</sup>, obligation de suivre sa politique commerciale<sup>457</sup> et de procéder aux dépenses ou investissements correspondant, parfois sous des formes imposées (emprunt ou autofinancement), imposition d'un emplacement, des caractéristiques et aménagements du local, du mobilier, d'un outillage spécifique, imposition d'une enseigne ou d'une marque<sup>458</sup>, imposition des fournisseurs, des prix d'achat<sup>459</sup>, de l'assortiment, d'un stock minimum ou d'un réassort automatique<sup>460</sup>, obligation de participer à des campagnes publicitaires initiées par le fournisseur, obligation de participer à certains salons et foires, imposition de quotas de vente ou autres objectifs, obligation de tenue d'une comptabilité particulière, de fichiers particuliers (fichier clients, état des stocks, etc.), obligation d'assurer certains services auprès de la clientèle (carte de fidélité, service après-vente, garantie étendue, etc.), obligation de recruter un nombre de salariés déterminé<sup>461</sup> ayant des compétences particulières, agrément préalable des salariés, obligations de formation du personnel, le cas échéant par le fournisseur<sup>462</sup>, imposition de la tenue vestimentaire des vendeurs<sup>463</sup>, contraintes sur les périodes et horaires d'ouverture et fermeture du magasin<sup>464</sup>, imposition de la direction effective de l'unité de distribution par une personne déterminée, etc.<sup>465</sup>.

---

<sup>456</sup> CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 17 et 18, « le franchiseur doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisée par l'enseigne. Il en résulte que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à cette fin ne constituent pas non plus des restrictions de la concurrence [...] il en va ainsi d'abord de l'obligation pour le franchisé d'appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur et d'utiliser le savoir-faire transmis ».

<sup>457</sup> V. par ex. : Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548. – Dans ce sens : VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *op. cit.*, n° 181, mettant en évidence une « obligation d'appliquer la politique commerciale du fournisseur » et exposant que « l'unité du réseau de distribution exclusive empêche le distributeur de définir seul sa politique commerciale ».

<sup>458</sup> V. par ex. : CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 15.

<sup>459</sup> V. par ex. : Com. 04/02/1997 : n° 94-21174 – Sur la question de la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 552 s. – *Infra* n° 561.

<sup>460</sup> Pour le stock minimum, v. par ex. : Comm. CE 17/12/1986 : n° 87/17/CEE, pt 27. – Pour le réassort automatique : v. par ex. : Dijon 30/06/2005 : Juris-Data n° 2005-283427.

<sup>461</sup> V. par ex. : Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160, « obligation d'avoir un commercial itinérant et un vendeur permanent dans le local » – Soc. 01/02/2011 : n° 08-45223.

<sup>462</sup> V. par ex. : Soc. 01/02/2011 : n° 08-45223.

<sup>463</sup> V. par ex. : Soc. 01/02/2011 : n° 08-45223.

<sup>464</sup> V. par ex. : Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160, « obligation d'avoir un [...] local commercial ouvert 5/7 jours et 12/12 mois » – Soc. 01/02/2011 : n° 08-45223 – Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548, interdiction de fermer plus d'un mois en sus des fermetures hebdomadaires. – V. également : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 426, « le fournisseur doit [...] pouvoir, au titre de la préservation de l'image et de l'identité du réseau, annoncer par voie publicitaire [...] que tous les points de vente sont ouverts à la clientèle selon certains horaires, privant ainsi le distributeur en partie de son indépendance quant à l'organisation de son activité » – LELOUP (J.-M.), *La franchise*, 4<sup>e</sup> éd., Delmas, 2004, n° 1211.

<sup>465</sup> Pour des exemples de clauses, voir : EUTEDJIAN (C.), *Le droit face aux subordinations économiques dans les relations de distribution*, thèse Aix-Marseille 3, 1999, n° 156 s. – VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 216 s. et les contrats annexés. – Pour un exposé de certaines de ces clauses et obligations dans les contrats de franchise ou de concession : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 673 s. et 732 s. –

Par ailleurs, si les prix de vente ne peuvent être imposés par le fournisseur à un distributeur n'agissant pas comme intermédiaire contractuel, sous peine de tomber sous le coup des règles du droit de la concurrence, celui-ci parviendra à les orienter et encadrer par des barèmes de prix de revente maximaux ou conseillés<sup>466</sup>. Le distributeur suivra généralement ces prix conseillés pour s'intégrer au réseau, préserver l'image des biens ou services<sup>467</sup> mais également pour assurer le maintien de la relation de distribution<sup>468</sup>.

C'est en matière de franchise que cette organisation et direction de l'activité sera souvent la plus affirmée. En effet, le savoir-faire, élément essentiel du contrat que le franchiseur s'est obligé à transmettre et le franchisé à mettre en œuvre<sup>469</sup>, pourra porter sur l'ensemble des aspects de l'exploitation<sup>470</sup>. Elle sera également présente dans la concession commerciale, le concédant cherchant généralement à organiser un réseau homogène de distributeurs arborant son enseigne, offrant ses produits ou services dans des conditions similaires et mettant en œuvre une même politique à l'égard des clients<sup>471</sup>.

**131. Pouvoir de réglementation.** Dans les réseaux de distribution, il est ainsi fréquent qu'existe un règlement intérieur (un « *livre de normes* »<sup>472</sup>, une « *bible* »<sup>473</sup> ou un « *livret d'exploitation* »<sup>474</sup>) regroupant l'ensemble des normes de gestion et commercialisation, complété, tout au long de la relation, par des circulaires<sup>475</sup> afin de les adapter aux évolutions de la stratégie de distribution décidées la tête de réseau ou à l'évolution nécessaire du savoir-faire<sup>476</sup>. Le fournisseur exerce ainsi, tout au long de la relation, un pouvoir de

---

LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, op. cit., n° 67 s. – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, op. cit., n° 583 s. – LELOUP (J.-M.), op. cit., n° 1211 – GUYON (Y.), op. cit., n° 827.

<sup>466</sup> Sur ces questions : *infra* n° 235 et 249.

<sup>467</sup> Sur le lien entre la perception de qualité liée à la marque et les prix des produits : MARTIN (M.), *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, Préf. L. Vogel, PUAM, 2012, n° 418 s. – V. par ex. : Paris 03/07/2002 : JurisData n° 1999-03448 ; D. 2002, 2429, D. Ferrier, constatant que « quant à la fixation des prix, il est de l'intérêt même du franchisé de ne pas trop s'écarter des prix généralement pratiqués par la société AVIS dans ses propres stations et de ceux des autres licenciés ».

<sup>468</sup> Dans ce sens : EUTEDJIAN (C.), op. cit., n° 170, « titulaire dans la plupart des cas d'un contrat à durée déterminée, [...] [le distributeur] pratiquera prudemment la politique des prix de son fournisseur, en appliquant la vente des prix conseillés afin de ne pas prendre le risque de lui déplaire et de ne pas voir son contrat renouvelé » – DE BOUARD (F.), op. cit., n° 152, « le respect par les concessionnaires et franchisés, des prix imposés par leur fournisseur, s'il ne découle d'aucun engagement contractuel de leur part, puisqu'un tel engagement est prohibé, est néanmoins assuré de facto, dans la plupart des cas ».

<sup>469</sup> CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 17 et 18 – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, op. cit., n° 583 s.

<sup>470</sup> Le savoir-faire vise un ensemble d'informations pouvant se rapporter à tous les aspects de l'activité : localisation, aménagement et décoration des locaux, commercialisation des produits et services, publicité, gestion commerciale, administrative et financière, organisation, recrutement et formation du personnel, etc. Le Code européen de déontologie de la franchise précise ainsi que pour être substantiel, le savoir-faire doit « inclure une information indispensable pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finaux et notamment pour la présentation des produits pour la vente, [...] les relations avec la clientèle, et la gestion administrative et financière » (<http://www.franchise-fff.com/base-documentaire/finish/206/318.html>, consulté le 23/02/2015, art. 1) – V. par ex. : Comm. CE 17/12/1986, *Yves Rocher* : n° 87/14/CEE, pt 22, « le savoir-faire que Yves Rocher s'engage à transmettre au franchisé se rapporte à tous les domaines de son activité et notamment les domaines technique, commercial, promotionnel, publicitaire, administratif, financier, le domaine de la formation du personnel et de la gestion en général » – Soc. 09/03/2011 : n° 09-42901 ; B. n° 74, (se référer aux motifs de la cour d'appel cités par le moyen annexé), la cour d'appel a constaté que « le savoir faire du franchiseur concernait tous les aspects de l'exploitation, jusque dans ses moindres détails ; que c'est ainsi que la société des laboratoires de biologie végétale YVES ROCHER met à la disposition de la franchisee son savoir faire sous forme de documents divers, dossiers, fiches techniques, cassettes, constituant la "bible du savoir faire", ayant trait à la décoration, la présentation des produits, la qualité d'accueil et le niveau de service à la clientèle, les techniques de vente, les campagnes publicitaires et promotionnelles, la nature, la qualité et les méthodes des soins ». – Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 711 et 713 – LELOUP (J.-M.), *La franchise*, op. cit., n° 361 s. – SIMON (F.-L.), op. cit., n° 210 – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, op. cit., n° 454 – FERRIER (D.), *Franchise et savoir-faire*, in Mél. J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 157 s.

<sup>471</sup> Sur la question : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, op. cit., n° 67 s., mettant en évidence l'existence dans les concessions de normes portant notamment sur la marque, l'enseigne, la publicité, les services avant, pendant et après la vente, les locaux et le personnel – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 943 – CHAMPAUD (C.), op. cit., n° 37 s. – V. par ex. : Com. 21/10/1970 : n° 69-14122 ; B. n° 278, imposition de directive d'organisation et d'administration du magasin dans une concession et notamment de normes d'aménagement de la boutique et des vitrines.

<sup>472</sup> V. par ex. : Soc. 01/02/2011 : n° 08-45223.

<sup>473</sup> V. par ex. : Com. 18/10/2011 : n° 10-30871.

<sup>474</sup> V. par ex. : Soc. 30/11/2011 : n° 06-43497.

<sup>475</sup> Sur les normes internes aux réseaux voir : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), op. cit., n° 888.

<sup>476</sup> Sur l'obligation du franchiseur d'actualiser, d'adapter et de faire évoluer le savoir faire : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 717 – GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), op. cit., n° 148 s. – SIMON (F.-L.), op. cit., n° 235.

réglementation privée s'imposant aux membres du réseau et qui s'apparente à celui d'un employeur<sup>477</sup>.

**132. Prise en compte au titre de la subordination juridique.** Ces clauses, normes et directives sont parfaitement susceptibles de caractériser un lien de subordination juridique. Ont ainsi été considérés comme relevant d'un pouvoir de direction caractéristique d'un tel lien : des objectifs de vente et l'obligation de suivre étroitement une politique commerciale définie par le fournisseur<sup>478</sup>, l'obligation de suivre des directives ne laissant aucune liberté « *en matière de procédure d'accueil des clients, de promotion, de publicité et de tenue de la comptabilité* »<sup>479</sup>, l'obligation d'« *impérativement respecter les normes et standards de la chaîne, selon un cahier des charges annexé au contrat* » portant sur « *les caractéristiques du service, les prix et les horaires* »<sup>480</sup>, l'existence « *de pouvoirs limités dans la direction* » de l'exploitation en raison « *des instructions et directives pour la gestion de l'établissement* »<sup>481</sup>, une « *liberté d'engager du personnel [...], de fait, limitée* » par une « *politique de prix* » imposée<sup>482</sup>, l'imposition « *d'une structure juridique déterminée* », l'obligation d'« *exclusivité totale d'activité* », « *l'obligation de respecter les chartes graphiques et d'aménagement des locaux, la charte architecturale et les outils d'aide à la décision et à la commercialisation* », l'obligation d'« *adopter un mode d'organisation pour la gestion de son exploitation impliquant le respect de procédures contraignantes d'ordre administratif, comptable, d'échange d'informations, de délégation de signatures, d'échange de documents et autres outils informatiques* » ou encore l'obligation de respecter un « *argumentaire commercial* » et « *une méthode de vente imposée* »<sup>483</sup>.

**133. Conclusion.** Dans la franchise et la concession, il existe ainsi généralement un véritable pouvoir de direction du fournisseur s'exerçant sur le travail même du distributeur – celui-ci devra mettre en œuvre la politique commerciale, d'approvisionnement, d'investissement et de gestion du fournisseur<sup>484</sup> – mais également sur des éléments périphériques en raison de contraintes de lieu (local fourni ou agréé, clause de localisation<sup>485</sup>) et de temps (horaires et périodes d'ouverture<sup>486</sup>). Ce pouvoir de direction s'accompagnera également d'un pouvoir de contrôle.

---

<sup>477</sup> Sur la question : ROSA (F.), *Les actes de réglementation privée*, thèse Paris 1, 2011, n° 1054 s. – Sur la réglementation de droit privé : NEAU-LEDUC (P.), *La réglementation de droit privé*, Préf. T. Revet, BDE, t. 38, Litec, 1998.

<sup>478</sup> Soc. 04/06/1992 : n° 90-22094 ; B. n° 367, « *après avoir relevé[...] que la société Boucherie parisienne [...] sur les objectifs à atteindre et les modalités pour y parvenir, [...] imposait [à ses gérants] des limites inférieures et supérieures de vente et les obligeait à suivre étroitement sa politique commerciale, la cour d'appel a caractérisé l'existence, entre les parties, d'un lien de subordination* ».

<sup>479</sup> Soc. 27/03/2008 : n° 07-42102. – V. également : Soc. 08/06/2010 : n° 08-44965 – Soc. 25/01/2011 : n° 09-66179, validant la caractérisant d'un lien de subordination du fait notamment que les gérants « *n'avaient pas de libre exercice de leur activité personnelle dans leurs relations avec la clientèle* » car ils devaient respecter « *un document intitulé "exercices sur le thème accueillir et servir les clients" et contenant les consignes suivantes : être bien coiffé(e), maquillée, rasé, porter des vêtements adaptés à sa clientèle (cravate, chaussures...), porter une blouse propre, accueillir le client en disant "bonjour", en étant souriant, en disant "merci" et "s'il vous plaît", en facilitant l'accès et la sortie du magasin, en proposant ses services, reconnaître le client en allant vers lui, en le questionnant, en mémorisant quelques informations (noms, enfants...), en le re-situant lors d'une prochaine visite, en entretenant les rapports, se rendre disponible vis à vis du client en étant présent physiquement, en l'observant pour déceler ses attentes, en répondant à ses attentes quitte à abandonner sa tâche* ».

<sup>480</sup> Soc. 21/01/2009 : n° 07-18276. – V. également : Soc. 08/06/2010 : n° 08-44965.

<sup>481</sup> Soc. 13/05/2008 : n° 07-40466.

<sup>482</sup> Soc. 15/12/2010 : n° 09-40478.

<sup>483</sup> Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342 (se référer à la citation des motifs de la décision de la cour d'appel dans le deuxième moyen de cassation annexé à l'arrêt).

<sup>484</sup> Rapp. : THREARD (J.), *L'intégration économique du distributeur et le droit*, GP 1979.II.657, p. 657, le distributeur intégré « *assure une politique de vente qui n'est pas la sienne, qu'il subit sans jamais pouvoir l'orienter et encore moins lui substituer une politique qui lui serait personnelle* ».

<sup>485</sup> MENDOZA-CAMINADE (A.), *Droit de la distribution*, Montchrestien, 2011, n° 541, « *il s'agit pour le franchiséur d'imposer au franchisé l'obligation d'exercer son activité dans un lieu visé par les stipulations contractuelles. Toute exploitation depuis un autre emplacement est interdite.* »

<sup>486</sup> Sur la distinction entre horaires de l'unité de distribution et horaire de travail : *infra* n° 547 – Pour une interdiction de fermer plus d'un mois en sus des fermetures hebdomadaires : Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548.

## b - L'existence d'un pouvoir de contrôle

**134. Nécessité du contrôle.** Le contrôle est présenté comme étant de l'essence du contrat d'intégration<sup>487</sup>. Il constitue généralement une obligation du fournisseur dans un réseau, une carence dans le contrôle des membres du réseau pouvant engager sa responsabilité<sup>488</sup>. En effet, ce contrôle est nécessaire à la mise en œuvre de la politique commerciale commune, au maintien et à la cohérence de l'image du réseau mais également, en particulier dans la franchise, à l'évolution du savoir-faire et à l'établissement des redevances.

**135. Clauses de contrôle.** Ainsi, les contrats de franchise ou de concession comportent quasi systématiquement des clauses de contrôle<sup>489</sup> : obligations de communication régulière ou sur demande de différentes informations sur l'exploitation et sa gestion (états comptables<sup>490</sup>, état des stocks, nombre et désignation des produits ou services vendus<sup>491</sup>, statistiques de fréquentation, fichier clients, etc.)<sup>492</sup>, accès direct du fournisseur à ces informations grâce à un système informatique<sup>493</sup>, contrôle préalable de la publicité<sup>494</sup>, information préalable en cas d'écart par rapport aux prix conseillés<sup>495</sup>, droit de visite, d'inspection ou d'audit des installations, possibilité de contrôle de tous les documents comptables, commerciaux, techniques ou financiers<sup>496</sup>, droit de vérification de la qualification du personnel, le cas échéant, en les faisant accompagner par un inspecteur du franchiseur, droit de contrôle des périodes et horaires d'ouverture, obligation d'agrément des partenaires financiers et commerciaux, accord préalable du fournisseur sur la répartition du capital, la cession des parts sociales ou la cession de l'activité, droit d'agrément du cessionnaire, etc.<sup>497</sup>

En vertu de la liberté contractuelle, ces clauses entre professionnels sont, en principe, valables. Il a également été jugé que « le franchiseur doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne » si bien que « les clauses qui organisent le contrôle indispensable à cette fin ne constituent pas [...] des restrictions de la concurrence »<sup>498</sup>.

---

<sup>487</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 407 et les références citées : « les contrats de distribution intégrée comportent par essence un droit de contrôle du fournisseur sur les distributeurs, c'est-à-dire un droit de contrôle de l'exécution de leurs obligations et plus largement de leur entreprise » – PIGASSOU (P.), *op. cit.*, n° 26 s.

<sup>488</sup> Dans ce sens : GRIGNON (P.), *Distribution*, Rép. com., 2004, maj. 2014, n° 85 – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 892 et les références citées. – L'obligation de contrôle dont est débiteur le fournisseur est constatée dans la franchise (FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 725 – DISSAUX (N.), *Franchise*, *op. cit.*, n° 88 – MENDOZA-CAMINADE (A.), *op. cit.*, n° 542 – GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *op. cit.*, n° 177 et 207 – SIMON (F.-L.), *op. cit.*, n° 247 s. – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, *op. cit.*, n° 233 s.) et dans la concession (LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, *op. cit.*, n° 104 s. – CHAMPAUD (C.), *op. cit.*, n° 37 s. – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 943)

<sup>489</sup> BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 889.

<sup>490</sup> Pour une obligation de soumettre la comptabilité au fournisseur : Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548.

<sup>491</sup> Pour une obligation de fourniture quotidienne qu'un état des ventes faites dans la journée pour un concessionnaire : Com. 21/10/1970 : n° 69-14122 ; B. n° 278.

<sup>492</sup> V. par ex. : Comm. CE 17/12/1986 : n° 87/14/CEE, pt 50.

<sup>493</sup> Pour un exemple de système informatique mis en place par un concédant, lui permettant notamment d'extraire l'ensemble du fichier clients du distributeur : Com. 06/05/2008 : n° 06-11968 et 06-12178 ; JCP E 2009, 1479, n° 5, J.-L. Respaud.

<sup>494</sup> CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 22, « comme la publicité contribue à déterminer l'image qu'a le public du signe symbolisant le réseau, la clause qui subordonne toute publicité du franchiseur à l'assentiment du franchiseur est également indispensable à la préservation de l'identité du réseau, pourvu qu'elle ne concerne que la nature de la publicité » – Pour une absence de maîtrise de la publicité dans une concession : Com. 21/10/1970 : n° 69-14122 ; B. n° 278.

<sup>495</sup> V. par ex. : Paris 07/01/2009 : n° 06/13301 (disponible sur *Lexisnexis.com*).

<sup>496</sup> V. par ex. : Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160, « faculté d'audit commercial chaque quadri-trimestre » – Com. 26/10/1999 : n° 97-19026, droit du « concédant d'examiner les lieux d'activité du concessionnaire, ses stocks, contrats et comptes et de contrôler ses équipements et installation ».

<sup>497</sup> Sur ces différentes clauses : SIMON (F.-L.), *op. cit.*, n° 248 – LELOUP (J.-M.), *op. cit.*, n° 1212 s. – EUTEDJIAN (C.), *op. cit.*, n° 187 s. et les contrats annexés – VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 223 s. et les contrats annexés – PIGASSOU (P.), *op. cit.*, n° 32 s. – CHAMPAUD (C.), *op. cit.*, n° 37 s.

<sup>498</sup> CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 17 et 18.

**136. Possibilité de contrôle sans clause.** Par ailleurs, même si des clauses de contrôle ne sont pas expressément stipulées, les unités de distribution étant généralement ouvertes au public, le fournisseur pourra toujours procéder à des visites inopinées, au besoin en recourant à inspecteurs anonymes<sup>499</sup>, pour vérifier que le distributeur exécute correctement ses obligations et ne porte pas atteinte à l'image de l'enseigne et des produits ou services distribués.

Parfois, le fournisseur choisit même d'entrer partiellement au capital de la société distributrice pour bénéficier du droit à l'information et des prérogatives de contrôle attachés à la qualité d'associé et accroître ainsi son contrôle, en particulier si le distributeur dispose d'un point de vente stratégique<sup>500</sup>.

**137. Prise en compte au titre de la subordination juridique.** Ces contrôles peuvent parfaitement caractériser la subordination juridique. Ainsi, ont été retenus comme révélant un pouvoir de contrôle caractéristique d'un lien de subordination, « *la faculté de visiter [l'exploitation] à tout moment pour vérifier le respect des normes* »<sup>501</sup> ou le fait qu'un fournisseur contrôle « *la bonne exécution [de ses directives d'accueil des clients, de promotion, de publicité et de tenue de la comptabilité] en pratiquant des audits et des inspections inopinées* »<sup>502</sup>.

**138. Intensité du contrôle.** De plus, ces contrôles opérés sur les unités des franchisés ou concessionnaires auront, en principe, la même intensité que ceux exercés sur les succursales puisque l'objectif est d'obtenir des conditions de commercialisation conformes à l'image des produits ou services et homogènes sur l'ensemble du territoire<sup>503</sup>. Le client ne doit pas déceler de différence entre une succursale et une unité exploitée en franchise ou concession d'une même enseigne : il doit y retrouver les mêmes produits ou services, la même présentation, les mêmes services accessoires (pouvoir utiliser sa carte de fidélité créée dans un des magasins du réseau, accéder au service après-vente pour un article acquis dans un autre magasin du réseau, etc.) et les prix annoncés sur les publicités nationales (le *prix de vente généralement constaté* ou *prix de vente conseillé*). Pour parvenir à ce résultat, le contrôle devra être strict et permanent<sup>504</sup>.

**139. Conclusion.** Par conséquent, dans la franchise et la concession il existera généralement un contrôle de l'activité du distributeur dont la nature et l'intensité ne sont pas différentes de celui d'un employeur sur le gérant salarié d'une succursale, notamment s'il a la qualité de cadre et dispose ainsi d'une certaine autonomie. Si ce contrôle révèle que les normes du réseau ou la politique commerciale ne sont pas respectées par le distributeur, il débouchera sur des sanctions<sup>505</sup>.

### **c - L'existence d'un pouvoir de sanction**

**140. Pouvoir de rupture du contrat.** Le pouvoir de sanction étant largement entendu par la

---

<sup>499</sup> LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, *op. cit.*, n° 105.

<sup>500</sup> Sur la question : DONDERO (B.), *L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative*, JCP E 2012, 1671, n° 19 s. – CILLERO VALDELVIRA (D.), *La prise de participation de la tête de réseau dans le capital de la société distributrice*, CDE 4/2010, p. 37 s. – V. également : BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Les obstacles à la sortie du franchisé*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4180, n° 25 s. – Pour un exemple : Aut. conc. 03/03/2010, *Carrefour* : n° 10-D08, pt 37 s.

<sup>501</sup> Soc. 21/01/2009 : n° 07-18276.

<sup>502</sup> Soc. 27/03/2008 : n° 07-42102 – V. également : Soc. 13/05/2008 : n° 07-40466, relevant l'existence d'« *inspections* ».

<sup>503</sup> Sur les finalités du contrôle : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 890 – PIGASSOU (P.), *op. cit.*, n° 24 s.

<sup>504</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, *op. cit.*, n° 538, « *le maintien de la cohérence de l'image de marque du réseau passe par un strict contrôle interne, exercé par le franchiseur. Celui-ci doit contrôler en permanence l'activité des membres du réseau, le respect par eux des normes de qualité qui leur sont imposées, des territoires exclusifs lorsqu'ils existent, etc.* »

<sup>505</sup> Sur la question : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 893.

jurisprudence, il est toujours présent, en particulier lorsque le respect des normes et directives découle de la transmission et du respect d'un savoir-faire ou constitue une obligation contractuelle du distributeur. En effet, le fournisseur disposera alors, en cas d'irrespect, d'une panoplie de pouvoirs de sanction unilatéraux : il pourra rompre unilatéralement le contrat en invoquant un comportement grave du débiteur, simplement le résilier s'il est à durée indéterminée, ne pas le renouveler s'il est à durée déterminée<sup>506</sup> ou, le cas échéant, mettre en œuvre une clause pénale ou une clause résolutoire.

Un pouvoir de sanction a ainsi déjà été caractérisé par le fait que des inspections visant à contrôler le respect des normes et standards d'une chaîne soient « suivies de remontrances », de menaces de « représailles » à l'égard de « ceux qui ne respecteraient pas ces instructions » ou « de résiliation du contrat » à l'égard de « ceux qui voudraient être indépendants dans leurs décisions commerciales »<sup>507</sup>. La Cour de cassation a également approuvé une cour d'appel d'avoir jugé qu'« en résiliant le contrat, [un franchiseur] avait fait usage de son pouvoir de sanction » pour admettre la subordination juridique<sup>508</sup>.

**141. Pouvoir latent.** De plus, le pouvoir de sanction, même non exercé effectivement, est souvent présent à l'état de menace. La doctrine a notamment mis en évidence l'importance de cette menace en présence de contrats à durée déterminée. En effet, les contrats de franchise et de concession sont généralement conclus pour une durée déterminée courte (1 à 5 ans)<sup>509</sup> souvent inférieure à la durée nécessaire pour amortir les dépenses et investissements réalisés par le distributeur<sup>510</sup>. Or, la jurisprudence reconnaît au fournisseur un véritable droit au non-renouvellement du contrat, découlant de sa liberté contractuelle<sup>511</sup>. L'exercice de ce droit est très préjudiciable au distributeur et aboutit souvent à la liquidation de son activité<sup>512</sup>. Cette faculté du fournisseur contraint ainsi le distributeur à se soumettre à l'ensemble de ses directives et contrôles<sup>513</sup>. Une menace comparable existe avec la faculté de résiliation unilatérale du contrat de distribution à durée indéterminée, la résiliation pouvant avoir des conséquences tout aussi dramatiques pour le distributeur<sup>514</sup>.

---

<sup>506</sup> *Supra* n° 95 et *infra* n° 671 s.

<sup>507</sup> Soc. 08/06/2010 : n° 08-44965.

<sup>508</sup> Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342.

<sup>509</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, *op. cit.*, n° 643, « les contrats de franchise sont presque systématiquement de durée déterminée. Mieux (ou pire !) cette durée est généralement brève, toute fois moins que dans les contrats de concession. [...] Elle est en moyenne de cinq ans » – EUTEDJIAN (C.), *op. cit.*, n° 170 – CLEMENT (J.-P.), *La Nouvelle Donne Juridique de la Franchise*, GP 1991.II.287, n° 244, « l'expérience démontre que la quasi-totalité des contrats de franchise et de concession (95 à 98 %) sont des contrats à durée déterminée » – Pour des exemples jurisprudentiels de relations de distributions fondées sur une succession de contrats à durée déterminée d'une année : Com. 15/01/2008 : n° 06-14698 ; B. n° 4 – Com. 15/01/2008 : n° 06-17393 – Com. 05/04/1994 : n° 92-17278 ; B. n° 149 – Com. 06/01/1987 : n° 85-16823 ; B. n° 7.

<sup>510</sup> Dans ce sens : BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in Mél. P. le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37 s., p. 41.

<sup>511</sup> *Infra* n° 675 s.

<sup>512</sup> Même si un éventuel abus du droit de ne pas renouveler est constaté, l'indemnisation n'interviendra qu'à l'issue d'une procédure judiciaire parfois longue si bien qu'entre-temps, le distributeur aura fait l'objet d'une liquidation (BEAUCHARD (J.), *op. cit.*, p. 47). Ainsi, dans de nombreux arrêts où le distributeur tente d'obtenir des dommages-intérêts en raison de la fin de son contrat, on constate que le liquidateur est à l'origine de l'action (voir par exemple : Com. 09/10/2007 : JCP 2007.II.10211, N. Dissaux ; CCC 2007, 298, M. Malaurie-Vignal ; D. 2008, 388, D. Ferrier ; RTD civ. 2008, 119, P.-Y. Gautier ; RJDA 4/08, 355, H. Kenfack ; RLDA 22/07, 41, D. Ferré et E. Debert)

<sup>513</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, *op. cit.*, n° 642, « la possibilité de ne pas renouveler le contrat est une prérogative très privée des franchiseurs ; la menace, toujours brandie ou sous-entendue, de ne pas renouveler permet, le cas échéant, de se débarrasser d'un partenaire [...] trop indépendant » – CHAMPAUD (C.), *op. cit.*, n° 13 s., une « menace latente de non-renouvellement » condamne le distributeur à « perdre son autonomie économique et conséquemment son indépendance juridique » puisque « sous l'empire de la crainte du non-renouvellement, [il] va accepter les clauses les plus draconiennes » – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 465 s. – FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 305 – THREARD (J.), *L'intégration économique du distributeur et le droit*, GP 1979.II.657, p. 658.

<sup>514</sup> Dans ce sens : GUYENOT (J.), *Les contrats de concession commerciale*, *op. cit.*, n° 394 s., « il suffit au concédant de faire simplement apparaître l'éventualité de la rupture ou du non-renouvellement du contrat, pour que le concessionnaire qui en mesure aussitôt les conséquences, engage son activité dans la voie tracée par les directives permanentes du concédant ».

## CONCLUSION

**142. Présence des pouvoirs de la subordination juridique.** Finalement, dans la franchise ou la concession, tant l'*instrumentum* que les conditions réelles d'exercice de l'activité de distribution peuvent faire apparaître que le fournisseur dispose de pouvoirs de direction, contrôle et sanction ayant la même nature<sup>515</sup> et intensité que ceux d'un employeur<sup>516</sup> et qui privent corrélativement le distributeur de son autonomie de gestion<sup>517</sup>. L'activité de ce dernier consistera à mettre en œuvre, dans l'unité de distribution dont il a la charge, les directives du fournisseur, sous son contrôle et sous la sanction d'une rupture de la relation. Il sera ainsi parfois impossible de distinguer le gérant d'une unité franchisée et le gérant salarié d'une succursale d'un même fournisseur. Cela est d'autant plus vrai que le Code du travail reconnaît que le salarié – et *a fortiori* le gérant salarié – peut disposer d'une autonomie à la fois dans la fixation des horaires et dans le mode d'organisation de son travail<sup>518</sup>. Par ailleurs, si la subordination juridique est caractérisée, l'exercice sous forme sociale et une immatriculation ou inscription comme indépendant ne feront pas obstacle à la reconnaissance de contrats de travail liant le fournisseur et les gérants<sup>519</sup>.

**143. Échange d'une liberté contre une sécurité.** Le distributeur renonce souvent volontairement à son autonomie commerciale et de gestion. Il entend, en effet, tirer profit de l'image du fournisseur, de la notoriété de ses signes distinctifs, de ses produits ou services et de son expérience dans la gestion d'une unité de distribution et dans la définition d'une stratégie commerciale. Il entend également tirer du réseau une force lui permettant de mieux affronter la concurrence<sup>520</sup>. C'est particulièrement le cas dans la franchise puisque le savoir-faire et l'assistance du franchiseur sont des éléments essentiels du contrat<sup>521</sup>.

À l'instar du salarié qui échange sa liberté contre la sécurité de ses revenus, le franchisé abandonne sa liberté pour sécuriser son investissement en bénéficiant de l'expérience du franchiseur, de la notoriété de ses signes distinctifs et des produits et services qui ont fait sa réussite et celle des membres de son réseau.

**144. Refus de la qualification en subordination juridique.** Cependant, malgré cette économie de la relation se rapprochant de celle du contrat de travail et la présence de pouvoirs de direction, contrôle et sanction caractérisant une subordination juridique, celle-ci est rarement admise. Ainsi, la doctrine n'ignore pas la subordination du distributeur mais refuse de la qualifier de subordination juridique, préférant les

---

<sup>515</sup> Dans ce sens : LICARI (F.-X.), *op. cit.*, p. 86, « entre la "sujétion parfaite" du salarié et la "sujétion imparfaite" du distributeur intégré, nous pensons qu'il n'y a pas de différence de nature » mais une différence de degré.

<sup>516</sup> Dans ce sens : DE BOUARD (F.), *op. cit.*, n° 154 s. – FARJAT (G.), *op. cit.*, 1982, p. 283, « le concédant peut s'assurer une subordination économique aussi étroite sur ses concessionnaires que sur des salariés » – Rapp. : JAMIN (C.), *Clause de non-concurrence et contrat de franchise*, D. 2003, p. 2878 s., n° 4, « tout comme l'employeur exerce un pouvoir hiérarchique sur les salariés, le franchiseur gouverne le réseau de franchisés ».

<sup>517</sup> Dans le cadre du contentieux du droit au renouvellement du bail commercial, la jurisprudence avait constaté l'absence d'autonomie de gestion de différents concessionnaires ou franchisés avant de déplacer le débat sur un autre terrain (*infra* n° 426 s.) – V. par ex. : TGI Evry 09/12/1993 : GP 1994.I.207, P. Belot ; D. 1995, 154, L. Rozes ; JCP 1995.II.443, J. Monéger, jugeant pour un franchisé que « son autonomie est à peu près réduite à néant ; contraint de respecter en tout les normes du franchiseur il n'est pas en mesure de développer une clientèle autonome ».

<sup>518</sup> *Supra* n° 91.

<sup>519</sup> Cela a été expressément admis pour la franchise : Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342 – Par ailleurs, la condition d'existence d'un *intuitu personae* entre le fournisseur et les gérants (*supra* n° 81) est quasi-systématiquement remplie dans la franchise et la concession, les parties le stipulant généralement et la jurisprudence reconnaissant ce caractère à ces contrats (*infra* n° 840).

<sup>520</sup> Dans ce sens : THREARD (J.), *L'intégration économique du distributeur et le droit*, GP 1979.II.657, p. 660 – PIGASSOU (P.), *La distribution intégrée*, RTD com. 1980, p. 473 s., n° 25 – Sur les intérêts des contrats d'intégration pour l'intégré : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, *op. cit.*, n° 281 s. – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 127.

<sup>521</sup> Dans ce sens : Com. 09/10/1990 : n° 89-13384 ; RTD civ. 1991, 325, J. Mestre, nullité pour absence de cause tirée de l'absence de savoir-faire transmis – Com. 19/02/1991 : n° 88-19809 ; D. 1992, 391, D. Ferrier, résolution pour défaut dans la transmission du savoir-faire et l'assistance.

termes d'« assujettissement »<sup>522</sup>, de « subordination professionnelle »<sup>523</sup>, de « subordination commerciale »<sup>524</sup> ou encore de « subordination économique »<sup>525</sup>. Les contrats de distribution ne sont donc pas qualifiés de contrats de travail mais de « contrats de commandement ou de subordination »<sup>526</sup>, de « contrats d'intégration ou de dépendance »<sup>527</sup> ou encore d'« instrument[s] de vassalité économique »<sup>528</sup> et d'« allégeance »<sup>529</sup>. La franchise a notamment été qualifiée de « type achevé du contrat "de dépendance" »<sup>530</sup>.

## 2 – Les arguments de l'exclusion de la subordination juridique

**145. Constats et plan.** Les franchisés et concessionnaires étant soumis à un pouvoir de direction, contrôle et sanction de la part du fournisseur ayant souvent la même nature et intensité que celui exercé par un employeur sur un cadre salarié, il serait possible de caractériser des contrats de travail de droit commun. L'existence d'un contrat de travail dans ces hypothèses est pourtant très majoritairement rejetée par la jurisprudence et la doctrine qui retiennent une appréciation spécifique et restrictive de la subordination juridique (a) ou se focalisent sur les indices d'indépendance (b). Cette appréciation de la subordination juridique et le recours aux indices d'indépendance en dépit de l'existence d'un pouvoir de direction, contrôle et sanction aboutissent alors à des situations incertaines et incohérentes.

### a - L'appréciation spécifique et restrictive de la subordination juridique

**146. Présentation.** Les franchisés et concessionnaires sont généralement présentés comme des commerçants indépendants et autonomes<sup>531</sup>. L'indépendance serait consubstantielle à ces qualifications<sup>532</sup> et

<sup>522</sup> MOUSSERON (J.-M.) et autres, *Droit de la distribution*, BDE, t. 4, Libr. tech., 1975, n° 327, constatant l'existence de « sujétions de gestion » qui place le distributeur « dans un véritable état d'intégration économique par rapport au fabricant ».

<sup>523</sup> VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 216 s. – THREARD (J.), *La distribution de produits de marque et le concessionnaire*, GP 1975.II.30, p. 32 s.

<sup>524</sup> CHAMPAUD (C.), *op. cit.*, n° 38.

<sup>525</sup> GUYON (Y.), *op. cit.*, n° 816 et 827 – EUTEDJIAN (C.), *op. cit.*, n° 153 s. – THREARD (J.), *L'intégration économique...*, *op. cit.*, p. 659 – THREARD (J.), *La distribution de produits de marque et le concessionnaire*, *op. cit.*, p. 32 s. – FARJAT (G.), *Droit économique*, *op. cit.*, p. 283.

<sup>526</sup> LICARI (F.-X.), *op. cit.*, p. 84 s.

<sup>527</sup> GUYON (Y.), *op. cit.*, n° 816 – Qualifiant la franchise ou la concession de contrat de dépendance : GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *op. cit.*, n° 56 – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, *op. cit.*, n° 296 et 416 – VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 47 s. – FARJAT (G.), *Droit économique*, *op. cit.*, p. 283 s.

<sup>528</sup> CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mél. G. Marty, Univ. Toulouse, 1978, p. 233 s., n° 8 – JAMIN (C.), *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 603 s., p. 668, « une comparaison attentive entre le contrat féodal et nombre de contrats-organisation pourrait peut-être démontrer l'existence d'un lien entre ces deux types de structures contractuelles. Il ne s'agit certes plus d'attribuer un fief (bien que certains contrats confèrent une exclusivité territoriale...), mais la nature du lien vassalique demeure à peu près la même : « les contrats de dépendance » ont d'un certain point de vue succédé aux "hommes libres en dépendance" » – DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 18, « l'entreprise qui fait le choix de la concentration contractuelle doit [...] associé à sa filière productive des vassaux fiables, obéissants et diligents » – Comp. : SUPLOT (A.), *La contractualisation de la société*, in *Qu'est ce que l'humain ? Université de tous les savoirs*, dir. Y. Michaud, vol. 2, O. Jacob, 2000, p. 157 s., p. 165, constatant une « reféodalisation de la société » notamment dans les rapports de distribution.

<sup>529</sup> SUPLOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s., p. 132.

<sup>530</sup> LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Franchise*..., *op. cit.*, n° 10.

<sup>531</sup> Sur l'affirmation de l'indépendance des franchisés et concessionnaires : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 233 – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 547 et 727 – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *op. cit.*, n° 418 – GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *op. cit.*, n° 87 – LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, *op. cit.*, n° 151 – SIMON (F.-L.), *op. cit.*, n° 11 s. et 52 – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, *op. cit.*, n° 308 s. et 416 – LELOUP (J.-M.), *La franchise*, *op. cit.*, n° 1201 – Le Code de déontologie européen de la franchise expose que la franchise est « un système de commercialisation de produit et/ou de services de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes » (<http://www.franchise-fff.com/base-documentaire/finish/206/318.html>, consulté le 03/04/2015, art.1) et précise que « le franchisé est responsable des moyens humains et financiers qu'il engage et responsable, à l'égard des tiers, des actes accomplis dans le cadre de l'exploitation de la franchise. Il a une obligation de collaborer loyalement à la réussite du réseau auquel il a adhéré, en toute indépendance à l'exclusion de tout lien de subordination à l'égard du franchiseur » (Annexe 1).

<sup>532</sup> Rappr. : Soc. 10/11/1988 : n° 85-44419, une personne avait répondu à une annonce d'emploi mais, aucune rémunération n'ayant été perçue, avait envoyé une lettre de démission de ses fonctions de « démarcheur franchisé » si bien que la compétence de la juridiction



la réglementation impose même au franchisé d'afficher clairement sa qualité d'entreprise indépendante<sup>533</sup>.

De fait, il existe chez les franchisés et concessionnaires un réel sentiment d'indépendance<sup>534</sup> issu notamment du fait qu'ils ont personnellement investi dans leur activité, sont rémunérés par leurs profits, se sont immatriculés comme des commerçants et se sont affiliés au régime social des indépendants. Ils se perçoivent comme des entrepreneurs, des chefs d'entreprises et non comme des salariés.

En raison de cette présentation et de ce sentiment d'indépendance, la remise en cause des contrats de franchise ou de concession passe généralement par des actions en nullité pour erreur, dol<sup>535</sup> ou absence de cause<sup>536</sup> ou en résolution pour mauvaise exécution<sup>537</sup> devant les juridictions commerciales plutôt que par des actions en requalification devant les conseils de prud'hommes. Par ailleurs, lorsque l'application du droit du travail est envisagée, elle est parfois demandée à travers le statut de gérant de succursale<sup>538</sup>. Le contentieux de la (re)qualification en contrat de travail de droit commun est ainsi rare devant la Cour de cassation<sup>539</sup>.

L'étude de la jurisprudence disponible et de la doctrine sur la question révèle que différents raisonnements sont développés pour exclure l'existence d'une subordination juridique de ces distributeurs<sup>540</sup>.

**147. Exclusion des contraintes inhérentes à l'activité.** Le premier raisonnement consiste à considérer que les contraintes liées à la franchise ou à la concession sont inhérentes à ces contrats.

**Exemple.** Ainsi, dans une affaire soumise à la Cour de cassation en 2007, un hôtel avait été ouvert sous la forme d'une franchise *Etap Hôtel*. Le franchisé avait confié la gestion de l'hôtel à un gérant-mandataire, lui imposant donc de respecter les prescriptions du contrat de franchise et annexant notamment au contrat de gérance « le livret *"normes et procédures de gestion des hôtels de la chaîne Etap Hôtel"* ». Le gérant avait demandé la requalification de la gérance-mandat en contrat de travail en soutenant que ce livret qu'il devait respecter comportait « des directives précises quant au produit, aux horaires d'accueil, à la politique de prix, ainsi qu'à des procédures déterminées quant à la comptabilité et aux finances et à l'obligation de fournitures dans des magasins référencés ». La cour d'appel a rejeté l'existence d'un lien de subordination en jugeant que ces « nombreuses contraintes » n'avaient « toutefois pas dépassé le cadre des prescriptions résultant directement de la convention de franchise » et s'analysaient, non en « l'expression d'un pouvoir

---

prud'homale était contestée. La Cour de cassation juge « que c'est par une interprétation nécessaire des termes ambigus de la lettre de démission de M. Z... que la cour d'appel a estimé que l'expression "franchisé" n'avait pas le sens "d'indépendant" ».

<sup>533</sup> C. com. art. A. 441-1 « toute personne vendant des produits ou fournissant des services, liée par un accord de franchise à un franchiseur, informe le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente ».

<sup>534</sup> Dans ce sens : LICARI (F.-X.), *op. cit.*, p. 125, note 533, faisant état de sondages d'opinion ayant révélé que la quasi-totalité des franchisés interrogés se considéraient comme de véritables commerçants, indépendants des franchiseurs.

<sup>535</sup> Notamment pour manquement à une obligation d'information précontractuelle : *infra* n° 500.

<sup>536</sup> V. par ex. : Com. 09/10/1990 : n° 89-13384 ; RTD civ. 1991, 325, J. Mestre.

<sup>537</sup> V. par ex. : Com. 19/02/1991 : n° 88-19809 ; D. 1992, 391, D. Ferrier.

<sup>538</sup> *Infra* n° 220 s.

<sup>539</sup> Une recherche sur la base *Legifrance*, le 01/05/15, sans limite temporelle, dans le texte intégral des arrêts de la Cour de cassation des termes « franchise » et « lien de subordination » donne 56 résultats dont seulement 7 pertinents portant sur la caractérisation d'un lien de subordination dans une relation de franchise pour retenir l'existence d'un contrat de travail de droit commun (Soc. 23/09/2014 : n° 13-17847 – Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342 – Soc. 22/03/2007 : n° 05-45434 – Crim. 27/11/2001 : n° 01-83767 – Soc. 18/07/2001 : n° 98-40307 – Crim. 31/03/1998 : n° 97-82979 – Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548). Par ailleurs, parmi les 56 résultats, 3 concernent la question de la requalification en contrat de travail d'un contrat de gérance-mandat incluant le respect des normes d'un contrat de franchise liant le mandant (Soc. 06/06/2007 : n° 06-42951 – Soc. 10/05/2006 : n° 04-44759 – Soc. 23/11/2005 : n° 04-40749) et un la question de la requalification d'un agent commercial dans cette situation (Soc. 19/01/2012 : n° 10-23653). Une recherche de « concession » et « lien de subordination » donne 22 résultats dont un seul pertinent (Com. 21/10/1970 : n° 69-14122 ; B. n° 278) – Le contentieux serait cependant plus abondant devant les juridictions du fonds (SIMON (F.-L.), *op. cit.*, n° 52).

<sup>540</sup> Sur la question, voir notamment : ROSA (F.), *Les actes de réglementation privée*, thèse Paris 1, 2011, n° 1097 s., mettant en évidence une « rétractation de la notion de subordination juridique » pour les contrats de distribution.

hiérarchique » mais « en recommandations visant à transmettre les moyens de la réussite commerciale du franchiseur ». La Cour de cassation approuva la cour d'appel en jugeant qu'elle avait pu en déduire l'absence d'état de subordination du fait notamment « que les limites apportées à l'autonomie de gestion de la société mandataire étaient inhérentes à la convention de franchise qu'elle devait respecter »<sup>541</sup>.

**Critique.** Ce raisonnement est critiquable car on comprend mal en quoi le fait que le pouvoir de direction, contrôle et sanction soit inhérent à une convention particulière s'oppose à la caractérisation de la subordination juridique. La Cour de cassation rappelle régulièrement que la volonté exprimée par les parties et la dénomination de leur convention ne fait pas obstacle à la caractérisation d'un contrat de travail<sup>542</sup>. Elle ne peut donc tirer argument du fait que les contraintes portant sur l'activité résultent d'un contrat de franchise pour les exclure de l'analyse. Si ces contraintes sont inhérentes à la franchise et caractérisent une subordination juridique, il faudrait logiquement en conclure que la franchise est un contrat de travail<sup>543</sup>.

L'appréciation du lien de subordination apparaît donc parfois différente lorsque la convention en cause est un contrat de franchise. Il semble exister dans l'esprit des juges un présupposé selon lequel le contrat est soit un contrat de travail, soit un contrat de franchise et que les deux qualifications seraient incompatibles, s'excluraient l'une, l'autre<sup>544</sup>. De même, la doctrine évoque généralement un risque de « *requalification* »<sup>545</sup> et non simplement d'application du droit du travail, ce qui impliquerait que le contrat perde sa qualification de franchise au profit de celle de contrat de travail. Or, en jurisprudence, comme en doctrine, la qualification de contrat de franchise est souvent présentée comme découlant de la réunion de trois éléments caractéristiques (la mise à disposition d'un signe distinctif, la transmission d'un savoir-faire et une obligation d'assistance)<sup>546</sup> qui ne sont pas, en eux-mêmes, incompatibles avec un contrat de travail.

En réalité, la doctrine et la jurisprudence ne raisonnent pas par rapport à la définition juridique qu'ils donnent de la franchise mais au modèle économique sous-tendant ce mode de distribution et qui suppose que le franchisé soit considéré comme un indépendant afin qu'il réalise lui-même les investissements, coure les risques de l'exploitation et de l'entreprise mais que le franchiseur puisse organiser cette exploitation conformément à son savoir-faire, à l'image associée à ses signes distinctifs et aux impératifs d'homogénéité

---

<sup>541</sup> Soc. 06/06/2007 : n° 06-42951 – V. également : Com. 03/05/1995 : n° 93-12981 ; JCP E 1995.II.748, L. Leveneur ; D. 1997, 10, L. Amiel-Cosme, la cour d'appel « *n'avait pas à rechercher, le contrat n'étant pas un contrat de franchise, si les obligations incombant à la société Bata dépassaient celles d'un franchiseur en vue d'assurer l'unité de son réseau* » – Soc. 12/02/2014 : n° 12-27089, la cour d'appel, dont l'arrêt est validé, a jugé que le distributeur avait « *accepté des obligations excédant celles normalement souscrites dans le cadre d'un contrat de franchise* ».

<sup>542</sup> *Supra* n° 76 s.

<sup>543</sup> Dans deux arrêts antérieurs concernant des cas similaires, la Cour de cassation avait d'ailleurs reproché à des cours d'appel de ne pas avoir recherché si les gérants n'étaient pas tenus par les normes et directives du livret d'exploitation de façon impérative alors même que les juges du fond avaient constaté que l'obligation de se conformer à ces normes et directives « *était justifiée par la nécessité de présenter à la clientèle une bonne image de marque commerciale et d'offrir les mêmes services* » (Soc. 10/05/2006 : n° 04-44759) ou relevaient de la « *poursuite d'un objectif de standardisation propre au fonctionnement d'un réseau, tant en ce qui concerne la fourniture des prestations de façon à maintenir l'image de marque de l'enseigne, que des moyens de gestion, dans un but de rationalisation, d'économie et de productivité de l'enseigne dans son ensemble* » (Soc. 23/11/2005 : n° 04-40749).

<sup>544</sup> La réglementation part du même présupposé en prescrivant que « *Toute personne vendant des produits ou fournissant des services, liée par un accord de franchise à un franchiseur, informe le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente* » (C. com. art. A. 441-1).

<sup>545</sup> V. par ex. : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 234 – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 742 – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), op. cit., n° 423 – MENDOZA-CAMINADE (A.), op. cit., n° 536 – GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), op. cit., n° 92 – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), op. cit., n° 401.

<sup>546</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « franchise », « contrat [...] en vertu duquel une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une personne nommée franchisé, à le faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir, le franchisé engageant en retour à exploiter le savoir-faire, utiliser la marque et éventuellement s'approvisionner auprès du franchiseur » – V. également : GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), op. cit., n° 58 s. – GUYON (Y.), op. cit., n° 835 –

de son réseau<sup>547</sup>. L'appréciation de la subordination du franchisé passe par ce prisme. Ainsi, la jurisprudence considère que les pouvoirs de direction, contrôle et sanction d'un franchiseur ne caractérisent pas, en eux-mêmes, un lien de subordination<sup>548</sup>. Elle ne sera donc encline à appliquer le droit du travail que si les contraintes imposées au franchisé dépassent celles *inhérentes au contrat de franchise*. Ce raisonnement, partagé par une partie de la doctrine, peut être étendu aux autres contrats de distribution : les normes de commercialisation et leur contrôle sont inhérents à la concession<sup>549</sup>, les normes de sélection et leur contrôle sont inhérents à la distribution sélective et plus généralement à toute intégration à un réseau.

Le raisonnement est donc inversé ou déplacé, il n'est pas recherché l'existence d'une subordination juridique mais si les contraintes imposées au distributeur dépassent celles acceptables dans le cadre d'un contrat de franchise ou de concession.

Or, déterminer ces contraintes acceptables relève de la gageure. Elles ne sont définies ni par la loi, ni par la jurisprudence et peuvent potentiellement être très importantes<sup>550</sup> puisque l'objectif de l'intégration est d'uniformiser le réseau pour que le consommateur ne distingue pas une unité franchisée d'une succursale. Toutes les caractéristiques de l'exploitation peuvent ainsi être concernées par les normes du fournisseur.

En doctrine, la question des contraintes acceptables est rarement abordée de façon précise<sup>551</sup>, les auteurs

---

<sup>547</sup> *Supra* n° 130 s.

<sup>548</sup> Soc. 22/03/2007 : n° 05-45434, une cour d'appel avait caractérisé un lien de subordination en retenant « *que les circonstances qui ont entouré l'entrée [du distributeur] dans le fonds de commerce et la conclusion d'un contrat de franchise révèlent une autorité hiérarchique, autrement dit un lien de subordination, qui relève du droit du travail et qui est encore accru par les conditions du contrat de franchise Shopi, par lequel la société Prodim assume de nombreuses tâches afférentes à l'exploitation du commerce Shopi* », la Cour de cassation la censure au motif qu'« *il ne résulte de ses constatations, ni que M. X... était soumis, dans l'exécution de son travail, à l'autorité d'un employeur ayant le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements, ni que ses conditions de travail étaient unilatéralement déterminées par le franchiseur, dans le cadre d'un service organisé* » – V. aussi : Soc. 12/09/2014 : n° 13-17847, « *la relation suivie, nécessaire entre le franchiseur et le franchisé pour promouvoir leur réussite commune, ne caractérisait pas un lien de subordination juridique* » – Dijon 30/06/2005 : JurisData n° 2005-283427, « *l'obligation faite [au franchisé] de respecter les normes voulues par le franchiseur ne caractérise pas un lien de subordination* » et « *le réassort automatique en matière de prêt-à-porter ne caractérise pas une perte d'autonomie économique* ».

<sup>549</sup> V. par ex. : Com. 09/10/1997 : n° 95-43505, approuvant la cour d'appel d'avoir jugé que « *si le contrat soumettait M. X... à certaines obligations, celles-ci étaient inhérentes à la nature du contrat de concession* » – V. également : Com. 21/10/1970 : n° 69-14122 ; B. n° 278, reprochant à une cour d'appel d'avoir caractérisé un lien de subordination pour un concessionnaire en « *relevant seulement des sujétions mises à sa charge en sa qualité de concessionnaire et qui constituaient la contrepartie de l'exclusivité qui lui était accordée pour un secteur délimité* ».

<sup>550</sup> V. par ex. : Dijon 21/03/2013 : JurisData n° 2013-009319, jugeant que le « *contrat de franchise permet à une société, qui a le rôle de franchiseur, d'une part, d'accorder à un travailleur indépendant, franchisé, l'utilisation d'un nom, d'une enseigne, d'une présentation, d'un savoir faire, d'autre part, de fournir à celui-ci assistance et conseil avec droit de contrôler l'usage des éléments mis à disposition mais exploités de manière indépendante et pour son propre compte par le franchisé* » et ainsi qu'en donnant des avis sur les types de contrats et les qualités des candidats pour le recrutement du personnel du franchisé, en rédigeant les contrats de travail et en validant les feuilles de paye, en donnant des « *conseils utiles en matière de sanction disciplinaire ou de règles de sécurité* », en examinant les projets du franchisé, en vérifiant « *la régularité de la chaîne de sous-traitance vis-à-vis des administrations fiscales et sociale* », en exerçant « *des contrôles très rigoureux sur les processus d'intervention et de facturation concernant des partenaires de niveau national [...]* dans le cadre de contrats négociés par [lui] et à l'exécution desquels participent les franchisés », le franchiseur ne s'est pas « *comporté en employeur* » et n'a pas « *dépassé son rôle de franchiseur qui doit s'impliquer pour faire respecter par le franchisé les obligations prises envers la clientèle et protéger son image cédée aux franchisés* », que le franchisé n'a pas « *perdu toute liberté d'action en utilisant le contrat de franchise pour accéder aux services juridiques, comptables du franchiseur, pour se reposer sur l'expérience de ce dernier en matière de marketing ou d'analyse économique, pour bénéficier de l'exclusivité de la marque dans son secteur ou des retombées de marchés d'envergure nationale* » et que les sanctions évoquées dans certains courriels « *ne relèvent pas du pouvoir disciplinaire d'un employeur mais concernent les conséquences du non respect des objectifs sur le contrat de partenariat* ». – La Cour de cassation a approuvé l'arrêt (Soc. 12/09/2014 : n° 13-17847) en jugeant que « *la cour d'appel a pu en déduire que la relation suivie, nécessaire entre le franchiseur et le franchisé pour promouvoir leur réussite commune, ne caractérisait pas un lien de subordination juridique* ».

<sup>551</sup> V. par ex. : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 234, se contentant d'indiquer que « *le fournisseur doit exercer un contrôle de ses distributeurs pour que soit assurée une police du réseau et protégée l'image de marque* » et que « *si le distributeur est sous la dépendance juridique de son fournisseur, le contrat est qualifié en contrat de travail* » sans aucun développement sur les éléments caractérisant cette dépendance juridique – MENDOZA-CAMINADE (A.), *op. cit.*, n° 536, se contentant d'énoncer que « *le franchisé peut se trouver dans une situation de dépendance à l'égard du franchiseur qui écarte la qualité de commerçant et conduit à une requalification du contrat de franchise en contrat de travail : le franchisé a la qualité de salarié du franchiseur lorsqu'il est tenu de suivre les instructions données par ce dernier et qui caractérisent l'état de subordination du franchisé à l'égard du franchiseur* » – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 426 s., n'abordant que deux contraintes excessives : le contrôle par le fournisseur du recrutement du personnel du distributeur et la maîtrise des prix de revente.

sont divisés<sup>552</sup> et les raisonnements semblent parfois confus ou contradictoires<sup>553</sup>. Ainsi, par exemple, Messieurs Ferrier exposent des indices de qualification du distributeur salarié qui correspondent quasi exactement aux contraintes pouvant être imposées au franchisé qu'ils présentent pourtant comme un « entrepreneur autonome » qui « doit être considéré comme un commerçant indépendant »<sup>554</sup>. De même, une partie de la doctrine soutient que l'imposition des prix serait un indice de subordination<sup>555</sup>, « l'archétype du contrôle excessif »<sup>556</sup> et donc un élément « décisif » pour la requalification<sup>557</sup>. Or, la validité de la clause d'imposition des prix dépend de la qualification du contrat : s'il s'agit d'un contrat de travail, l'imposition des prix est valable, s'il s'agit d'un contrat de franchise ou de concession fondé sur la revente, la clause sera nulle, voire l'accord tout entier, en application du droit de la concurrence<sup>558</sup>.

**148. Distinction des sujétions commerciales et des sujétions non commerciales.** Dans le prolongement du raisonnement précédent, la doctrine et la jurisprudence distinguent parfois les sujétions selon leur nature ou objet.

Ainsi, pour caractériser le lien de subordination, il n'y aurait pas lieu de considérer les sujétions portant sur l'aspect commercial de l'activité<sup>559</sup>. Par exemple, il a été jugé que l'interdiction de changer la nature du

<sup>552</sup> Par exemple, Monsieur Simon retient comme indice de subordination les horaires imposés (SIMON (F.-L.), *op. cit.*, n° 54) et Monsieur le Tourneau les « horaires d'ouvertures imposés » (LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Franchisage...*, *op. cit.*, n° 122) alors que Madame Béhar-Touchais et Monsieur Virassamy les excluent (BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 426).

<sup>553</sup> V. par ex. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, exposant successivement que « l'indépendance du franchisé peut [...] être discutée lorsque le franchiseur est un commettant qui fait commercialiser des produits par le franchisé en qualité de commissionnaire, ou [...] lorsque le franchiseur est bailleur du fonds de commerce donné en location-gérance au franchisé » (n° 727) ou encore « lorsque le franchiseur est associé de la société exploitant la franchise » (n° 728) et que « les obligations mises à la charge du franchisé ne sauraient en elles-mêmes le priver de son indépendance commerciale » mais qu'« elles peuvent cependant le priver de réelle autonomie dans la conduite de l'activité franchisée et donc le placer dans un état de subordination justifiant la requalification du franchisé en salarié » (n° 742) – LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Franchisage...*, *op. cit.*, n° 133, « bien que soumis à de nombreux contrôles et à une domination économique de fait, le franchisé reste juridiquement indépendant ».

<sup>554</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, les auteurs exposent d'une part qu'« est considéré comme salarié le diffuseur qui est soumis à de fortes contraintes de la part du fournisseur » et que « le juge déduit cette situation de la combinaison d'indices, parfois même retenus isolément, tels que l'obligation d'utiliser les moyens matériels mis à sa disposition par l'entreprise, d'appliquer strictement les normes d'activité fixées par le fournisseur, de rendre compte quotidiennement, de ne pas intervenir pour tout autre fournisseur » (n° 74). Ils exposent, d'autre part, que « le franchisé est un entrepreneur autonome [...] [qui] doit être considéré comme un commerçant indépendant » (n° 727) mais « peut être tenu de n'utiliser pour l'activité franchisée que du matériel ou des équipements préconisés par le franchiseur [...] et [...] de les acquérir auprès [de lui] » (n° 735), « doit commercialiser les produits dans les conditions fixées par le franchiseur » (n° 738), « est tenu d'informer le franchiseur sur son activité notamment pour permettre l'exercice du devoir de contrôle sur l'application des normes » (n° 741), « peut être tenu de s'approvisionner exclusivement en produits du franchiseur » (n° 711) et « de ne pas exercer une activité autre que celle correspondant à la franchise » (n° 734). Par ailleurs, au regard du droit du travail, la question ne devrait pas être de savoir si le franchisé doit être considéré comme un indépendant mais si les conditions d'exercice de son activité révèlent un état de subordination.

<sup>555</sup> Dans ce sens : GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *op. cit.*, n° 92 – SIMON (F.-L.), *op. cit.*, n° 54 – Rappr. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 547.

<sup>556</sup> BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 428.

<sup>557</sup> LICARI (F.-X.), *op. cit.*, p. 133. – La jurisprudence est moins catégorique. Prenant en compte l'obligation d'appliquer un tarif : Soc. 18/07/2001 : n° 98-40307 – Se limitant à une liberté partielle de fixation des prix pour retenir l'indépendance : Soc. 25/06/1998 : n° 96-22539, « si la société imposait les prix de revente des produits pétroliers dont elle était le fournisseur exclusif, les prix des autres produits et prestations proposés dans la station-service échappaient à son contrôle et à ses directives ; [...] la cour d'appel a pu en déduire que M. X..., qui exerçait son activité de gérant en toute indépendance dans les locaux mis à sa disposition par la société Fina, n'était pas placé dans un lien de subordination ». – V. également : Soc. 19/06/2013 : n° 12-17913, citée *infra* note n° 562..

<sup>558</sup> *Infra* n° 235.

<sup>559</sup> La loi a consacré ce raisonnement pour les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire en précisant que « la clause de fourniture exclusive avec vente à prix imposé est une modalité commerciale qui ne modifie pas la nature du contrat » (C. trav. art. L. 7322-2, al. 2) et pour les gérants-mandataires en prévoyant que « les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué » sont des « clauses commerciales » qui ne « sont pas de nature à modifier la nature du contrat » (C. com. art. L. 146-1, al. 2) – Sur ces questions : *infra* n° 207 s. et n° 265.

Un raisonnement comparable est tenu à propos des chauffeurs locataires de taxis, la Cour de cassation distinguant entre « le pouvoir de donner des ordres et des directives, relatifs [...] au seul matériel objet du contrat de location » et le pouvoir relatif « à l'exercice du travail lui-même » (Soc. 01/12/2005 : n° 05-43031 ; B. n° 349 – Soc. 17/09/2008 : n° 07-43265 et 07-432267 ; JCP S 2008, 1580, C. Puigelier – Soc. 30/11/2011 : n° 11-10688 et 11-11173 – V. également : Soc. 05/05/2010 : n° 08-45323 – Antérieurement : Soc. 19/12/2000, *Labbane* : n° 98-40572 ; B. n° 437 ; DS 2001, 227, A. Jemmaud ; DO 2001, 241, A. de Senga) – *Contra* : Soc. 12/01/2011 : n° 09-66982 – Sur la question : PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 96 s.

commerce, l'imposition de périodes d'ouverture<sup>560</sup> ou encore l'existence d'un réassort automatique<sup>561</sup> ne pouvaient caractériser un lien de subordination pour un franchisé. La Cour de cassation a même jugé que le fait pour un gérant de n'avoir « aucune réelle autonomie de direction, de gestion et d'organisation », de devoir « diriger personnellement », « respecter scrupuleusement les procédures et instructions, y compris publicitaires » et des « objectifs fixés » par le fournisseur, de ne pouvoir « mener une politique personnelle en matière de prix, de remise ou de cadeaux » (« l'ensemble des prix étant imposés »), de devoir « informer et rendre compte de son chiffre d'affaires », de se soumettre à des contrôles détaillés portant sur l'exploitation (« contrôle de l'espace et de ses composantes, dans ses détails pratiques, y compris propreté, confort, hygiène, ambiance... », « contrôle des paramètres d'exploitation », « contrôle de la qualité de l'ambiance, de la vente, de la tenue de caisse, du respect de l'image et de la marque, de l'accueil et du comportement, des techniques de vente et des conseils ») et de soumettre son personnel à des bilans de compétence réalisés par le fournisseur, étaient des motifs « décrivant une dépendance économique impropres à caractériser un lien de subordination juridique »<sup>562</sup>.

A ces contraintes sur les conditions commerciales de l'activité s'opposeraient les contraintes portant sur les conditions du travail même du franchisé<sup>563</sup>. Par exemple, l'imposition des périodes et horaires d'ouverture de l'unité franchisée relèverait des contraintes commerciales mais celle des horaires de présence de son gérant des contraintes sur les conditions de travail. Il conviendrait ainsi de distinguer les contraintes visant à prendre possession de la force de travail du gérant caractérisant le contrat de travail et les contraintes visant à prendre possession de son entreprise qui caractériseraient seulement une intégration économique.

**Critique.** Cette distinction est cependant critiquable à plusieurs égards.

Tout d'abord, elle paraît artificielle car les conditions portant sur l'aspect commercial d'une unité de distribution ont des incidences sur les conditions de travail des exploitants. D'ailleurs, la Cour de cassation tient de plus en plus compte de contraintes généralement considérées comme commerciales pour déduire

---

<sup>560</sup> Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548 ; D. 1990, 368, D. Ferrier, « les juges du fond ont exactement observé que l'obligation de reprise du stock et celle de non-concurrence, de même que l'interdiction de changer la nature du fonds et de le fermer plus d'un mois en sus des fermetures hebdomadaires, n'étaient pas incompatibles avec une activité indépendante ».

<sup>561</sup> Dijon 30/06/2005 : Juris-Data n° 2005-283427, « le réassort automatique en matière de prêt-à-porter ne caractérise pas une perte d'autonomie économique » du franchisé.

<sup>562</sup> Soc. 19/06/2013 : n° 12-17913, la cour d'appel avait requalifié en contrat de travail une convention de gérance libre en retenant que « que si Mme Y... avait une légère autonomie, quoique encadrée par des directives précises et détaillées, pour embaucher et licencier son personnel et pour fixer les heures d'ouverture et de fermeture des magasins et des cabinets de soins, elle n'avait, en fait, aucune réelle autonomie de direction, de gestion et d'organisation dans l'exploitation du fonds dont elle avait la charge ; qu'elle devait le diriger personnellement, respecter scrupuleusement les procédures et instructions, y compris publicitaires, de la société Yves Rocher, informer et rendre compte de son chiffre d'affaires et verser une redevance ; que le local étant fourni par la société Yves Rocher, cette société imposait à Mme Y... les conditions d'exploitation ; que l'ensemble des prix étant imposés à la gérante, celle-ci ne pouvait mener une politique personnelle en matière de prix, de remise ou de cadeaux ; que la société Yves Rocher réalisait chaque année une étude de conformité du centre (contrôle de l'espace et de ses composantes, dans ses détails pratiques, y compris propreté, confort, hygiène, ambiance...), des études qualimétrie (contrôle des paramètres d'exploitation de l'institut) et des études qualité (contrôle de la qualité de l'ambiance, de la vente, de la tenue de caisse, du respect de l'image et de la marque, de l'accueil et du comportement, des techniques de vente et des conseils), organisait des tests, procédait aux bilans de compétence des esthéticiennes et vendeuses de l'institut et analysait les résultats commerciaux et le niveau des objectifs fixés par ses soins ; que la société Yves Rocher disposait d'un pouvoir de contrôle sur l'activité de Mme Y... et de sanction, la gérante encourant la résiliation du contrat en cas de violation du contrat de gérance ». La Cour de cassation juge qu'en « se déterminant ainsi, par des motifs décrivant une dépendance économique impropres à caractériser un lien de subordination juridique, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

<sup>563</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Franchising*..., op. cit., n° 123, « il ne faut [...] pas que le franchiseur prévoit des obligations contractuelles qui conduisent à l'organisation même du travail des franchisés » – SIMON (F.-L.), op. cit., n° 56, « les obligations imposées au franchisé ne doivent pas concerner l'organisation même de son travail car le pouvoir de direction caractéristique de la qualité d'employeur s'exerce, avant tout, sur les modalités de déploiement d'une prestation de travail » – LÉLOUP (J.-M.), *La franchise*, op. cit., n° 1245 – V. également : Soc. 19/01/2012 : n° 10-23653, opérant une distinction entre la méthodologie de travail imposée par un contrat de franchise qui relève de l'« organisation fonctionnelle » et d'autres contraintes comme « des directives précises relatives aux dossiers, aux horaires de présence » ou des « permanences » imposées.

l'imposition des conditions de travail d'un gérant<sup>564</sup>. En particulier, elle juge parfois que de l'imposition des horaires d'ouverture du magasin peut être déduite l'imposition des horaires de travail des gérants<sup>565</sup>. En effet, la prise de possession de l'entreprise, sa maîtrise, conduit nécessairement à celle de la force de travail de son gérant surtout lorsqu'il est exigé une exploitation personnelle, ce qui est souvent stipulé<sup>566</sup> et serait même de la nature de la franchise<sup>567</sup>. Il est ainsi très difficile de distinguer la direction et le contrôle de l'activité commerciale et celui des conditions de travail de l'exploitant. La doctrine est d'ailleurs divisée sur les éléments qui relèveraient de l'un ou l'autre aspect<sup>568</sup>.

Ensuite, le raisonnement conduit à analyser la subordination dans une activité commerciale en ignorant toutes les contraintes portant sur le cœur de cette activité. Tant que le gérant de l'unité franchisée serait libre de déterminer ses horaires de travail notamment en se faisant remplacer et en employant des salariés, il ne pourrait être qualifié de salarié. Il faudrait donc faire abstraction des contraintes techniques et ne considérer que les contraintes périphériques au travail. Or, la doctrine et la jurisprudence ne s'y tiennent pas puisqu'elles retiennent généralement l'imposition des prix comme un indice de subordination juridique<sup>569</sup> alors que la fixation des prix de vente concerne indéniablement l'aspect commercial de l'activité et non les conditions de travail de l'exploitant. La jurisprudence apparaît donc très opportuniste et contradictoire, car les mêmes indices seront, selon les espèces, considérés comme caractéristiques d'une subordination juridique ou, au contraire, impropres à la caractériser<sup>570</sup>.

De plus, l'attachement aux sujétions périphériques permet, en principe, de qualifier un contrat de travail à l'égard d'une personne disposant d'une indépendance technique. En l'absence d'une telle indépendance, nul

---

<sup>564</sup> V. par ex. : Soc. 19/01/2012 : n° 10-23653, approuvant une cour d'appel d'avoir condamné un fournisseur à des « rappels de salaires, congés payés, majorations pour heures complémentaires et pour dimanches et jours fériés travaillés sur la base d'une durée moyenne hebdomadaire de travail de 70 h sur 7 jours » pour un locataire-gérant soumis au statut du gérant de succursale (*infra* n° 220 s.) dont les conditions de travail n'avaient pas été fixées dans le contrat ni les jours et horaires d'ouverture et de fermeture, au motif que « l'emplacement de la station-service, les impératifs de rentabilité du fonds et la nécessité de compenser la perte de clientèle découlant de la concurrence des grandes surfaces imposaient une ouverture sept jours sur sept, dimanches et jours fériés compris » si bien qu'il existait des « données objectives d'exploitation de la station-service qui ne pouvaient être considérées comme étrangères aux dispositions convenues entre les parties » – Soc. 07/04/2009 : n° 07-43409, ayant relevé que les gérants de succursale « s'étaient engagés par contrat à assurer un débit minimum de 50 400 hectolitres par an, ce qui les obligeait à tenir la station ouverte dans une amplitude la plus large possible pour écouler les quantités de carburant obligatoires, alors que, pendant toute la durée d'exécution du contrat, la société avait conservé la maîtrise du matériel d'infrastructure, ne permettant pas aux exploitants de disposer d'une réelle autonomie de gestion ; [...] [la cour d'appel] en a déduit à bon droit que les conditions de travail leur étaient imposées par la société ».

<sup>565</sup> Dans ce sens : Soc. 29/09/2004 : n° 02-43955, pour rejeter une demande de paiement d'heures supplémentaires, de congés payés afférents et d'heures de présence aux inventaires d'un gérant de succursale (*infra* n° 220 s.), « il appartenait à la cour d'appel [...] de rechercher si les horaires d'ouverture du magasin impliquant l'accomplissement d'heures supplémentaires, étaient librement décidés par la gérante ou imposés par l'entreprise TDA Vivamod » – V. également : Soc. 11/01/2012 : n° 10-23821 ; D. 2013, 732, D. Ferrier, cassation d'un arrêt pour défaut de réponse « aux conclusions des [gérants] [...] qui soutenaient que l'approvisionnement constant de la station en quantité suffisante pour chaque activité, le fonctionnement de l'entreprise sans interruption 7 jours sur 7 de 6 heures à 21 heures 30 et un objectif minimum de vente de 1560 m<sup>3</sup> pour l'année, les privaient de la liberté de fixer les horaires de travail et leurs temps de repos ». Si la cassation a été prononcée, c'est que le moyen aurait pu avoir une incidence sur la solution (Cour de cassation, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012, n° 535).

<sup>566</sup> *Supra* n° 130 et *infra* n° 840.

<sup>567</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, *op. cit.*, n° 570 s.

<sup>568</sup> Une partie de la doctrine soutient qu'« il ne faut [...] pas que le franchiseur prévoit des obligations contractuelles qui conduisent à l'organisation même du travail des franchisés » et cite comme exemples la « fixation et perception du prix par le franchiseur » les « horaires d'ouvertures imposés » ou la « préparation par le franchiseur des contrats destinés aux clients du franchisé qu'il avait préalablement prospecté » (LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Franchisage...*, *op. cit.*, n° 123) alors les horaires d'ouvertures sont considérés par d'autres auteurs comme relevant des contraintes commerciales (BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 426) et qu'il peut difficilement être soutenu que la fixation des prix ne se rapporte pas à l'aspect commercial de l'activité.

<sup>569</sup> Pour la doctrine, voir par exemple : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 233 – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *op. cit.*, n° 423 – LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Franchisage...*, *op. cit.*, n° 123 – SIMON (F.-L.), *op. cit.*, n° 54 – Pour la jurisprudence, voir par exemple : Soc. 18/07/2001 : n° 98-40307, retenant au titre des indices de subordination d'un franchisé, la détermination de ses prix de vente par le franchiseur, en plus de contraintes portant sur ses horaires.

<sup>570</sup> Par exemple, dans les années 2010, les contraintes prises en compte pour caractériser la subordination juridique des gérants-mandataires du Code de commerce (*infra* n° 206 s.) ont été jugées impropres à caractériser la subordination juridique d'un gérant libre (Soc. 19/06/2013 : n° 12-17913 : *op. cit.*).

besoin de constater de telles sujétions<sup>571</sup>.

Enfin, des contraintes sur les conditions de travail et notamment les horaires ne sont pas indispensables pour caractériser un lien de subordination juridique. Ainsi, un cadre salarié doit être libre de son emploi du temps personnel<sup>572</sup> et utilise généralement la force de travail de salariés sur lesquels il a autorité ou de prestataires extérieurs pour mener à bien ses missions et objectifs.

**149. Immixtion dans la gestion de l'activité de distribution.** La jurisprudence et la doctrine<sup>573</sup> raisonnent aussi parfois en termes d'immixtion du fournisseur dans la gestion du distributeur ou de direction de fait pour caractériser ou non un lien de subordination<sup>574</sup>.

**Critique.** Ce raisonnement est doublement critiquable.

En premier lieu, une partie de la doctrine soutient que la franchise se caractérise précisément par une immixtion du franchiseur dans la gestion du franchisé puisqu'il doit imposer et contrôler des normes de gestion procédant de son savoir-faire<sup>575</sup>.

En second lieu, il ne s'agit plus de rechercher un lien de subordination et un contrat de travail. En effet, la notion d'*immixtion dans la gestion* n'est pas, en principe, un critère d'application du droit du travail mais un critère de responsabilité en droit des sociétés et en droit des procédures collectives<sup>576</sup>. De plus, l'*immixtion dans la gestion* semble réservée à des hypothèses où une personne se substitue à une autre dans ses actes de gestion (gère son compte bancaire, recrute ses salariés, passe ses commandes, établit sa comptabilité, etc.). Elle consiste à faire quelque chose à la place de quelqu'un alors que la subordination juridique consiste à faire faire quelque chose par quelqu'un pour ne pas avoir à le faire soi-même<sup>577</sup>.

**150. Degré de contraintes.** Plutôt que de procéder à des distinctions de nature, une partie de la doctrine soutient qu'il y aurait seulement une différence de degré entre la subordination d'un franchisé et celle d'un salarié<sup>578</sup>. La jurisprudence recourt également à ce raisonnement.

**Exemple.** Ainsi, en 2012, dans une affaire *Fiventis*, la Cour de cassation a jugé qu'en constatant qu'une société franchiseuse « avait, selon les stipulations du contrat de franchise, imposé à M. 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 et qu'en résiliant le contrat, la société avait fait usage de son pouvoir de sanction », la

---

<sup>571</sup> *Supra* n° 87 s.

<sup>572</sup> *Supra* n° 91.

<sup>573</sup> Dans ce sens : MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, n° 451, « l'immixtion dans la gestion du franchisé [...] peut constituer un indice de l'existence d'un lien de subordination conduisant à la requalification en contrat de travail » – LELOUP (J.-M.), *La franchise*, *op. cit.*, n° 1246 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 401, requalification « en cas d'immixtion abusive du fournisseur dans la gestion de l'entreprise du distributeur ».

<sup>574</sup> V. par ex. : Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548 ; D. 1990, 368, D. Ferrier, les juges du fond « ont exactement observé » que les clauses d'obligation de reprendre les stocks, de subir le contrôle du bailleur, de lui soumettre la comptabilité, de suivre sa politique de vente, de respecter le budget d'investissement imposé, « n'impliquaient pas une immixtion du bailleur dans l'exploitation du fonds » et « ont pu en déduire que les intéressés n'étaient pas unis à leurs cocontractants par un lien de subordination » – V. également : Soc. 11/05/2001 : n° 99-15644.

<sup>575</sup> Dans ce sens : GUYON (Y.), *op. cit.*, n° 835, par le contrat de franchise, « le franchisé accepte que le franchiseur s'immisce dans la gestion de sa propre entreprise » – DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 157, « le contrat d'intégration [...] organise l'ingérence de l'intégrateur dans la gestion de l'entreprise de l'intégré » – Rappr. : MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, n° 451, « la frontière entre l'expression d'une assistance et d'un pouvoir de direction est parfois difficile à délimiter ».

<sup>576</sup> *Infra* n° 322.

<sup>577</sup> *Infra* n° 322.

<sup>578</sup> DISSAUX (N.), *Franchise*, *op. cit.*, n° 141, « il existe [...] une certaine proximité structurelle entre le salarié et le franchisé : les deux subissent une subordination dont la différence serait de degré plus que de nature » – LICARI (F.-X.), *op. cit.*, p. 87, « entre la "sujétion parfaite" du salarié et la "sujétion imparfaite" du distributeur intégré, nous pensons qu'il n'y a pas de différence de nature, mais seulement de degré ou d'intensité ». – V. également : GUYON (Y.), *op. cit.*, n° 835, « le franchisé conserve une marge de liberté, qui permet de le distinguer du gérant salarié ».

cour d'appel avait « *pu en déduire [...] que M. X... se trouvait dans un lien de subordination à l'égard de la société [franchiseuse], caractérisant un contrat de travail* »<sup>579</sup>. Parmi les différents indices pris en compte par la cour d'appel pour caractériser le lien de subordination, se retrouvent, sans distinction, des contraintes assez classiques souvent considérées comme inhérentes à la franchise (exclusivité d'activité, respect des chartes graphiques et d'aménagement des locaux, respect des outils d'aide à la décision et à la commercialisation, obligation pour le personnel des franchisés de suivre des cycles de formation dispensés par le franchiseur, obligation d'adopter un mode d'organisation pour la gestion de l'exploitation impliquant le respect de procédures contraignantes d'ordre administratif, comptable, d'échange d'informations, le respect d'une méthode de vente imposée), des contraintes touchant directement à l'organisation du travail du franchisé (imposition par le franchiseur d'un planning de rendez-vous pour le franchisé et ses collaborateurs) et des contraintes caractérisant une immixtion dans sa gestion (imposition de délégations de signatures au profit du franchiseur, recrutement des collaborateurs du franchisé directement par le franchiseur). Cette décision invite donc à ne pas distinguer entre la nature ou l'objet des contraintes et leur caractère inhérent ou non à la franchise mais seulement à apprécier le degré de contraintes s'exerçant sur l'activité du franchisé. C'est le caractère détaillé et le champ étendu des obligations et instructions plus que leur nature qui feraient basculer le franchisé dans le salariat<sup>580</sup>.

**Critique.** Cependant, il apparaît impossible de déterminer un degré précis de contraintes qui caractériserait la subordination juridique. Ainsi, en se référant seulement à des « *obligations détaillées et applicables de bout en bout dans les relations avec les clients, renforcées ensuite par des instructions tout aussi détaillées* » transformant le franchisé « *en simple agent d'exécution* », la Cour de cassation est très imprécise et son choix d'un contrôle léger abandonne largement la question aux juges du fond. Or, l'exigence d'un savoir-faire substantiel<sup>581</sup> implique la soumission du franchisé à des obligations détaillées portant sur la présentation des produits ou services à la vente, les relations avec la clientèle ou encore la gestion administrative et financière<sup>582</sup> et qui seront adaptées et actualisées par des instructions. Le franchisé est donc nécessairement un agent d'exécution dans la mesure des contraintes nécessaires à la mise en œuvre du savoir-faire qui peut concerner l'ensemble des aspects de son activité.

<sup>579</sup> Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342 – Comp. : Com. 21/10/1970 : n° 69-14122 ; B. n° 278, la cour d'appel avait jugé qu'un concessionnaire n'était qu'un « *simple agent de distribution au service de la société [concedante]* » et avait caractérisé l'existence d'un lien de subordination. La Cour de cassation juge qu'elle ne pouvait « *lui dénier la qualité de commerçant* » et retenir la compétence du conseil des prud'hommes « *en relevant seulement des sujétions mises à sa charge en sa qualité de concessionnaire et qui constituaient la contrepartie de l'exclusivité qui lui était accordée pour un secteur délimité* ».

<sup>580</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 74, « *est [...] salarié le diffuseur qui est soumis à de fortes contraintes de la part du fournisseur [...]. En définitive, plus l'entreprise souhaitera contrôler ou gouverner l'activité du diffuseur, plus elle s'exposera à l'application du droit social* ».

<sup>581</sup> Sur la question : *ibid.*, n° 713.

<sup>582</sup> Le Code européen de déontologie de la franchise précise que pour être substantiel, le savoir-faire doit « *inclure une information indispensable pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finaux et notamment pour la présentation des produits pour la vente, [...] les relations avec la clientèle, et la gestion administrative et financière* » (<http://www.franchise-fff.com/base-documentaire/finish/206/318.html>, consulté le 03/04/2015) – V. par ex. : Com. 10/12/2013, 2 arrêts : n° 12-23115 et n° 12-23890, approuvant une cour d'appel d'avoir rejeté une demande en nullité pour défaut de cause en raison de l'absence de savoir-faire, en ayant relevé la transmission d'un « *"manuel opératoire", qui détaille les étapes de création de la société, l'obligation de détention des cartes professionnelles, les démarches bancaires, les recommandations concernant les assurances, des conseils concernant l'aménagement du local et l'ouverture de l'agence, [d']un second fascicule traitant de la formation du franchisé sur la "mécanique" fiscale, les placements financiers, les produits financiers, les produits immobiliers, la méthodologie de vente, les procédures de prévente avec prise d'option, réservation, l'outil logiciel "Top Invest", les procédures de post-vente, le "back office" Robien et le "back office" LMP [...] [et] la remise d'une méthode commerciale originale particulièrement détaillée de plus de cinquante pages et celle d'un logiciel contenant les procédures à suivre, résultant directement de l'expérience acquise par le réseau Coff* », d'avoir « *déduit que par la communication aux franchisés des informations détaillées portant sur l'ensemble des produits en placement financier et immobilier, ces derniers avaient acquis un enseignement et une connaissance exhaustive et approfondie du métier de ventes de biens mobiliers ou immobiliers visant à la défiscalisation* » et d'avoir « *ainsi fait ressortir l'existence d'un avantage concurrentiel et l'originalité du savoir-faire transmis* » – Sur la question : FERRIER (D.), *Franchise et savoir-faire*, in Mél. J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 157 s.



Par ailleurs, comme les cadres dirigeants qui disposent d'une « *grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps [et] qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome* » sont considérés comme subissant une subordination juridique caractéristique d'un contrat de travail<sup>583</sup>, il est difficile de concevoir le degré d'indépendance requis pour exclure la qualification du franchisé en salarié.

Le franchiseur est ainsi pris en étau entre, d'une part, ses obligations de transmettre un savoir-faire substantiel, d'assister et de contrôler les membres de son réseau<sup>584</sup> et, d'autre part, l'exigence de ne donner que des directives et instructions insuffisamment détaillées et de procéder à des contrôles suffisamment lâches pour laisser au franchisé une marge de liberté, non définie, excluant la subordination juridique, sous peine de remise en cause de l'intégration économique et de condamnation pénale pour travail dissimulé<sup>585</sup>.

**151. Conclusion.** Finalement, par différents raisonnements, la doctrine et la jurisprudence réservent la qualification d'une subordination juridique dans la franchise et la concession à des situations extrêmes de fraudes au droit du travail<sup>586</sup>. Ces raisonnements ont pour effet de s'opposer à l'appréhension de la dépendance de ces distributeurs par le contrat de travail de droit commun alors que cette dépendance présente pourtant les caractéristiques de la subordination juridique (pouvoir de direction, contrôle et sanction) et une intensité au moins égale, sinon supérieure, à celle de certains salariés<sup>587</sup>. Cette dépendance est ainsi ignorée dans la qualification du contrat de travail de droit commun. Cette ignorance est renforcée par le recours aux indices d'indépendance.

## **b - Le recours aux indices d'indépendance excluant la subordination juridique**

**152. Analyse des indices d'indépendance.** La doctrine et la jurisprudence s'attachent souvent aux

---

<sup>583</sup> *Supra* n° 91.

<sup>584</sup> *Supra* n° 130 s. et 134 s.

<sup>585</sup> V. par ex. : Crim. 27/11/2001 : n° 01-83767, condamnant un franchiseur pour le délit de travail dissimulé en requalifiant des contrats de franchise en contrats de travail en jugeant que « *l'intention frauduleuse se déduit de l'intérêt économique de l'opération, de la volonté délibérée de s'affranchir des contraintes liés au statut salarié et de la complexité du montage intellectuel de l'opération* » – V. également : Crim. 31/03/1998 : n° 97-82979.

<sup>586</sup> Il semble que seules 4 requalifications ont été approuvées par la Cour de cassation (*supra* note n° 534) : Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342 (se référer à la citation des motifs de la décision de la cour d'appel dans le deuxième moyen de cassation annexé), faisant apparaître un nombre impressionnant de contraintes : forme sociale, statut, local, aménagements, conditions, prix, méthode de négociation, reconnaissance d'une absence de clientèle propre, fixation de rendez-vous clients par le franchiseur, recours obligatoire du franchisé au back office du franchiseur pour tous les rendez-vous avec les clients afin d'auditer leur situation et déterminer les produits qui devront être vendus par le franchisé sans aucune marge de négociation, etc. – Soc. 18/07/2001 : n° 98-40307 ; D. 2002, 3007, D. Ferrier, transformation d'un salarié en franchisé sans modification de ses conditions de travail. – Crim. 31/03/1998 : n° 97-82979, franchisés effectuant un travail « *peu spécialisé* » de nettoyage, les contrats étaient négociés directement par le franchiseur avec les clients sans les associer alors même qu'ils fixaient leurs horaires d'intervention, le démarrage de l'intervention était encadrée par un chef d'opération du franchiseur, le client devait adresser ses réclamations directement au franchiseur, le franchiseur procédait directement à la facturation des clients et à l'encaissement du prix – Soc. 18/07/2001 : n° 98-40307, concernant une situation moins extrême mais tout de même spécifique : les franchisés distribuaient des produits surgelés à partir des dépôts du franchiseur en devant respecter leurs horaires d'ouverture, aux prix fixés dans les catalogues remis à la clientèle par le franchiseur et étaient soumis à la même pression hiérarchique que les salariés par le directeur des ventes du franchiseur.

Pour les cours d'appel : Cabinet d'avocats Simon Associés, *Un an d'actualité juridique de la franchise*, PA 13/11/2009, p. 9 s., n° 19 et PA°04/12/2008, p. 2 s., n° 21, constatant que « *les hypothèses où les juridictions ont procédé à la requalification du contrat de franchise en contrat de travail correspondent à des cas extrêmes, dans lesquels plusieurs indices de subordination étaient réunis ; dans ces affaires, les franchisés étaient parvenus à démontrer, par l'accumulation de tels indices, que le choix de la forme du contrat de franchise avait pour but de se soustraire aux règles du droit social* ».

<sup>587</sup> Rappr. : LOKIEC (P.), *Droit du travail*, t. 1, PUF, 2011, n° 113, « *la relation qui lie le franchisé et le salarié à leur donneur d'ouvrage [...] est-elle [si éloignée] au point qu'ils soient inscrits dans des relations fondamentalement différentes, un contrat d'entreprise pour l'un, un contrat de travail pour l'autre ?* » – Rappr. : LATITI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, n° 537 s., constatant que la doctrine oppose l'intégration ou la collaboration et la subordination (n° 537) alors que « *l'autonomie des parties dans les contrats de collaboration est assez relative* » (n° 538) car « *la notion de collaboration revêt un habit économique et correspond peu à la réalité. Cette dénomination est nécessaire puisqu'elle est postulée par les concepts même de franchise ou de concession mais les excès constatés sont en fait identiques à ceux des contrats de subordination. La terminologie de collaboration n'est donc pas synonyme d'égalité économique* » si bien que « *la summa divisio entre travail salarié et travail indépendant est artificielle. Distinctes des classifications sociologiques ou économiques, les classifications juridiques sont rigides et inadaptées* » (n° 538) et « *la concession exclusive est sans aucune doute l'archétype du contrat de situation dans lequel l'indépendance est un miroir aux alouettes* » (n° 540).

indices d'indépendance pour exclure l'existence d'un contrat de travail à l'égard des distributeurs intégrés.

**Pluralités de fournisseurs et exercice d'autres d'activités.** Dans la franchise et la concession, l'exclusivité ou quasi-exclusivité d'approvisionnement ou d'activité est fréquente car elle est nécessaire à l'homogénéité du réseau et à la préservation de l'image du fournisseur<sup>588</sup>. De plus, la Commission estime que le multimarquisme peut être un facteur « *de collusion ou/et d'atténuation de la concurrence* » s'opposant à l'exemption d'interdiction de l'accord au titre des pratiques anticoncurrentielles<sup>589</sup>.

Le distributeur est cependant parfois libre d'exercer des activités accessoires, ce qui est considéré comme un indice d'indépendance<sup>590</sup>.

**Moyens matériels propres.** Le concessionnaire ou franchisé est généralement propriétaire ou locataire de son local, du mobilier commercial, du matériel, de l'outillage, des stocks et assume les frais liés à l'ouverture et à l'exploitation de l'unité de distribution (fond de roulement, charges de propriété ou loyers et charges locatives, eau, électricité, gaz, impôts et taxes, etc.). En effet, l'intérêt financier de l'intégration économique réside précisément dans le fait de faire assurer par le distributeur les charges de la propriété et de la jouissance des moyens de distribution des produits ou services<sup>591</sup>. Le fournisseur est classiquement propriétaire des éléments immatériels de l'exploitation (les signes distinctifs, le savoir-faire) dont il concède l'usage et la jouissance au distributeur en contrepartie d'un droit d'entrée et d'une redevance.

Cette propriété ou jouissance des moyens d'exploitation tant matériels qu'immatériels est ainsi mise en avant pour exclure l'existence d'un contrat de travail même si leur maîtrise est limitée par les différentes directives et contrôles du fournisseur<sup>592</sup>.

**Recours à des auxiliaires.** Par ailleurs, dans le même objectif de transfert des investissements et charges de distribution, le contrat de franchise ou de concession laisse souvent au distributeur une liberté de se faire remplacer et d'employer des salariés pour assurer l'exploitation, à ses frais et sous son unique responsabilité. Il sera même parfois contraint de recruter des salariés dans un nombre suffisant pour respecter les conditions de distribution des produits ou services<sup>593</sup>. Cette liberté, même encadrée, est également mise en avant pour caractériser l'indépendance du distributeur<sup>594</sup>.

**Assomption des risques.** De plus, en investissant personnellement dans l'ouverture et l'exploitation du point de vente et en contractant personnellement avec son bailleur, ses fournisseurs (eau, électricité, téléphonie, nettoyage, etc.) son personnel et ses clients, le distributeur court, en principe, l'ensemble des

---

<sup>588</sup> CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 21, « *grâce au contrôle exercé par le franchiseur sur l'assortiment offert par le franchisé, le public pourra trouver auprès de chaque franchisé des marchandises de même qualité. Il peut être impraticable dans certains cas, comme dans le domaine des articles de mode, de formuler des spécifications de qualité objectives. Veiller au respect de ces spécifications peut également, en raison du grand nombre de franchisés, entraîner un coût trop élevé. Une clause prescrivant au franchisé de ne vendre que des produits provenant du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui doit, dans de telles conditions, être considérée comme nécessaire à la protection de la réputation du réseau* ».

<sup>589</sup> Communication de la Commission du 19/05/2010 *lignes directrices sur les restrictions verticales* : JOUE 19/05/2010, C 130, pt 154.

<sup>590</sup> V. par ex. : Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548 ; D. 1990, 368, D. Ferrier, prenant notamment en compte le fait que le franchisé avait « *d'autres fournisseurs* » que le franchiseur pour exclure l'existence d'un contrat de travail.

<sup>591</sup> *Supra* n° 126.

<sup>592</sup> V. par ex. : Bordeaux 18/09/2000 : JurisData n° 124897, « *[le franchisé] admet avoir assumé les charges et pertes de son activité, ce qui suffit à exclure sa qualité de salarié* ».

<sup>593</sup> V. par ex. : Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160 – Soc. 01/02/2011 : n° 08-45223.

<sup>594</sup> V. par ex. : Soc. 30/01/1980 : n° 78-14199 ; B. n° 93, relevant pour exclure l'existence d'un lien de subordination que le distributeur « *travaillait avec le personnel de son fonds de commerce qu'elle embauchait et rémunérait librement* » - Dijon 30/06/2005 : JurisData n° 2005-283427 – Pour des affaires dans lesquelles la constatation d'une possibilité de se faire remplacer ou le recours à l'assistance de tiers n'a pas été jugée suffisante pour exclure l'existence d'un contrat de travail : Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342, le franchisé avait recruté une assistante de direction qui sera finalement considérée comme ayant pour employeur le franchiseur (Soc. 12/12/2012 : n° 11-23030) – Crim. 31/03/1998 : n° 97-82979.

risques de son activité : les risques de l'entreprise (aléas du marché) et les risques de l'exploitation (mauvaise mise en œuvre des directives). Il est responsable de l'exécution des contrats conclus avec les clients, il doit supporter les pertes liées aux stocks invendus, aux dépenses et investissements qui n'ont pu être rentabilisés, aux coûts de ses obligations par rapport aux salariés (paiement des salaires et charges sociales indépendamment des résultats d'exploitation, responsabilité des commettants, coûts de licenciement, etc.). Ainsi, comme a pu le constater la cour d'appel de Paris, l'insuccès partiel ou total de la franchise « *frappe directement le franchisé au point le cas échéant de mettre en péril l'existence de son fonds* » alors qu'il n'atteint le franchiseur que « *de manière différée et, de manière limitée dans le temps, s'il en est avisé [...], sauf [...] dépôt du bilan du franchisé dont celui-ci est quand même la première victime* »<sup>595</sup>. La jurisprudence<sup>596</sup> et la doctrine<sup>597</sup> relèvent cette assumption des risques pour exclure le contrat de travail.

**Clientèle propre.** Enfin, depuis l'arrêt *Trévisan*, les franchisés et concessionnaires sont généralement considérés comme disposant d'une clientèle propre<sup>598</sup> qui serait le signe de leur indépendance<sup>599</sup>.

Il apparaît finalement que le franchisé et le concessionnaire rassemblent, en principe, l'ensemble des indices d'indépendance excluant la subordination juridique.

**153. Critique.** Or, ce raisonnement procède d'une confusion entre la qualification et le régime du contrat du contrat et aboutit à une dissociation entre les charges, les risques et les profits.

**Confusion qualification/régime.** En effet, la jurisprudence pourrait parfaitement se fonder sur le pouvoir de direction, contrôle et sanction du fournisseur pour remettre en cause les indices d'indépendance<sup>600</sup>. La qualification d'un contrat de travail emporterait alors, malgré la volonté contraire exprimée par les parties :

- une exclusivité d'activité du distributeur pour la catégorie de produits ou services du fournisseur, le salarié ne pouvant concurrencer son employeur sans son accord<sup>601</sup> ;
- un remboursement, au titre des frais professionnels, du droit d'entrée, des frais de formation assumés

---

<sup>595</sup> Paris 04/10/2000, *Nicogi* : JurisData n° 2000-133387 ; D. 2001, 301, D. Ferrier, 380, A.-L. Monéger-Dupuis et 1718, H. Kenfack ; RTD com. 2001, 50, J. Derruppé ; JCP 2001.II.10467, B. Boccara ; CDE 4/2001, 26, n° 4, J.-L. Respaud.

<sup>596</sup> V. par ex. : Soc. 27/09/1989 : n° 86-18467 ; B. n° 548 ; D. 1990, 368, D. Ferrier – Bordeaux 18/09/2000 : JurisData n° 124897, « *[le franchisé] admet avoir assumé les charges et pertes de son activité, ce qui suffit à exclure sa qualité de salarié* » – Douai 27/03/1992 : JurisData n° 1992-042865, excluant la reconnaissance d'un contrat de travail à un franchisé *Shopi* qui s'était déclaré en cessation des paiements, les juges considérant « *cette démarche incompatible avec l'existence d'un lien de subordination et exprimant au contraire reconnaissance que les risques commerciaux pesaient entièrement sur [le franchisé]* ».

<sup>597</sup> Dans ce sens : MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, n° 448 s., spéc. n° 453, « *lorsque le franchisé assume les risques et le profit de son activité, on ne peut plus remettre en question son indépendance juridique, à moins d'inventer un lien de subordination juridique fictif* » – V. également : MENDOZA-CAMINADE (A.), *op. cit.*, n° 536, « *dans la mesure où il assume seul les risques de l'exploitation, [le franchisé] a bien la qualité de commerçant indépendant* ».

<sup>598</sup> Sur la question : *infra* n° 423 s.

<sup>599</sup> V. par ex. : Dijon 30/06/2005 : JurisData n° 2005-283427, relevant notamment la liberté de céder le fonds de commerce pour exclure l'existence d'un lien de subordination.

<sup>600</sup> Dans ce sens : Crim. 31/03/1998 : n° 97-82979, jugeant que les contrats de franchise dissimulaient en réalité des contrats de travail, condamnant le franchiseur pour travail clandestin et retenant qu'un lien de subordination ayant été caractérisé, « *il est sans effet que certains franchisés aient eu d'autres activités, qu'ils aient obtenu des revenus significatifs, eu à leur charge la fourniture de matériels ou se soient fait assister de tierces personnes* ». – Rapp. : Soc. 11/03/2015 : n° 13-23237, la cour d'appel ayant constaté que le gérant d'une SARL « *recevait des directives précises et insusceptibles de discussion de la part du gérant de la société [contractante], qu'il était considéré comme un agent d'exécution des directives de la société [contractante], et qu'il percevait une rémunération de celle-ci, a pu décider qu'il exerçait son activité dans un lien de subordination à l'égard de la société [contractante]* », le moyen soutenant qu'il « *disposait d'une totale liberté dans l'organisation de son travail et de son temps de travail, qu'il n'avait aucune obligation dans ses rendez-vous, qu'il avait toute latitude pour développer sa propre clientèle et [...] [qu'il] avait suite à la fin du partenariat avec la société l'EPI poursuivit son activité ce dont il résultait qu'il avait nécessairement une clientèle propre* » n'est donc pas fondé.

<sup>601</sup> *Supra* n° 100.

par le distributeur<sup>602</sup> et, plus généralement, des dépenses et investissements réalisés dans l'intérêt du fournisseur<sup>603</sup> ; une reprise par le fournisseur des contrats passés par le distributeur auprès de ses partenaires (bailleurs, fournisseurs d'électricité, d'eau, de gaz, etc.) ;

- une reconnaissance de la qualité d'employeur du fournisseur à l'égard des salariés recrutés par le distributeur et sa qualité de débiteur des charges correspondantes (salaires, primes, indemnités, charges sociales, etc.)<sup>604</sup> ;
- une imputation des risques de l'exploitation et de l'entreprise au fournisseur : absence de responsabilité pécuniaire du distributeur dans la mise en œuvre des normes et directives d'exploitation, hors faute lourde, garantie de perception d'une rémunération mensuelle minimale égale au SMIC, absence de responsabilité envers les tiers (autres fournisseurs, clients) sauf agissements hors des fonctions de gestion de l'exploitation, sans autorisation et à des fins étrangères à la diffusion des produits ou services ;
- une absence de reconnaissance de l'existence d'une clientèle propre au distributeur.

Naturellement, une telle solution remettrait totalement en cause les intérêts de l'intégration puisque les charges et risques de l'activité de distribution ne seraient plus supportés par l'intégré<sup>605</sup>. Le fournisseur devrait donc choisir entre, d'une part, la maîtrise des unités de distribution et, d'autre part, l'externalisation de leurs charges et risques de création et d'exploitation. En optant pour la maîtrise, le fournisseur devrait respecter le droit du travail et donc assumer les charges et risques de l'activité. En optant pour l'absence de charge et risque de l'activité, il devrait renoncer à la maîtrise de celle-ci.

**Dissociation maîtrise/responsabilité.** La position actuelle de la jurisprudence et de la majorité de la doctrine valide, au contraire, la possibilité de maîtriser l'activité de distribution sans en assumer les charges et risques, c'est-à-dire une possibilité de dissocier la maîtrise et la responsabilité, la propriété économique et la propriété juridique<sup>606</sup>. Il en résulte une situation paradoxale d'affirmation de l'indépendance d'un

---

<sup>602</sup> Dans ce sens : Soc. 18/01/2012 : n° 10-16342 confirmant la condamnation d'un franchiseur « *au remboursement des droits d'entrée et frais de formation induits* » suite à la requalification du contrat de franchise en contrat de travail de droit commun – V. également : Soc. 10/02/2010 : n° 08-45319, jugeant suite à une requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail que « *la créance relative au remboursement du droit d'entrée se rattachait à l'exécution du contrat de travail* ». – Pour le droit d'entrée, voir également : Soc. 16/09/2009 : n° 07-45289, la soumission au statut du gérant de succursale entraîne le « *remboursement du droit d'entrée* » payé par le distributeur et « *des frais engagés pour créer son entreprise* » car ces frais « *se rattach[ent] au contrat soumis au droit du travail* » – Soc. 14/12/2006 : n° 05-40844, « *M. X... était lié à la société France acheminement par un contrat visé à l'article L. 781-1 du code du travail et bénéficiait ainsi des dispositions du code du travail, de sorte que la créance relative au remboursement du droit d'entrée se rattachait à l'exécution du contrat de travail* » – Soc. 25/02/1998 : n° 95-44096 ; B. n° 106 ; JCP E 1998, 536, P. Morvan.

<sup>603</sup> Dans ce sens : Soc. 16/09/2009 : n° 07-45289, si un franchisé bénéficiait « *des dispositions du code du travail* » par l'application du statut du gérant de succursale et donc, *a fortiori*, par un contrat de travail de droit commun, « *la créance relative au remboursement du droit d'entrée et des frais engagés pour créer son entreprise se rattachait au contrat soumis au droit du travail* ».

<sup>604</sup> Ainsi une des suites de l'affaire *Fiventis* ayant admis la requalification d'une franchise en contrat de travail (*supra* n° 150) a été la reconnaissance au franchiseur d'une qualité d'employeur de l'assistante de direction embauchée par le franchisé et, par suite, sa condamnation à l'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés, à un rappel de salaire, de congés payés et primes, à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et à des dommages et intérêts pour le préjudice moral lié au licenciement : Soc. 12/12/2012 : n° 11-23030, approuvant la cour d'appel d'avoir retenu « *l'existence d'une fraude de la société [franchisuse] tendant notamment à éluder sa qualité d'employeur de [l'assistante de direction du franchisé] en créant l'apparence d'un autre employeur de celle-ci* » et d'avoir donc condamné le franchiseur à garantir le franchisé des condamnations précitées – V. également : Soc. 22/03/2007 : n° 05-45434, la cour d'appel avait retenu l'existence d'un lien de subordination entre le franchisé et le franchiseur et avait ainsi condamné ce dernier à garantir le franchisé au titre des condamnations en paiement de salaires et d'indemnités de ses salariés. L'arrêt est cassé au motif que le lien de subordination entre le franchiseur et le franchisé n'était pas caractérisé. – Rapp. : Soc. 12/07/2005 : n° 0345394, reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le franchiseur et le franchisé « *avaient la qualité d'employeur conjoint* ».

<sup>605</sup> Dans ce sens : LATTI (J.-B.), *op. cit.*, n° 539.

<sup>606</sup> Sur la question : DE BOUARD (F.), *op. cit.*, n° 69 s. – DEL CONT (C.), *op. cit.*, 1997.

distributeur malgré sa subordination juridique<sup>607</sup>. Cette situation est parfois qualifiée par la doctrine d'« allégeance dans l'indépendance »<sup>608</sup>, de « sujétion imparfaite »<sup>609</sup>, de « parasubordination »<sup>610</sup> ou de travail indépendant économiquement dépendant<sup>611</sup>.

**Dissociation charges/risques/profits.** Cette situation est d'autant plus incohérente que les charges et l'assomption des risques sont, en principe, associées au droit aux profits. En effet, notre conception de la justice économique est imprégnée par l'idée que les charges et risques de l'activité sont la contrepartie du profit. Cette idée se traduit notamment dans les adages *commodum ejus esse debet cujus periculum est*<sup>612</sup> et *ubi emolumentum, ibi onus*<sup>613</sup>. Or, le fournisseur pourra, grâce à ses pouvoirs et à la menace de mettre fin à la relation<sup>614</sup>, imposer de nouvelles charges au distributeur (dépenses et investissements supplémentaires) et modifier unilatéralement la répartition des profits générés par son activité pour s'en attribuer une part importante, sans, pour autant, augmenter corrélativement ses risques. De plus, grâce à ses facultés de mettre fin à la relation sans motivation ou justification<sup>615</sup> et de s'opposer à la transmission du contrat de distribution<sup>616</sup>, le fournisseur pourra priver le distributeur des fruits de son travail de création, développement ou maintien de la clientèle des produits ou services et récupérer seul ces fruits. En effet, même si le distributeur est reconnu titulaire d'un fonds de commerce<sup>617</sup>, il sera démontré qu'il n'a pratiquement aucune valeur sans le contrat de distribution<sup>618</sup>.

**154. Conclusion.** Finalement, la qualification de la dépendance des franchisés et concessionnaires par le contrat de travail de droit commun n'est pas cohérente et infirme l'hypothèse d'une nature ou d'un degré de dépendance par rapport à un fournisseur qui déterminerait si un distributeur est salarié ou non. En effet, ce n'est pas le degré d'autonomie des franchisés ou concessionnaires qui les exclut du salariat mais principalement des raisonnements et indices permettant d'occulter leur dépendance pour valider des stratégies d'externalisation de la distribution par intégration dans un objectif d'efficacité économique<sup>619</sup>. Le degré de dépendance n'intervient que de façon marginale, dans des situations extrêmes de fraudes

---

<sup>607</sup> Sur la question : DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 127 s., concluant que « le contrat d'intégration recèle une ambiguïté fondamentale, puisqu'il organise l'ingérence de l'intégrateur dans la gestion de l'entreprise de l'intégré, tout en maintenant la qualité d'entrepreneur juridiquement indépendant de ce dernier, ce qui l'amène à supporter seul les risques de son exploitation. Ce paradoxe du contrat d'intégration est recherché par l'intégrateur ; il en constitue pour lui un attrait majeur. Il est pourtant critiquable, car source d'injustice » (n° 157).

<sup>608</sup> SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s., spéc. p. 136.

<sup>609</sup> VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 225.

<sup>610</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 127.

<sup>611</sup> ANTONMATTEI (P.-H.) et SCIBERRAS (J.-C.), *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, La documentation française, 2008, proposant un statut du « travailleur économiquement dépendant » défini comme un travailleur qui « appartient à la catégorie des travailleurs indépendants », « exerce seul son activité », « perçoit au moins 50 % de ses revenus d'un seul donneur d'ordres dans le cadre d'une relation contractuelle d'une durée minimale de deux mois » et « exécute sa prestation dans le cadre d'une organisation productive dépendante de l'activité de son donneur d'ordres » (p. 22).— Pour une critique de cette définition : *infra* n° 911.

<sup>612</sup> Là où est le risque, là doit être le profit. — Sur la question : MARTIN (A.-C.), *op. cit.*, n° 114 s.

<sup>613</sup> Là où est la charge, là doit être l'émolument. — Sur cette logique dans les contrats d'intermédiaire : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 1233 s.

<sup>614</sup> *Supra* n° 140 s.

<sup>615</sup> *Infra* n° 675 s.

<sup>616</sup> Sur la question : *infra* n° 840.

<sup>617</sup> *Infra* n° 423 s.

<sup>618</sup> *Infra* n° 841.

<sup>619</sup> Rappr. : exposé des motifs de la proposition de loi Glon et Couste n° 891 tendant à réglementer la situation juridique des franchisés et concessionnaires déposée le 11/12/1973 à l'Assemblée Nationale, « l'intérêt économique de ces types de contrat est incontestable. Les intégrateurs n'ont pas à assumer l'investissement des fonds de commerce et peuvent donc élaborer rapidement une large politique de distribution. Les intermédiaires sont quant à eux assurés d'une certaine réussite commerciale dans la mesure où ils peuvent utiliser l'enseigne renommée et les conseils avisés d'un fabricant ou grossiste. Il ne fait de doute que les contrats de concession donnent entière satisfaction aux partenaires commerciaux en cours de période contractuelle [...]. Un des buts essentiels du législateur est de satisfaire ce besoin d'efficacité économique et c'est la raison pour laquelle il faut prévoir l'indépendance juridique des intermédiaires, source de motivation et de performances économiques ».

manifestes. Hors de ces hypothèses marginales, les franchisés et concessionnaires peuvent être autant voire plus dépendants que des salariés – notamment cadres – tout en étant qualifiés d'indépendants.

La concession et la franchise apparaissent cependant comme des formes de distribution vieillissantes car les fournisseurs se tournent de plus en plus vers des formules fondées sur un contrat d'intermédiation.

## **B – L'incertitude de la qualification de la subordination des distributeurs intermédiaires contractuels**

**155. Activité pour le compte d'autrui.** Les distributeurs intermédiaires contractuels sont ceux qui participent à la conclusion d'un contrat de vente ou d'entreprise entre le fournisseur et le client<sup>620</sup>. Ils agissent auprès de la clientèle pour le compte d'un ou plusieurs fournisseurs et le cas échéant, en leur(s) nom(s). La catégorie regroupe principalement les courtiers, les commissionnaires et les mandataires, en particulier les gérants-mandataires du Code de commerce et les agents commerciaux.

Du fait de cet agissement pour le compte d'autrui, ces distributeurs peuvent être soumis à une dépendance importante à l'égard du ou des fournisseur(s) dont ils diffusent les produits ou services. Ils sont pourtant considérés – parfois même légalement définis – comme des indépendants. Se pose ainsi la question de la distinction de ces intermédiaires indépendants avec les intermédiaires salariés.

**156. Plan.** Cette question se divise entre les intermédiaires indépendants dont les relations avec le donneur d'ordre sont régies par un statut spécial (agents commerciaux, agents généraux d'assurance et gérants-mandataires du Code de commerce) (2) et ceux pour lesquels ces relations relèvent principalement du droit commun et spécial des contrats du Code civil (1)<sup>621</sup>.

### ***1 – La distinction incertaine entre l'intermédiaire salarié et l'intermédiaire indépendant non soumis à un statut spécial***

**157. Présentation.** La loi, la jurisprudence et la doctrine invitent à distinguer le contrat de travail, le mandat, la commission et le courtage.

**158. Travail onéreux pour le compte d'autrui.** La distinction ne réside pas dans l'existence d'une prestation de travail à titre onéreux puisque le courtage, le mandat et la commission impliquent une prestation de travail pour le compte d'autrui<sup>622</sup> et sont onéreux dans les relations de distribution<sup>623</sup>.

**159. Indifférence de la représentation.** Il est souvent enseigné et jugé que le mandat porte

---

<sup>620</sup> Sur la question : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.* – Sur l'intermédiation d'assurance : BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *L'intermédiation d'assurance*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009.

<sup>621</sup> Si le commissionnaire est défini par le Code de commerce (C. com. art. L. 132-1, al. 1) il est soumis, notamment pour ses rapports avec le commettant, au droit commun et spécial des contrats du Code civil, son statut se résumant à un renvoi (C. com. art. L. 132-1 al. 2) et à la prévision d'un privilège (C. com. art. L. 132-2). De même, le statut du courtier (C. com. art. L. 131-1 s.) se limite à distinguer les types de courtiers, les conditions d'accès à la profession et de cumul (C. com. L. 131-1 à L. 131-5) et à prévoir les sanctions applicables à l'absence d'information de l'existence d'un conflit d'intérêts (C. com. art. L. 131-11).

<sup>622</sup> La loi définit le mandat comme « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom » (C. civ. art. 1984) et la commission comme le contrat par lequel une personne « agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant » (C. com. art. L. 132-1). Le courtage ne fait l'objet d'aucune définition légale mais est généralement entendu comme une opération qui consiste à mettre en relation, à rapprocher des personnes en vue de la conclusion d'un contrat auquel le courtier ne sera pas partie (voir par exemple : CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « courtage »).

<sup>623</sup> *Supra* n° 56.

principalement sur des actes juridiques et emporte une représentation<sup>624</sup> alors que le contrat de travail et le contrat d'entreprise ont pour objet des actes matériels ou intellectuels<sup>625</sup>. Cependant, la distinction entre les actes matériels et les actes juridiques n'est pas évidente<sup>626</sup>. Par ailleurs, une partie de la doctrine, suivie parfois par la jurisprudence et la loi, conçoit le mandat comme n'impliquant pas nécessairement l'accomplissement d'actes juridiques et une représentation mais seulement une volonté d'agir pour autrui<sup>627</sup>.

Quoi qu'il en soit, même en admettant que la conclusion d'actes juridiques et la représentation sont de la nature et de l'essence du mandat, ces éléments ne permettent pas de le distinguer du contrat de travail. En effet, l'activité d'un salarié peut parfaitement avoir pour objet ou impliquer la conclusion d'actes juridiques au nom et pour le compte de son employeur<sup>628</sup>. Ainsi, à un instant, avant sa sortie d'un magasin ou après un démarchage, le client ayant acquis un produit ou commandé un service a conclu un contrat de vente ou d'entreprise avec le propriétaire des produits ou l'entrepreneur alors même qu'il n'a été en contact qu'avec ses salariés<sup>629</sup>. Au-delà des actes matériels ou intellectuels de présentation des produits ou services et de conseil aux clients, un des salariés a nécessairement exercé, à un moment donné, le pouvoir de conclure la vente ou le contrat d'entreprise au nom et pour le compte de son employeur. Le vendeur ou le caissier transmettent rarement des propositions de contrats devant ensuite être acceptées par leur employeur, ils concluent les contrats avec les clients<sup>630</sup>. Le salarié peut donc parfaitement conclure des actes juridiques et

---

<sup>624</sup> Sur l'histoire de la représentation, « élément traditionnellement naturel du mandat » « devenu accidentellement essentiel du mandat » : DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, Préf. Y. Lequette, BDP, t. 339, LGDJ, 2000, n° 38 s. – V. aussi : GENICON (T.), *Mandat et représentation*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 33 s. – STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. Huet-Weiller, BDP, t. 172, LGDJ, 1982.

<sup>625</sup> Dans ce sens : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 455, « entre le mandataire et le salarié, une première différence apparaît : le premier n'accomplit que des actes juridiques ; le second est généralement chargé de la réalisation de tâches matérielles » – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 530 et 541 – PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 875 – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 639 – DURAND (P.) et VITU (A.), *op. cit.*, n° 142 s. – PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), par ROUAST (A.) et autres, *op. cit.*, n° 774, « le mandat est essentiellement un contrat de représentation, destiné à permettre à une personne de faire un acte juridique ou une série d'actes pour le compte d'une autre personne, tandis que le contrat de travail a pour objet l'accomplissement d'un travail indépendamment de toute idée de représentation. Sans doute, la passation d'un acte juridique pour autrui peut être considérée elle aussi comme un travail, et cette remarque explique que le mandat puisse comporter une rémunération. Mais ce travail n'est qu'un accessoire de l'opération ; ce que les parties envisagent, c'est le résultat juridique, c'est la création directe d'un droit au profit du mandant par l'intermédiaire du mandataire. Au contraire, dans le contrat de travail, le but envisagé par les parties est le travail lui-même, dont le patron entend tirer un profit matériel ou intellectuel. » – Pour un exemple jurisprudentiel : Com. 08/07/2008 : n° 07-12759 ; B. n° 148 ; D. 2008, 2140, X. Delpech ; CCC 2008, 229, N. Mathey.

<sup>626</sup> Dans ce sens : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 541 – Sur la question : MEKKI (M.), *La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 13 s. – LEDUC (F.), *Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise*, in Mél. G. Viney, LGDJ ; 2008, p. 595 s.

<sup>627</sup> Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 189 – DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31109 – GUEZ (P.), *Contrat de courtage*, JCl. Distrib., fasc. 850, 2012, n° 9 – TOMASIN (D.), *À la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail*, in Mél. M. Despax, PU Toulouse, 2002, p. 203 s., n° 7 – Pour une critique de la limitation du mandat aux seuls actes juridiques : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 243 s. – DIDIER (P.), *op. cit.*, n° 146 s. – COLIN (A.) et CAPITANT (H.) par JULLIOT de LA MORANDIERE (L.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 9, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1948, n° 1131.

<sup>628</sup> Dans ce sens : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 912 – DISSAUX (N.), *Mandat et contrat de travail*, in *Le mandat, Un contrat en crise ?*, Economica, 2011, p. 49 s., n° 12 – FERRIER (N.), *La délégation de pouvoirs, technique d'organisation de l'entreprise*, Préf. P. Pétel, BDE, t. 68, Litec, 2005, n° 185 – TOMASIN (D.), *op. cit.*, n° 9 s. – CAMERLYNCK (G. H.), *op. cit.*, n° 68 – AUBRY (C.) et RAU (C.), par ESMEIN (P.), *Droit civil français*, t. VI, 6<sup>e</sup> éd., Juris-Classeurs, 1951, n° 410, « beaucoup de contrats sont passés pour le compte d'une personne par un représentant qui lui est lié, non par un contrat de mandat mais par un contrat de travail ; c'est improprement qu'on dit souvent que le fondé de pouvoirs, qui a la condition de salarié, agit alors comme mandataire » – V. également : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.), et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31122, concluant que « les deux analyses – mandat accessoire au contrat de travail ou pouvoir de représentation découlant de la fonction salariée – restent possibles ».

<sup>629</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *Mandat et contrat de travail*, *op. cit.*, n° 12.

<sup>630</sup> V. par ex. : Com. 08/01/2002 : n° 98-13142 ; B. n° 1 ; RTD civ. 2002, 323, P.-Y. Gautier, jugeant à propos de l'exploitation d'un corner dans les Galeries Lafayette, « qu'en retenant, par une appréciation souveraine des éléments de fait que les clients n'ont manifesté leur volonté d'acquiescer les objets qui leur ont été présentés que lors de leur passage aux caisses, l'arrêt, qui a ainsi fait ressortir que la rencontre des volontés entre les acheteurs et le vendeur ne s'est réalisée qu'à cet instant, a pu retenir que les préposés de [l'exploitant du corner] n'ont effectué que des actes matériels de présentation de produits à l'exclusion d'actes juridiques pour le compte de la société [Galeries Lafayette] ». Il s'en déduit que si les salariés de l'exploitant du corner n'ont pas conclu d'actes juridiques de vente, les caissiers des Galeries Lafayette ont, eux, conclu un tel acte de vente alors qu'ils sont pourtant des salariés.

assurer la représentation de son employeur sans qu'un contrat de mandat distinct du contrat de travail ne soit conclu<sup>631</sup>. Lorsque sa mission est de distribuer des produits ou services, la conclusion d'actes juridiques de vente ou d'entreprise constitue même l'essentiel de son activité. Par suite, la conclusion d'actes juridiques à titre principal et la représentation ne permettent pas de distinguer le mandat et le contrat de travail<sup>632</sup>.

La représentation et la conclusion d'actes juridiques ne permettent pas non plus de distinguer le contrat de travail du courtage ou de la commission puisque les courtiers et les commissionnaires ne concluent pas d'actes juridiques au nom et pour le compte du donneur d'ordre.

**160. Critère déterminant de la subordination juridique.** Par conséquent, seule la subordination juridique, c'est-à-dire le mode d'exécution du mandat, de la commission ou du courtage, paraît susceptible de les distinguer du contrat de travail<sup>633</sup>. Il est ainsi enseigné et jugé que le mandataire, le commissionnaire<sup>634</sup> et le courtier<sup>635</sup> sont indépendants, autonomes, qu'à la différence des salariés, ils jouissent d'une grande latitude dans le choix des moyens d'exécution de leur mission<sup>636</sup> et ont leur propre entreprise<sup>637</sup>.

---

Sur la question, voir le débat entre Rouast et Ripert : « M. Ripert. – [...] Quand M. Rouast définit l'étendue de la représentation, il dit tout d'abord qu'il faut distinguer avec soin ceux qui sont les commis, les préposés, de ceux qui sont les représentants. Théoriquement la distinction est parfaitement exacte, pratiquement elle est très difficile. Vous dites qu'un employé de commerce, un commis, dans une boutique, par exemple, est un employé, qu'il n'est pas un représentant. Pourtant, s'il vend des marchandises aux clients, au nom de qui les vend-il ? Au nom du patron, du commerçant.

M. Rouast. – Le contrat est mixte.

M. Ripert. – Oui ; le commis est à la fois employé et représentant. Or il y a une gamme infinie entre ce préposé tenu d'obéir aux ordres du commettant et le représentant qui jouit d'une certaine indépendance. Au point que celui que vous appelez le représentant de commerce se trouve, en fait, plus indépendant que celui que l'on appelle l'employé ; pourtant il est représentant de la volonté d'autrui. De même tous les fondés de pouvoirs, directeurs d'agences, directeurs de succursales, qui agissent en leur nom, agissent pourtant comme représentants d'autrui, tout au moins représentants de la société personne morale. Et dans la pratique il est extrêmement difficile de faire la distinction de celui qui agit comme représentant, comme mandataire, et de celui qui agit comme employé. Les Anglais ont une notion générale, celle de l'agency qui paraît couvrir à la fois la représentation et l'emploi. » (Trav. Ass. H. Capitait 1948, t. IV, Dalloz, 1950, p. 149 s.)

<sup>631</sup> Dans ce sens : CAMERLYNCK (G. H.), *op. cit.*, n° 69, « il convient d'admettre que le contrat de travail – dont l'objet peut en principe consister en n'importe quelle prestation de services – devient source "génétique" et normative d'une représentation salariée originale. On parle de manière équivoque de mandataire "salarié", espèce relevant du genre mandat. Il serait préférable de parler de salarié représentant – mandataire si l'on veut – forme particulière du contrat dans les rapports inter partes et même vis-à-vis des tiers informés de cette qualité » – V. également : PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), par ROUAST (A.) et autres, *op. cit.*, n° 775, « la question de la distinction entre le mandat et le contrat de travail comporte un certain nombre d'applications délicates. L'employé peut se transformer en mandataire s'il est chargé de faire un acte juridique pour le compte de son patron. Il y a des professions dans lesquelles cette transformation est incessante : tel est le cas des agents d'assurances qui accomplissent au profit des compagnies un travail matériel, et qui ont en même temps qualifié pour les représenter dans la passion des contrats ». – Rapp. : RADÉ (C), *Des critères du contrat de travail*, *op. cit.*, n° 19, « le salarié ne contracte pas en son nom propre mais "pour le compte" de son employeur ».

<sup>632</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *Mandat et contrat de travail*, *op. cit.*, n° 12 – TOMASIN (D.), *op. cit.*, n° 5 s. – Dans ce sens déjà : COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULIOT de LA MORANDIERE (L.), *op. cit.*, n° 1131, « on dit parfois que le mandat devait avoir pour objet l'accomplissement d'actes juridiques et impliquait représentation du mandant par le mandataire, le contrat de travail aurait pour objet des services d'un autre ordre, services matériels, comme ceux d'un ouvrier, d'un domestique, services intellectuels, comme ceux d'un ingénieur, d'un comptable, services de direction..., etc. Mais, d'une part, bien que la représentation soit en effet de la nature du mandat, elle n'est pas, en droit français de son essence (art. 1984) et d'autre part les services que s'engage à rendre un employé, dans un contrat de travail, peuvent consister dans l'accomplissement d'actes juridiques (ventes ou achats pour le compte du patron) » – Contra : PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), par ROUAST (A.) et autres, *op. cit.*, n° 775, soutenant que la représentation est le critère de distinction entre le mandat et le contrat de travail et qu'on doit résoudre les hésitations « en faisant prévaloir celui des deux contrats qui se rapporte à l'essentiel des fonctions du préposé ».

<sup>633</sup> Dans ce sens pour le mandat : CAMERLYNCK (G. H.), *op. cit.*, n° 68 s., « seul le critère de la subordination – le degré de soumission à l'autorité de l'entreprise – permet de différencier le salarié représentant du professionnel indépendant mandataire » (n° 69) – BRUN (A.) et GALLAND (H.), *Droit du travail*, t. 1, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1978, n° 364 – COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULIOT de LA MORANDIERE (L.), *op. cit.*, n° 1131. – V. également : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, qui après avoir relevé une différence tenant à la réalisation d'actes juridiques (n° 455), semblent se focaliser sur la subordination juridique (n° 456 s.).

<sup>634</sup> Sur l'indépendance du commissionnaire : CHAUVEL (P.), *Commissionnaire*, Rép. com., 2008, maj. 2012, n° 24.

<sup>635</sup> Sur l'indépendance du courtier : DEVESSA (P.) et THOMASSET-PIERRE (S.), *Courtage*, JCl. Com., fasc. 326, 2014, n° 20 s. – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 539 – GUEZ (P.), *op. cit.*, n° 19 s. – DURANTON (G.), *Courtiers*, Rép. com., 2007, maj. 2013, n° 18 – COLLART DU TILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 668 – DEVESSA (P.), *L'opération de courtage*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 30, Litec, 1993, n° 134 s.

<sup>636</sup> Dans ce sens pour le mandat : AUBRÉE (Y.), *op. cit.*, n° 120, « si la situation du salarié peut être comparée à celle du mandataire dans la mesure où il exécute, comme ce dernier, un travail rémunéré pour le compte d'autrui, elle ne saurait pour autant lui être assimilée, car le mandataire représente les intérêts du mandant et agit pour le compte de celui-ci de manière indépendante, en disposant d'une grande latitude quant au choix des moyens pour atteindre les objectifs qui lui ont été fixés » – BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 912 – ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., Litec, 2013, n° 466 – DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31121 – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 403 et 404 – V. par ex. : Soc. 16/01/2002 : n° 99-45718, caractérisant « un pouvoir de direction et de contrôle ainsi que disciplinaire excluant l'existence d'un mandat ».

<sup>637</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, *op. cit.*, n° 76.



**161. Plan.** Ainsi, pour apprécier la distinction entre le contrat de travail et le mandat, la commission ou le courtage, il convient de rechercher dans ces contrats les indices de la subordination juridique (a) et les indices d'indépendance pris en compte par la jurisprudence dans la qualification du contrat de travail de droit commun (b). La difficulté de la distinction sera soulignée pour la commission-affiliation (c).

### **a - Les pouvoirs de direction, contrôle et sanction dans les contrats d'intermédiation**

**162. Théorie de l'agence.** L'autonomie et l'indépendance des mandataires, commissionnaires et courtier est relative. En effet, l'intermédiation implique que le donneur d'ordre reprenne à son compte et assume des actes qu'il n'a pas personnellement négociés ou conclus, avec des personnes qu'il n'a pas lui-même choisies. Le donneur d'ordre court ainsi un risque car il fait gérer ses affaires par autrui. Cette situation et ses risques ont été étudiés par les économistes et juristes et ont donné naissance à la théorie dite *de l'agence* appliquée tant aux salariés qu'aux intermédiaires considérés comme indépendants<sup>638</sup>. La maîtrise de ce risque d'agence conduit le *principal* (donneur d'ordre) à se réserver et à exercer des pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction sur l'agent, ce que lui permet généralement le droit.

**163. Pouvoir de direction.** Un pouvoir de direction existe ainsi souvent dans les contrats d'intermédiation.

**Dans le mandat.** En application de l'article 1989 du Code civil, « *le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat* ». Il en est déduit que le mandataire « *doit respecter les instructions qui lui ont été données* »<sup>639</sup>. Monsieur Petel a notamment mis en évidence la possibilité d'instructions portant sur l'étendue de la mission et sur son exécution. Pour les premières, il expose qu'« *en présence d'instructions précises, [...] [le mandataire] doit accomplir les actes visés par le mandant [...] et [...] ne doit pas s'écarter des limites que lui impose la précision des ordres reçus* »<sup>640</sup>. À propos des secondes, il précise que « *les directives données par le mandant sont en principe impératives* » et peuvent porter sur « *le contenu des actes juridiques faisant l'objet de la mission* » ou « *les conditions de leur accomplissement* »<sup>641</sup>. S'exerce donc sur le mandataire un pouvoir de direction qui peut être très important, notamment si le mandat est impératif<sup>642</sup>. Il s'agit d'un moyen de gestion préventif du risque d'agence<sup>643</sup>. Par conséquent, comme le note Monsieur Tomasin, « *l'indépendance [du mandataire] est relative et son autonomie restreinte à la satisfaction des directives du mandant. [...] Il n'a de liberté et d'indépendance dans la conclusion d'un acte juridique avec les tiers que dans la mesure où le mandant les lui aura reconnues* »<sup>644</sup>.

---

<sup>638</sup> Pour une analyse du mandat à travers cette théorie : DIDIER (P.), *op. cit.*, n° 206 s. – Sur cette théorie, voir l'article fondateur : JENSEN (M.-C.) et MECKLING (W.-H.), *Theory of the firm : managerial behaviour, agency costs and ownership structure*, Journal of Financial Economics 1976, vol. 3, n° 4, p. 305 s.

<sup>639</sup> PÉTEL (P.), *Le contrat de mandat*, Dalloz, 1994, p. 50 – V. également : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 930 – MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 612 – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 645.

<sup>640</sup> PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Préf. M. Cabrillac, BDE, t. 20, Litec, 1988, n° 16 s., spéc. n° 22.

<sup>641</sup> *Ibid.*, n° 50 s., spéc. n° 51 et n° 56. – V. par ex. : Com. 20/01/1998 : n° 96-13584, excluant la qualification d'agent commercial et de mandat d'intérêt commun faute d'indépendance du mandataire mais admettant l'existence d'un mandat malgré la stipulation que « *l'activité de prospecteur, prévue au contrat, s'exécute sur demande de la société Osmac qui organisera la programmation des missions de suivi de clientèle et de démarchage des clients* ».

<sup>642</sup> Dans ce sens : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 931, « *le mandataire doit tout d'abord évidemment respecter les instructions reçues et l'on oppose volontiers à cet égard le mandat indicatif qui laisse au mandataire une marge d'appréciation au mandat impératif qui donne des instructions précises et fermes, lesquelles doivent être respectées* ».

<sup>643</sup> Sur la question : DIDIER (P.), *op. cit.*, n° 252 s.

<sup>644</sup> TOMASIN (D.), *op. cit.*, n° 20. – V. également : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 566, « *selon les pouvoirs qui lui ont été conférés, il a une faculté d'initiative plus ou moins étendue* » – MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 612 – DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 1336, « *le mandant dirige donc bien à cet égard l'activité du mandataire* » – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et

Cette soumission aux directives et ordres du mandant apparaît clairement en décalage avec la prétendue autonomie dont il jouirait et qui le distinguerait du salarié. Une partie de la doctrine soutient ainsi que l'autonomie du mandataire s'opposerait à l'existence d'un mandat impératif ou, du moins, totalement impératif<sup>645</sup>. Cependant, le Code civil n'interdit nullement un tel mandat<sup>646</sup> et celui-ci est donc largement admis<sup>647</sup>. Il est alors soutenu qu'en dépit du caractère impératif du mandat, le mandataire resterait indépendant car il disposerait toujours d'une « *faculté d'adaptation* » aux circonstances pour réaliser sa mission<sup>648</sup>. Or, s'il suffit d'une marge de manœuvre aussi réduite pour être qualifié d'indépendant malgré une soumission à des ordres impératifs, il faut alors reconnaître l'indépendance de nombreux salariés et notamment des cadres dirigeants puisque la loi prévoit expressément qu'ils doivent être « *habilités à prendre des décisions de façon largement autonome* »<sup>649</sup>.

**Dans la commission.** Lorsqu'elle ne soutient pas purement et simplement que les règles du mandat s'appliquent dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire<sup>650</sup>, la doctrine met en évidence que la jurisprudence impose au commissionnaire de respecter les instructions du commettant qui peuvent être plus ou moins précises et contraignantes selon que la commission est impérative, indicative ou facultative<sup>651</sup>. Il existe ainsi un pouvoir de direction comparable à celui du mandat et, à l'instar du mandataire, le commissionnaire peut parfois disposer d'une liberté comparable, sinon inférieure, à celle d'un cadre salarié.

**Dans le courtage.** La question est moins évidente pour le courtage tant la nature et le régime de ce contrat sont mystérieux<sup>652</sup>. En l'absence de droit commun du courtage<sup>653</sup>, une partie de la doctrine le rattache au mandat<sup>654</sup>, au contrat d'entreprise<sup>655</sup>, à une qualification d'intermédiaire devant entraîner un régime spécifique<sup>656</sup> ou soutient qu'il obéirait à un régime hybride<sup>657</sup>. De plus, si l'indépendance du courtier et

---

VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 404, l'autonomie et l'indépendance du mandataire peut être « *toute relative* ». – V. par ex. : Civ. 1 09/07/1985 : n° 83-12012 ; B. n° 219, l'initiative du mandataire s'exerce « *sauf instructions formelles de son client* ».

<sup>645</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, *op. cit.*, n° 76 s., « *le mandataire doit jouir d'une autonomie certaine, d'une sorte d'indépendance, d'une liberté – même relative – dans la négociation ou la rédaction de l'acte juridique [...]. Autrement dit, le mandat ne doit point être impératif, ou du moins ne pas être pas impératif en totalité, en ce sens que certaines conditions peuvent néanmoins être fixées par le mandant de façon impérative* » – Comp.

<sup>646</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *Mandat et contrat de travail*, *op. cit.*, n° 15.

<sup>647</sup> Dans ce sens : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 931 – DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31225 – PÉTEL (P.), *Le contrat de mandat*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>648</sup> PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 103 s. – Dans ce sens : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31225 – DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 818 – V. également : COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 633.

<sup>649</sup> C. trav. art. L. 3111-2 – *Supra* n° 91.

<sup>650</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, 2014, n° 254 s. – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 538 – DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31129 – MENDOZA-CAMINADE (A.), *op. cit.*, 2011, n° 298 – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 663 – *Contra* : DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 50.

<sup>651</sup> Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 256 s., en cas de mandat impératif « *la marge de manœuvre du commissionnaire est alors nulle* » (n° 257) – CHAUVEL (P.), *op. cit.*, n° 105 s. – RIPERT (G.) et ROBLLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Droit commercial*, t. 2, 17<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2004, n° 2643, « *traitant en son nom personnel, le commissionnaire n'en doit pas moins exécuter les ordres du commettant. Mais, il faut distinguer entre les instructions de caractère impératif, qui sont obligatoires pour lui, et celles de caractère indicatif, qui lui laissent une liberté d'appréciation* » – DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 57 s. – BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 154 s. – LATI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, n° 263.

<sup>652</sup> GRIMALDI (C.), *Mandat et courtage*, in *Le mandat*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011, p. 79 s., n° 2.

<sup>653</sup> GUEZ (P.), *op. cit.*, n° 5.

<sup>654</sup> DURANTON (G.), *op. cit.*, n° 40, « *le contrat de courtage est une forme particulière de mandat et non un contrat innomé* » – DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 251, « *la qualification de mandat sans représentation sied parfaitement au courtier* » – LOYER-LEMERCIER (M.-J.), *L'intermédiaire contractuel*, thèse Paris 2, 2006, n° 18.

<sup>655</sup> Dans ce sens : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 909 – PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 875.

<sup>656</sup> DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.* – V. également : VABRES (R.), *La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation*, RTD com. 2011, p. 215 s.

<sup>657</sup> DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31134, soutenant que « *le courtage entre dans la catégorie du louage d'ouvrage* » mais que « *par-delà cette différence de nature avec le mandat et la commission on observe que le courtier obéit dans ses rapports avec son donneur* ».

l'incompatibilité de la qualification avec un lien de subordination est affirmée, la question des directives qu'il pourrait recevoir n'est pas abordée<sup>658</sup>. Néanmoins, le courtage consistant à rechercher des cocontractants pour un donneur d'ordre<sup>659</sup>, il caractérise un agissement pour le compte d'autrui et semble impliquer la possibilité du donneur d'ordre de préciser la mission du courtier (précision des qualités des cocontractants recherchés, d'une zone géographique de recherche) et à la faire évoluer, notamment lorsqu'elle a un caractère de permanence<sup>660</sup> et donc de lui donner des directives<sup>661</sup>.

**164. Pouvoir de contrôle.** Ce pouvoir direction se double, en principe, d'un pouvoir de contrôle.

**Dans le mandat.** Ainsi, l'article 1993 du Code civil dispose que « *tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant* ». Cette obligation permet de minimiser le risque d'agence en réduisant le déficit d'information du donneur d'ordres<sup>662</sup>. Elle est présentée comme inhérente au mandat<sup>663</sup>. Le mandant peut donc exiger du mandataire qu'il l'informe du cours de la mission confiée afin notamment de vérifier les diligences accomplies et d'adapter ses instructions<sup>664</sup>. Le mandant peut « *exiger toutes les informations relatives à l'activité du mandataire dès lorsqu'elles sont nécessaire pour situer cet état d'avancement* » et dispose ainsi d'un « *droit de contrôle lui permettant de s'assurer que le mandataire respecte ou a respecté en cours de mission les différents devoirs qui lui incombent : fidélité aux instructions reçues, diligence et loyauté* »<sup>665</sup>. Cette obligation de rendre compte en cours de mission se double d'une obligation de rendre compte du résultat de la mission<sup>666</sup>.

Fondant un pouvoir de contrôle du mandant, l'obligation paraît en contradiction avec l'affirmation de l'indépendance du mandataire. La doctrine souligne ainsi le risque de requalification qu'elle génère et met en garde contre les cluses de reddition de comptes périodique<sup>667</sup>. Cependant, même en l'absence de clause, le pouvoir de contrôle peut être régulièrement mis en œuvre par le mandant et s'impose au mandataire.

**Dans la commission et le courtage.** Le commissionnaire est tenu de la même obligation de reddition de comptes que le mandataire : il doit informer le commettant du cours de la mission pour lui permettre de

---

d'ordre à un régime juridique présentant de nombreux points de similitude avec celui dont relève le mandataire, et le commissionnaire » – GUEZ (P.), *op. cit.*, n° 8 – GRIMALDI (C.), *op. cit.*, n° 15 s. – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 668.

<sup>658</sup> Se limitant à affirmer l'indépendance du courtier ou l'incompatibilité avec un lien de subordination : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 539 – GUEZ (P.), *op. cit.*, n° 20 – DURANTON (G.), *op. cit.*, n° 19 et 58. – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 668 – N'abordant pas du tout la question : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31132 s. – V. cependant : DEVESA (P.) et THOMASSET-PIERRE (S.), *op. cit.*, n° 20, se limitant à préciser sur le fondement d'un arrêt de 1948 que celui qui « *reçoit une liste de clients à démarcher et doit rendre compte de son activité à intervalles réguliers, risque de ne pas être considéré comme un courtier* » – DEVESA (P.), *L'opération de courtage*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 30, Litec, 1993, n° 135 s.

<sup>659</sup> BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 149 s.

<sup>660</sup> Sur la possibilité d'un courtage permanent : DEVESA (P.) et THOMASSET-PIERRE (S.), *op. cit.*, n° 19 – GUEZ (P.), *op. cit.*, n° 18.

<sup>661</sup> Rappr. : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 818, « *L'obligation d'exécuter les instructions reçues du donneur d'ordres [...] constitue la première manifestation* » du « *régime commun à toute forme d'intermédiation* ».

<sup>662</sup> DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, Préf. Y. Lequette, BDP, t. 339, LGDJ, 2000, n° 284 s. – V. également : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 1169 s.

<sup>663</sup> LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, *op. cit.*, n° 266.

<sup>664</sup> Dans ce sens : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 935 – ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil Contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., Litec, 2013, n° 489 – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 648.

<sup>665</sup> PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Préf. M. Cabrillac, BDE, t. 20, Litec, 1988, n° 414 et 415.

<sup>666</sup> *Ibid.*, n° 418 s.

<sup>667</sup> *Ibid.*, n° 497 s. – Rappr. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 261, « *l'exécution de l'obligation d'informer permet d'apprécier non seulement les conditions dans lesquelles le commissionnaire a exécuté sa mission, mais encore son degré d'autonomie par rapport au commettant en vue de l'application des règles du droit social s'il apparaît trop dépendant* ».

vérifier si ses instructions sont respectées et, le cas échéant, de les adapter<sup>668</sup>. Le courtier est également tenu de rendre compte de sa mission de recherche d'un cocontractant<sup>669</sup>. Il a ainsi été souligné que cette obligation de reddition de comptes était « *inhérente à la fonction d'intermédiaire* »<sup>670</sup>.

**165. Pouvoir de sanction.** Enfin, dans le mandat, la commission et le courtage, le donneur d'ordre dispose d'un pouvoir de sanction tiré de sa faculté de rompre unilatéralement le contrat pour manquement grave du cocontractant, de le résilier<sup>671</sup>, de ne pas renouveler ou, le cas échéant, de faire jouer une clause résolutoire<sup>672</sup>.

**166. Conclusion.** Finalement, il apparaît que l'agissement pour le compte d'autrui, commun au mandat, à la commission et au courtage, fonde un pouvoir de direction et de contrôle du donneur d'ordre auquel s'ajoute un pouvoir de sanction si bien que l'autonomie laissée à l'intermédiaire peut être identique, voire inférieure, à celle d'un salarié.

Monsieur Dissaux constate ainsi que du fait des mouvements convergents de « *relâchement du lien de subordination* » et de « *professionnalisation du mandat* », les éléments du lien de subordination se retrouvent dans ce contrat sans qu'une différence de degré puisse être mise en évidence<sup>673</sup>.

La jurisprudence est ainsi assez illisible puisqu'elle s'est déjà fondée sur les pouvoirs procédant du régime du mandat pour reconnaître l'existence d'un contrat de travail<sup>674</sup> ou, contraire a estimé que ces pouvoirs n'étaient pas déterminants car inhérents au mandat<sup>675</sup>.

De manière générale, la doctrine souligne la difficulté de distinguer le mandat<sup>676</sup>, la commission<sup>677</sup>, le

---

<sup>668</sup> DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 154 s. et n° 173 s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 261 s. – CHAUVEL (P.), *op. cit.*, n° 118 s. – MENDOZA-CAMINADE (A.), *op. cit.*, n° 305

<sup>669</sup> DEVESA (P.) et THOMASSET-PIERRE (S.), *op. cit.*, n° 34 – DURANTON (G.), *op. cit.*, n° 86 – DEVESA (P.), *op. cit.*, n° 176 – BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 150.

<sup>670</sup> DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 1170 s.

<sup>671</sup> Pour la caractérisation d'un pouvoir de sanction caractéristique du contrat de travail par l'existence d'une possibilité de résiliation d'un mandat : Soc. 15/12/2010 : n° 09-40478 – Soc. 08/06/2010 : n° 08-44965 – V. également : Soc. 19/09/2013 : n° 12-17494, tenant compte d'une menace de remise en cause de la collaboration instituée par un mandat pour le requalifier en contrat de travail.

<sup>672</sup> *Supra* n° 95 – Sur la rupture de la commission : DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 799 s.

<sup>673</sup> DISSAUX (N.), *Mandat et contrat de travail*, *op. cit.*, n° 5 et n° 13 s. – DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 1335 s. – Rapp. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 145, « les obligations du diffuseur mandataire sont très proches de celles supportées par un diffuseur-salarié : d'une part exécuter (C. civ. art. 1991 conformément aux instructions du mandant (C. civ. art. 1989) et loyalement, d'autre part rendre compte (C. civ. art. 1993), de sorte que le fournisseur peut aisément placer sous le régime du mandat un diffuseur susceptible de bénéficier du statut de salarié » – PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), par ROUAST (A.) et autres, *op. cit.*, n° 774, « le lien de subordination que la jurisprudence reconnaît comme caractéristique du contrat de travail n'existe pas, au même degré dans les rapports du mandataire et du mandant, mais il peut n'être pas complètement étranger à ces rapports, lorsque le mandataire agit sur l'ordre, et quelquefois sous la direction du mandant. Il y a alors une simple différence de degré dans la subordination. Mais il est impossible de s'en tenir à cette seule différence pour distinguer les deux contrats. »

<sup>674</sup> V. par ex. : Soc. 21/06/1978 : n° 77-40922 ; B. n° 490 ; JCP CI 1978.I.7287, B. Teyssié et R. Descotte, « les juges du fond ayant relevé que Monique X... qui avait pour tâche d'organiser des réunions et de visiter les clients éventuels à domicile, pour la vente d'articles ménagers, moyennant une commission, et d'assurer un service après vente avec une rémunération distincte, devait se conformer aux directives générales de la société, notamment en ce qui concerne la participation à des stages de formation et à des réunions organisées par des chefs de groupe, et la rédaction de rapports hebdomadaires, ont pu estimer que le contrat bien qu'il eût été qualifié de mandat, comportait un lien de subordination qui faisait de Dame X... la salariée de la société, même si la nature du travail impliquait une certaine liberté de l'intéressée, dans son exécution ».

<sup>675</sup> V. par ex. : Soc. 17 nov. 2004 : n° 02-45656, l'intéressée « ne recevait de l'UCB aucune instruction précise et impérative ; que sa mission dont l'objet était de recueillir et de transmettre des demandes de prêts s'inscrivait dans le cadre d'une politique par objectifs, définis d'année en année d'un commun accord ; [...] que le contrôle exercé régulièrement par l'UCB sur son activité n'était pas déterminant dès lors que tout mandataire doit rendre compte à son mandant de sa gestion ».

<sup>676</sup> Dans ce sens : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 913, « l'application pratique de ce critère [indépendance/subordination] est souvent délicate car les deux fonctions peuvent en fait se rapprocher dans leurs conditions d'exercice : il y a des salariés qui jouissent d'une large marge de manœuvre [...], tandis qu'à l'inverse, l'autonomie du mandataire est souvent limitée par la précision des instructions qu'il reçoit. » – MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 605 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 541 – ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil Contrats spéciaux*, Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2013, n° 466 – DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31122 – CAMERLYNCK (G. H.), *op. cit.*, n° 69 s – PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), par ROUAST (A.) et autres, *op. cit.*, n° 775.

<sup>677</sup> Dans ce sens : DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 823, constatant que « les circuits de distributions sont, en effet, très relatifs à des produits de marque qui révèlent le rôle du commissionnaire et l'identité du commettant » si bien que « mandat et commission se rapprochent ». L'auteur souligne également que « la liberté d'action présentée comme un trait caractéristique du commissionnaire permettant de le distinguer du mandataire, est parfois réduite » car « entre un

courtage et le contrat de travail<sup>678</sup>, particulièrement dans le domaine de la distribution<sup>679</sup>. Monsieur Tomasin constate ainsi que « la politique commerciale déterminée par les producteurs ou les réseaux de distribution nivelle la liberté des agents de distribution » et « concourt à un effacement des frontières et à un mélange des genres » au point qu' « on pourrait parfois, sans être iconoclaste, se demander si ces obligations juridiques ne sont pas plus lourdes à exécuter du côté du mandataire que du côté du salarié »<sup>680</sup>.

Dans ces conditions, il peut être envisagé de recourir aux indices d'indépendance pour distinguer les salariés des courtiers, commissionnaires ou mandataires.

## **b - Les indices d'indépendance dans les contrats d'intermédiation**

**167. Pluralité de donneurs d'ordres et exercice d'autres activités.** Le mandat et la commission peuvent être exclusifs ; la situation est fréquente dans les mandats professionnels<sup>681</sup>. Par ailleurs, même en l'absence d'exclusivité, le mandataire et le commissionnaire sont tenus d'une obligation de loyauté envers le donneur d'ordre<sup>682</sup> qui, à l'instar de celle existant dans le contrat de travail<sup>683</sup>, s'oppose à ce qu'ils agissent pour le compte de plusieurs concurrents sans son accord<sup>684</sup>. Mandataires, commissionnaires et salariés sont ainsi dans une situation comparable : ils peuvent cumuler des donneurs d'ordres et les activités à condition de ne pas concurrencer leur mandant/employeur. L'indice a donc peu d'intérêt.

En revanche, il est généralement soutenu que l'indépendance du courtier s'oppose à ce qu'il exerce exclusivement sa mission pour un seul donneur d'ordres<sup>685</sup>. La constatation d'une mission permanente de recherche de contractants pour un seul fournisseur pourrait donc suffire à la requalification.

**168. Moyens humains et matériels propres.** La doctrine expose que le mandataire, le commissionnaire et le courtier sont, en principe, libres d'utiliser des moyens humains et matériels de leur choix et qui leur sont propres, ce qui serait la marque de leur indépendance<sup>686</sup>. Monsieur Dissaux propose même, pour dépasser les

---

*commissionnaire qui se voit imposer des instructions impératives draconiennes et un mandataire totalement libre de ses mouvements, la distinction est tenue » si bien que « sur ce point de l'indépendance du commissionnaire, la force des instructions du donneur d'ordre peut parfaitement rapprocher le commissionnaire du mandataire, et réciproquement ».*

<sup>678</sup> V. déjà : DEMOGUE (R.), *Du droit de résiliation unilatérale du contrat*, RTD civ. 1907, p. 245 s., p. 264 à 277, regroupant les contrats de commission, mandat, entreprise et travail dans une même catégorie de « *contrats d'aide ou de commandement* » et appelant à dépasser les conflits de qualification en considérant que dans tous ces contrats « *il y aura possibilité pour celle des parties qui fait faire un travail par autrui de modifier ses ordres primitifs quant à l'exécution du travail* ».

<sup>679</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 65, « la proximité de ces qualifications [contrat d'entreprise, contrat de mandat, contrat de travail] est telle que, dans certaines conditions de diffusion, leurs frontières sont tantôt imperceptibles, tantôt ignorées. La question se pose alors moins de la pertinence de ces catégories : salariés, mandataire, entrepreneur, que de l'utilité de reconnaître une catégorie générale d'intermédiaires du commerce ». – V. également : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 457.

<sup>680</sup> TOMASIN (D.), *À la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail*, in Mél. M. Despax, PU Toulouse, 2002, p. 203 s., n° 20. – V. : Soc. 04/06/1992 : n° 90-22094 ; B. n° 367, relevant l'existence d'un lien de subordination à l'égard de gérants-mandataires en constatant notamment que le mandant, « *sur les objectifs à atteindre et les modalités pour y parvenir, leur imposait des limites inférieures et supérieures de vente et les obligeait à suivre étroitement sa politique commerciale* ».

<sup>681</sup> LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, Rep. civ. Dalloz, 2011, maj. 2013, n° 130 s.

<sup>682</sup> Sur cette obligation dans le mandat : PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 172 s.

<sup>683</sup> Sur cette obligation : BOSSU (B.), *La loyauté*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 185 s.

<sup>684</sup> Rappr. : Com. 16/03/1993 : n° 91-11194 ; B. n° 109 ; D. 1994, 224, Y. Picod ; CCC 1993, 106, L. Leveneur, posant en principe, au visa des articles 1134, alinéa 3, 1135 et 2003 du Code civil « *que dans un mandat d'intérêt commun, si le mandataire a le droit, à défaut de clause contraire, d'accepter la représentation d'un nouveau mandant, c'est à la condition que les produits de ce dernier ne soient pas concurrents de ceux du premier mandant, sauf accord de celui-ci* ».

<sup>685</sup> Dans ce sens : GUEZ (P.), *op. cit.*, n° 20 – LE TOURNEAU (P.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2012, n° 5552 – DEVESEA (P.), *L'opération de courtage*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 30, Litec, 1993, n° 142 – Soc. 15/06/1995 : n° 92-12801 – Soc. 05/07/1973 : n° 72-40748 ; B. n° 452 – Soc. 02/12/1965 : B. n° 864, « *ces opérations bien que répondant dans l'ensemble à la définition du courtage commercial, en différaient [...] au motif [...] que l'activité définie n'étant exercée qu'au profit d'un nombre limité d'entreprises ont il était le représentant exclusif, celui-ci ne jouissait pas de l'indépendance caractéristique essentielle du courtage* ».

<sup>686</sup> V. par ex. : LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, *op. cit.*, n° 205.

limites de la subordination juridique, de faire de cette « *liberté d'organiser son entreprise* » le critère de distinction entre le mandat et le contrat de travail<sup>687</sup>.

**Moyens matériels propres.** Cependant, la jurisprudence admet que le donneur d'ordre fournisse des moyens matériels au mandataire sans nécessairement lui faire perdre son indépendance<sup>688</sup> ou puisse maîtriser ces moyens sans remettre en cause la qualification de mandat<sup>689</sup>.

Par ailleurs, l'article 1999 du Code civil pose le principe que le mandataire n'assume pas, sauf faute de sa part, « *les avances et frais [...] faits pour l'exécution du mandat* », ce qui fait écho au principe de remboursement des frais professionnels dans le contrat de travail<sup>690</sup>. L'application de la règle est généralement admise pour le commissionnaire<sup>691</sup> mais discutée pour le courtier<sup>692</sup>.

Par conséquent, déjà ambigu pour distinguer le contrat de travail d'autres conventions<sup>693</sup>, le caractère propre des moyens d'exploitation l'est encore plus lorsqu'il s'agit de distinguer le salarié du mandataire ou du commissionnaire puisque le fait que le donneur d'ordres assume les frais relatifs aux moyens matériels découle de l'économie de l'intermédiation.

**Moyens humains.** S'agissant des moyens humains, l'article 1994 du Code civil prévoit que « *le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable* ». Pour la jurisprudence, cet article « *n'autorise la substitution du mandataire dans l'accomplissement de son mandat que si le mandat le prévoit* »<sup>694</sup>. La substitution est donc expressément un « *pouvoir [...] conféré* » au mandataire par le mandant, pouvoir qu'il

---

<sup>687</sup> DISSAUX (N.), *Mandat et contrat de travail*, op. cit., n° 22.

<sup>688</sup> C'est notamment le cas dans le mandat de gestion d'un fonds de commerce, puisque, par définition, les éléments du fonds gérée par le mandataire appartiennent au mandant (*infra* n° 210) – V. également : Soc. 17 nov. 2004 : n° 02-45656, jugeant que si le mandataire « *utilisait des imprimés établis par l'UCB [(son mandant)] et du matériel informatique commandé par l'intermédiaire de cet établissement, ces choix ne lui étaient pas imposés* » et ne caractérisaient donc pas un contrat de travail. – Rapp. : Paris 19/03/2014 : n° 11/00949, jugeant à propos d'un contrat ayant pour objet une « *prestation de directeur marketing externe* » que « *le fait que madame B. a disposé d'une adresse mail E-SWIN [(l'entreprise)], d'un portable, de cartes de visite, d'une carte bancaire pour le paiement de frais, de matériels et que ses frais aient été remboursés, n'est pas [...] déterminant [pour qualifier un contrat de travail] alors que les pièces produites démontrent qu'elle faisait des réunions en France et avait besoin de matériel pour effectuer des présentations. De la même manière, il est normal qu'en qualité de prestataire ses frais aient été remboursés et que, grâce à la carte bancaire de l'entreprise, elle n'ait pas à faire l'avance des frais* ».

<sup>689</sup> La jurisprudence l'admet pour le mandataire lorsqu'elle juge que le mandant ne peut se dispenser de rembourser les pertes « *qui auraient pour origine un élément de l'exploitation dont la maîtrise a été conservée par le mandant* » (*infra* n° 169).

<sup>690</sup> Sur ce principe : *infra* n° 541.

<sup>691</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 265, « *le commettant est [...] tenu, en application de l'article 1999 du Code civil, de rembourser au commissionnaire les frais qu'il a avancés pour la conservation de la marchandise ou, d'une manière générale, dans l'exécution de la mission sauf convention contraire ; ces frais à la différence de la commission, sont dus que l'opération soit un non conclue* » – GRIMALDI (C.), op. cit., n° 21 – DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, op. cit., n° 1289 s. – DUMONT (M.-P.), op. cit., n° 249 s. – V. par ex. : Com. 06/04/1993 : n° 91-13610 – Com. 26/01/1965 : n° 60-11349 ; B. n° 72 – V. cependant : Com. 11/12/2007 : n° 06-18192 ; B. n° 264 ; RTD com., 454, B. Bouloc, « *le commissionnaire de transport, tenu d'une obligation de résultat et qui ne peut, sous réserve d'une stipulation contraire, s'exonérer de la responsabilité qui pèse sur lui que par la preuve d'une cause étrangère, ne peut exiger de son commettant, ainsi qu'un mandataire pourrait l'exiger de son mandant en application de l'article 1999 du code civil, le remboursement des frais consécutifs à sa mission si l'affaire n'a pas réussi* ». La solution est affirmée pour le commissionnaire de transport, sa portée au-delà est incertaine. Quoi qu'il en soit, l'arrêt admet, *a contrario*, qu'en l'absence d'obligation de résultat ou en cas de réussite de l'affaire, le commissionnaire peut demander le remboursement des frais engagés.

<sup>692</sup> Pour l'application : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, op. cit., n° 1293 s. – Contre l'application : GRIMALDI (C.), op. cit., n° 21 – BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), op. cit., n° 71 – DEVESA (P.), *L'opération de courtage*, op. cit., n° 329.

<sup>693</sup> *Supra* n° 106.

<sup>694</sup> Civ. 2 04/05/2007 : n° 07-60254 ; B. n° 123 – V. également : Soc. 04/01/2000 : n° 97-43052 ; B. n° 8, « *l'article 1994 du Code civil autorise la substitution du mandataire dans l'accomplissement de son mandat si ce mandat le prévoit* » – Étrangement, une partie de la doctrine (BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, op. cit., n° 929 – LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, op. cit., n° 239) soutient que la substitution serait, en principe, licite dans le mandat mais cite une jurisprudence ancienne (Soc. 09/01/1974 : n° 73-40083 ; B. n° 24, jugeant qu'en vertu de l'article 1994 du Code civil « *il est loisible au mandataire de se substituer un tiers lorsque la loi ou la convention d'en dispose pas autrement* ») et des arrêts récents dont l'analyse révèle que la substitution avait été expressément autorisée par le mandat (Com. 10/05/2006 : n° 04-19133) ou était prévue par un texte spécial (Civ. 3 16/03/2011 : n° 10-14005 ; B. n° 38). – Sur la question : PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, op. cit., n° 310 s.

peut d'ailleurs limiter, la substitution pouvant n'être autorisée qu'au bénéfice d'une personne désignée. L'impossibilité de se faire remplacer dans l'exécution de sa mission ou de choisir ses remplaçants est donc de principe dans le mandat et la faculté de substitution est seulement un pouvoir qui peut être conféré par le mandant dans les limites qu'il détermine. Par suite, il semble critiquable de présenter la possibilité du mandataire de faire exécuter sa mission par des salariés ou remplaçants comme une manifestation de son indépendance alors qu'elle n'existe que dans la mesure où le mandant l'a autorisée.

De plus, les frais ou pertes générés par la substitution entrent en principe dans le champ des articles 1999 et 2000 du Code civil et doivent ainsi être remboursés par le mandant.

Par ailleurs, la faculté de substitution accordée au mandataire ressemble très fortement à une délégation du pouvoir de recrutement par un employeur : il s'agit d'un pouvoir « *conféré* » au mandataire et qui fait naître des liens directs réciproques entre le mandant et le sous-mandataire<sup>695</sup>. Le mandant peut ainsi agir contre le sous-mandataire<sup>696</sup> pour exiger l'exécution du sous-mandat<sup>697</sup> voire l'exécution du mandat<sup>698</sup>. La Cour de cassation a jugé que le mandant pouvait donner des instructions au sous-mandataire, instructions qui n'étaient pas affectées par sa révocation par le mandataire<sup>699</sup>. Inversement, il est admis que le sous-mandataire peut agir directement contre le mandant pour ses avances, frais, pertes, voire même pour son salaire<sup>700</sup>, le mandant pouvant alors lui opposer les exceptions tirées du mandat principal<sup>701</sup>. Ces actions directes bilatérales<sup>702</sup> tendent à faire du sous-mandataire un mandataire du mandant. La différence peut donc être tenue entre un cadre délégataire d'un pouvoir d'embauche et un mandataire qui s'est vu conférer un pouvoir encadré de se substituer des sous-mandataires qui seront traités comme s'ils étaient des mandataires du mandant. D'ailleurs, lorsqu'une requalification du mandataire principal en salarié est admise, la jurisprudence requalifie les sous-mandats en contrats de travail liant le mandant principal<sup>703</sup>.

La situation devrait être comparable dans la commission puisque, sur ces questions, la jurisprudence applique généralement les règles dégagées pour le mandat<sup>704</sup>. Elle est beaucoup plus incertaine dans le courtage puisque l'application des règles du mandat y est discutée<sup>705</sup>.

**169. Assomption des risques.** L'analyse de l'assomption des risques n'est pas plus probante.

**Dans le mandat.** Par l'effet de la représentation, les risques liés aux contrats conclus avec la clientèle

---

<sup>695</sup> Sur la question : NERET (J.), *Le sous-contrat*, Préf. P. Catala, BDP, t. 163, LGDJ, 1979.

<sup>696</sup> C. civ. art. 1994, al. 2, « *Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substitué* ».

<sup>697</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, *op. cit.*, n° 257, mais le sous-mandataire n'est tenu que dans la limite du sous-mandat.

<sup>698</sup> HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31234, soutenant que le sous-mandataire ne peut opposer au mandant les exceptions tirées du sous-mandat. – Cette solution semble confirmée par le fait que la jurisprudence admet l'engagement du sous-mandataire à l'égard du mandant alors même qu'il ignorait l'existence de ce dernier (Com. 14/11/1997 : n° 95-18739 ; B. n° 266) et que l'instruction du mandant au sous-mandataire de poursuivre le mandat ne soit pas affectée par la révocation du sous-mandataire par le mandataire (Com. 13/06/2006 : n° 04-16193 ; B. n° 304).

<sup>699</sup> Dans ce sens : Com. 13/06/2006 : n° 04-16193 ; B. n° 304.

<sup>700</sup> Dans ce sens : Civ. 1 27/12/1960 : B. n° 573 ; D. 1961, 491, J. Bigot ; RTD civ. 1961, 700, G. Cornu, « *le substitué jouit d'une action personnelle et directe contre le mandant pour obtenir le remboursement de ses avances et frais et le paiement de la rétribution qui lui est due* » – Com. 08/07/1986 : n° 85-10220 ; B. n° 153 – Sur la question : LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, *op. cit.*, n° 259.

<sup>701</sup> Sur la question : COLLART D'UTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 637.

<sup>702</sup> Sur la question : PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 905.

<sup>703</sup> V. par ex. : Soc. 21/10/1999 : n° 98-11080 ; B. n° 393, après avoir pu juger que « *M. Y... exerçait son activité comme salarié de M. X... [...] la cour d'appel a retenu que les négociateurs, bien que liés par un contrat de sous-agent commercial et rémunérés par M. Y..., par rétrocession d'une partie de ses commissions, exerçaient en réalité leurs fonctions dans les mêmes conditions que M. Y..., qui n'intervenait que comme intermédiaire, et qu'ils étaient salariés de M. X... ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision* ».

<sup>704</sup> Sur la question : DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 429 s.

<sup>705</sup> *Supra* n° 163.

sont, en principe<sup>706</sup>, entièrement assumés par le mandant, seul lié, à l'instar de l'employeur pour les contrats conclus par ses salariés.

De plus, en application de l'article 1999 du Code civil, le mandataire reçoit, en principe, « *ses salaires* », « *lors même que l'affaire n'aurait pas réussi* » sauf « *faute [qui lui est] imputable* ». Il existe ainsi une déconnexion entre le salaire du mandataire et les résultats de son activité. Si la règle est seulement supplétive de volonté, elle n'en laisse pas moins apparaître que, légalement, c'est, en principe, l'activité même du mandataire qui est rémunérée, ce qui rapproche l'économie du mandat de celle du contrat de travail.

Par ailleurs, en application de l'article 2000 du Code civil, le mandataire est indemnisé « *des pertes [...] essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable* ». Le terme « *à l'occasion* » vise à la fois les pertes subies par l'exécution même du mandat et celles subies en cours de mission<sup>707</sup>. La règle est supplétive de volonté<sup>708</sup> mais la jurisprudence l'applique aux mandataires professionnels et précise que l'existence d'une rémunération fixe et d'une convention de *ducroire* n'implique aucune renonciation à son bénéfice<sup>709</sup>. Ainsi, les pertes visées incluent les pertes d'exploitation du mandataire et la Cour de cassation a même limité le caractère supplétif de la règle en jugeant que le contrat ne pouvait écarter le remboursement des « *pertes [du mandataire] qui auraient pour origine un élément de l'exploitation dont la maîtrise a été conservée par le mandant* »<sup>710</sup>. Par conséquent, le mandataire n'assume pas, en principe, ses pertes d'exploitation, sauf faute de sa part, et ne peut jamais assumer celles qui sont liées à la maîtrise de son activité par le mandant, ce qui rapproche également l'économie du mandat de celle du contrat de travail.

Ce rapprochement apparaît encore dans le régime de la responsabilité du mandant. Celui-ci est, en effet, responsable des agissements du mandataire à l'égard des tiers. Une partie de la doctrine soutient que cette responsabilité serait autonome mais « *proche, par sa philosophie, de la responsabilité que le commettant encourt pour les actes de son préposé* »<sup>711</sup>. Une autre partie de la doctrine expose qu'elle résulterait de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, le mandat faisant naître entre le mandant et le mandataire un lien de préposition au sens de cet article<sup>712</sup>. Dans les deux cas, il existe un rapprochement avec le contrat de travail.

Le fait que les actes et fautes de l'agent engagent le donneur d'ordre, que sa rémunération soit, en principe, déconnectée des résultats de son travail et qu'il ne subisse, en principe, aucune perte, notamment d'exploitation, procède ainsi à la fois de l'économie du mandat et de celle du contrat de travail, ce qui réduit encore la pertinence de l'indice de la charge des risques, déjà incertain et incohérent<sup>713</sup>.

**Dans la commission.** Le commissionnaire est personnellement lié par les contrats qu'il conclut pour le compte du commettant puisqu'il ne contracte pas au nom de ce dernier mais en son nom propre. Il peut donc

---

<sup>706</sup> L'exception peut résider dans un engagement de *ducroire*. Sur cet engagement : VIVANT (M.) et ROBIN (A.), *Convention de ducroire*, JCl. Distrib., fasc. 2940, 2005 – PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 249 s.

<sup>707</sup> DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31246, mentionnant notamment le vol d'un véhicule ou un dommage corporel – V. également : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire*, *op. cit.*, n° 1302.

<sup>708</sup> Com. 04/12/1990 : n° 88-18781 ; B. n° 311 ; D. 1991, 328, F.-X. Testu ; CCC 1991, 31, L. Leveneur – Com. 28/06/1994 : n° 92-17957, B. n° 245 – Civ. 1 18/10/2000 : n° 98-12217 – Civ. 1 06/12/2007 : n° 05-14419.

<sup>709</sup> V. par ex. : Com. 03/05/1994 : n° 91-22351 – V. également : Com. 17/12/1991 : n° 89-21356 ; B. n° 393, « *la renonciation à l'article 2000 du Code civil doit être non équivoque* ».

<sup>710</sup> Com. 26/10/1999 : n° 96-20063 ; B. n° 195 ; RTD com. 2000, 439, B. Bouloc ; CCC 2000, 41, L. Leveneur ; RTD civ. 2000, 136, P.-Y. Gautier – Pour des confirmations : Com. 21/11/2000 : n° 98-17880 – Com. 31/03/2009 : n° 07-18304 ; CCC 2009, 161, N. Mathey – Com. 18/05/2010 : n° 09-15227 – Sur les difficultés d'application de cette règle : *infra*, n° 550.

<sup>711</sup> DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31207.

<sup>712</sup> LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, *op. cit.*, n° 353 s. – V. également : DISSAUX (N.), *Mandat et contrat de travail*, *op. cit.*, n° 39.

<sup>713</sup> *Supra* n° 114.



courir les risques associés<sup>714</sup> mais dispose d'un recours contre le commettant. Par ailleurs, le commissionnaire peut, en principe, obtenir l'indemnisation des pertes subies à l'occasion de sa mission, l'article 2000 du Code civil lui étant applicable<sup>715</sup>. Il est généralement soutenu que sa rémunération est liée à la réussite de l'opération commissionnée<sup>716</sup> mais aucun texte ne l'impose.

**Dans le courtage.** Le courtier n'étant pas lié par le contrat dont il a favorisé la conclusion, il ne court pas les risques associés. Une partie de la doctrine soutient que l'article 2000 du Code civil lui serait également applicable<sup>717</sup>. Même si aucun texte ne l'impose de façon générale, la rémunération du courtier est, en principe, liée à la réussite de sa mission : le fait d'avoir trouvé une personne avec laquelle le donneur d'ordre a effectivement contracté<sup>718</sup>.

La charge des risques dans la commission et le courtage apparaît donc plus éloignée de l'économie du contrat de travail mais s'en rapproche néanmoins.

**170. Clientèle propre.** Un rapprochement existe également s'agissant de l'attribution de la clientèle.

**Dans le mandat.** Il est généralement soutenu que le mandataire ne peut avoir de clientèle propre car les actes qu'il accomplit le sont au nom et pour le compte du mandant<sup>719</sup>. Tout au plus, sa clientèle pourrait être constituée par son ou ses mandants mais cette approche n'est pas retenue par la jurisprudence<sup>720</sup>. Salarié et mandataire sont donc identiquement considérés comme ne pouvant avoir de clientèle propre.

**Dans la commission.** La question est plus délicate pour le commissionnaire. En effet, puisqu'il agit en son nom propre auprès de la clientèle, celle-ci pourrait être considérée comme lui étant propre<sup>721</sup>. Cependant, le caractère artificiel de ce rattachement a été dénoncé<sup>722</sup> et des auteurs soutiennent que la seule clientèle du commissionnaire serait son commettant<sup>723</sup>.

**Dans le courtage.** S'agissant du courtier, une partie de la doctrine soutient que « *sauf convention*

---

<sup>714</sup> Com. 18/01/1955 : B. n° 30, « le commissionnaire qui agit en son propre nom pour le compte d'un commettant est personnellement tenu des obligations découlant des contrats qu'il conclut en cette qualité » – Sur la question voir : DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 414 s.

<sup>715</sup> Dans ce sens : Com. 19/11/2002 : n° 99-19255, « les dispositions de l'article 2000 du Code civil s'appliquant au contrat de commission comme à celui de mandat, la qualification de mandat ou de commission était sans incidence sur la solution du litige » – Dans le sens de cette application : COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 664 – RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *Fonds de commerce*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 13.191 – DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 249 s.

<sup>716</sup> Dans ce sens : DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 245 s. – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 665.

<sup>717</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 1303 – *Contra* : BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 73.

<sup>718</sup> Dans ce sens : GUEZ (P.), *op. cit.*, n° 39.

<sup>719</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 180, « conformément au régime civil du mandat, les relations qui procèdent de l'intermédiation du diffuseur mandataire s'établissent directement entre le fournisseur-mandant et le client-contractant. Le mandant à qui se trouve ainsi attachée la clientèle peut donc après la rupture du contrat de mandat continuer à entretenir un courant d'affaires avec elle, sans que l'ancien mandataire soit fondé à invoquer un droit sur cette clientèle ni un droit à une indemnité pour compenser une "perte de clientèle" » – PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 182.

<sup>720</sup> V. par ex. : Civ. 3 09/07/2008 : n° 07-15534 ; B. n° 122, la cour d'appel ayant « retenu que [l'exploitant] fournissait aux usagers du refuge des prestations de nourriture et de repas dans le cadre d'une obligation de faire subordonnée à un mandat de gestion, [elle] [...] en a déduit exactement qu'il ne pouvait exister de ce fait une clientèle indépendante attachée à un fonds de commerce qu'il aurait créé » – Rapp. : Com. 29/06/2010, *Chattawak* 2 : n° 09-66773 ; B. n° 114 ; JCP E 2010, 1694, N. Dissaux ; D. 2010, 1703, E. Chevrier ; JCP 2010, 876, C. Grimaldi, « l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre » – Sur les références ambiguës à une clientèle commune dans le mandat d'intérêt commun : *infra* n° 707.

<sup>721</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 271, « le commissionnaire, sauf à ne pas avoir cette qualité, est titulaire de la clientèle attachée à la commercialisation des produits du commettant puisqu'il maque, au moins juridiquement, aux yeux des tiers le véritable vendeur » – Rapp. : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31129, « agissant en son nom propre le commissionnaire ne contribue pas au développement d'une clientèle qui soit commune à son commettant ».

<sup>722</sup> DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 827, « il arrive, en fait, très fréquemment que la connaissance par les tiers-contractants de l'identité du commettant – que ce soit suite à une révélation du commissionnaire, suite à une apposition de marque sur le produit, ou autre – engendre un déplacement de la clientèle vers le commettant » si bien que « le commissionnaire dont le commettant vient de rompre le contrat n'est parfois plus en mesure de continuer à exploiter la clientèle développée faute de pouvoir lui vendre le produit auquel elle est attachée » – Comp. : BRUNET (A.), *op. cit.*, n° 14, « lorsque le produit vendu est un produit de marque, la clientèle risque d'être d'avantage attachée au produit, et à travers lui au commettant, qu'au commissionnaire [...]. En pareil cas, il est indéniable que la clientèle devient commune aux deux parties ».

<sup>723</sup> Dans ce sens : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 13.201 s., spéc. n° 13.204.

contraire, il n'a pas de clientèle, ce qui traduit son absolue indépendance »<sup>724</sup> mais d'autres auteurs estiment, au contraire, qu'il serait titulaire d'une clientèle<sup>725</sup>. En reprenant le raisonnement suivi par la jurisprudence pour le mandataire, le courtier ne devrait pas être reconnu titulaire d'une telle clientèle puisque, ne concluant pas les contrats, il est encore plus transparent qu'un mandataire dans les relations entre les fournisseurs et les clients des produits ou services.

Il apparaît ainsi que l'indice d'indépendance tiré de l'existence d'une clientèle propre, à le supposer pertinent pour exclure l'existence d'un contrat de travail<sup>726</sup>, ne se retrouve pas dans le mandat et est discuté dans la commission et le courtage<sup>727</sup>.

**171. Conclusion.** Finalement, un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction découlant de l'action pour le compte d'autrui est présent dans le mandat, la commission et le courtage. De plus, les indices d'indépendance (pluralité de donneurs d'ordres, possibilité d'activités parallèles, moyens matériels propres, possibilité de se substituer des tiers dans l'activité, assumption des risques, existence d'une clientèle propre) déjà ambigus et incohérents<sup>728</sup>, n'apparaissent pas pertinents pour caractériser l'indépendance des mandataires, commissionnaires et courtiers puisqu'ils découlent également de l'économie du mandat et partiellement de celle de la commission ou du courtage. En particulier, le mandataire est un intermédiaire conçu comme indépendant alors même que l'ensemble des indices de la subordination sont présents et que son régime légal exclut la plupart des indices d'indépendance.

La possibilité de conservation de la maîtrise de la distribution offerte par les contrats d'intermédiaire et la souplesse de leur régime légal – soit parce qu'il est quasi inexistant (courtage, commission) soit parce qu'il est supplétif de volonté (mandat) – ont naturellement conduit à leur utilisation dans le domaine de la distribution. Celle du courtage et du mandat a cependant été contrariée par les statuts du VRP et de l'agence commerciale<sup>729</sup>, ce qui a poussé à l'élaboration de formes de distribution fondées sur la commission.

### c - L'exemple de la commission-affiliation

**172. Présentation et intérêts.** Invention de la pratique, la commission-affiliation ne fait l'objet d'aucune définition légale mais renvoie à la combinaison d'un contrat de commission et d'un contrat d'affiliation à un réseau<sup>730</sup>. Apparue dans les années 1990, elle a d'abord été utilisée dans la distribution de produits pétroliers avant de connaître un certain succès dans le secteur du prêt-à-porter. Elle est apparue comme une alternative

---

<sup>724</sup> MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, n° 539.

<sup>725</sup> Dans ce sens : GUEZ (P.), *op. cit.*, n° 21 – DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 660 – DURANTON (G.), *op. cit.*, n° 35 – DEVESA (P.), *op. cit.*, n° 122. – Comp. : ASTEGIANO-LA RIZZA (A.) et autres, *Droit et pratique des baux commerciaux*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 410.160, soutenant que le courtier est titulaire d'une clientèle attachée *intuitu personae* à ses qualités mais pas d'un fonds de commerce sauf s'il dispose de supports matériels ou incorporels permettant de cristalliser la clientèle.

<sup>726</sup> *Supra* n° 117 s.

<sup>727</sup> Il en découle aussi une impossibilité de transmettre l'activité librement puisqu'elle ne peut se poursuivre avec un successeur que si le commettant l'accepte, ce qui écarte cet indice d'indépendance proposé par Monsieur Dissaux (*Mandat et contrat de travail*, *op. cit.*, n° 22).

<sup>728</sup> *Supra* n° 98 s.

<sup>729</sup> *Infra* n° 175 s. (agence commerciale) et 285 s. (VRP).

<sup>730</sup> Sur la question : DISSAUX (N.), *La commission-affiliation : un monstre juridique ?*, RTD com. 2011, p. 33 s. – DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Contrat de commission - notion*, JCl. Com., fasc. 330, 2010, n° 17 s. – LOYER-LEMERCIER (M.-J.), *Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ?*, JCP E 2010, 1218 – MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *A propos du contrat de « commission-affiliation »*, in Mél. P. le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 705 s. – BONNET DESPLAN (M.-P.), *Commissionnaire-affilié ou Affilié-agent ?*, CDE 3/2007/3, p. 47 s. – AUQUE (F.), *La commission-affiliation*, AJDI 2001, p. 1059 s. – AMEEDÉ-MANESME (G.), *La politique des prix et la commission-affiliation : un juste équilibre à trouver*, D. aff. 1999, p. 1160 s.

à la franchise dont le régime était perçu comme s'étant rigidifié<sup>731</sup>.

Les fournisseurs ont vu dans cette combinaison un moyen d'externaliser la distribution de leurs produits ou services tout en conservant sur elle une maîtrise très importante, supérieure à celle possible dans une franchise fondée sur la revente<sup>732</sup>. La commission permet en effet d'échapper aux dispositions prohibant les marges et prix de revente imposés<sup>733</sup> et même aux règles sur les pratiques anticoncurrentielles puisque le commissionnaire est considéré comme formant, sur le marché des produits ou services diffusés, une seule et même entreprise avec son commettant<sup>734</sup>. L'affiliation permet quant à elle de conserver tous les avantages de la franchise<sup>735</sup>. La commission-affiliation est ainsi une « *sœur jumelle de la franchise* »<sup>736</sup>, elle comporte des clauses quasi identiques ; il est seulement substitué une clause de dépôt-vente à la clause de fourniture<sup>737</sup>.

Pour le distributeur, la formule n'est pas nécessairement plus intéressante que la franchise. Il est parfois souligné qu'il serait soustrait aux risques des invendus<sup>738</sup>. Cependant, si c'est formellement le cas – le commissionnaire n'étant pas propriétaire des stocks – cette soustraction n'est pas un objectif des fournisseurs<sup>739</sup>. Ceux-ci font donc en sorte qu'elle soit neutralisée financièrement par des modalités de calcul de la commission<sup>740</sup> ou par un taux permettant de rendre la commission-affiliation financièrement équivalente à la franchise fondée sur la revente. Il sera parfois stipulé un engagement de ducroire et souvent une exclusion expresse des articles 1999 et 2000 du Code civil : la commission sera versée sur les ventes effectivement exécutées et le commissionnaire assumera seul les frais et pertes de son activité<sup>741</sup>.

La commission-affiliation, formule hybride, amusante pour les uns<sup>742</sup>, « *monstre juridique* » ou « *concept boiteux* » pour les autres<sup>743</sup>, cherche ainsi à se faufiler entre le statut de l'agence commerciale<sup>744</sup>, le statut du

---

<sup>731</sup> Dans ce sens : LOYER-LEMERCIER (M.-J.), *Quel avenir... , op. cit.*, n° 6 – MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 3. – Rappr. : GRANIER (T.), *Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence*, RTD com. 1991, p. 358 s., concluant que l'impossibilité d'imposer des prix est « *de nature à ralentir le développement du franchisage* » et à « *orienter les entreprises dont le système de distribution est essentiellement fondé sur la technique des prix imposés vers d'autres cadres juridiques* » – V. également : AUBRY (H.), *La franchise et les modèles concurrents*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4174, n° 5 – LELOUP (J.-M.), *Intervention du Bâtonnier Jean-Marie Leloup*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4176.

<sup>732</sup> Dans ce sens : AUQUE (F.), *op. cit.*, p. 1059 s., « *une fois la réussite acquise, les inconvénients de [la franchise] [...] peuvent l'emporter sur les avantages, incitant les entreprises exploitant des enseignes notoires à se détourner de la formule, jugée trop contraignante, source de conflits larvés ou ouverts sur le poids financier et l'engorgement des stocks, de différends sur les approvisionnements ou les invendus, de contentieux lors de la rupture, de risques en cas d'échec du partenaire, etc.* » « *Les fournisseurs [...] espèrent donc faire mieux avec la commission-affiliation : mieux maîtriser leur politique commerciale et leurs résultats, mieux contrôler la chaîne de diffusion de leurs produits, accélérer leur croissance sans nécessairement revenir à l'exploitation directe, prospecter grâce à une technique souple qui conduit à externaliser la fonction de distribution au sein d'un réseau renforcé par la présence de commerçant indépendants* ».

<sup>733</sup> Le commissionnaire ne perçoit pas une marge mais une commission et il ne pratique pas la revente mais la vente de produits dont il n'est pas propriétaire. Par suite, la prohibition de l'imposition de prix de revente posée par l'article L. 442 du Code de commerce est inapplicable. – Sur cette prohibition : *infra* n° 235.

<sup>734</sup> Le procédé fonctionne puisque la prohibition de l'article L. 442- du Code de commerce est inapplicable et, le commissionnaire-affilié est considéré, aux yeux des autorités de la concurrence comme formant, avec son fournisseur une seule et même entreprise sur le marché des produits ou services distribués excluant donc toute qualification d'entente par imposition des prix (*infra* n° 348 s.).

<sup>735</sup> MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 23 s.

<sup>736</sup> AUQUE (F.), *op. cit.*, p. 1059 s.

<sup>737</sup> AMEED- MANESME (G.), *op. cit.*, p. 1161.

<sup>738</sup> DISSAUX (N.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 11 – AMEED- MANESME (G.), *op. cit.*, p. 1160 – AUQUE (F.), *op. cit.*, p. 1059 s.

<sup>739</sup> Si tel était le cas, il existerait dans les contrats de franchise des clauses de reprise des stocks invendus en cours et en fin de contrat. Si les clauses de reprise des stocks invendus en fin de contrat existent, celles de reprise en cours de contrat sont extrêmement rares.

<sup>740</sup> Les modalités de calcul de la commission peuvent ainsi transférer le coût des invendus sur le commissionnaire. Il peut par exemple être prévu que la commission du dernier mois de la saison est amputée de la dépréciation subie par les stocks confiés au commissionnaire qu'il n'est pas parvenu à écouler ou encore qu'une partie de la commission varie en fonction de la réalisation d'un objectif de vente des stocks.

<sup>741</sup> Néanmoins, l'exclusion de l'article 2000 pourrait être limitée aux pertes liées à des éléments d'exploitation dont la maîtrise n'a pas été conservée par le commettant (*supra* n° 169).

<sup>742</sup> SAINTOURENS (B.), *L'amusante « commission-affiliation » provoque la confusion*, RTD com. 2011, p. 687 s.

<sup>743</sup> DISSAUX (N.), *La commission-affiliation : un monstre juridique ?*, *op. cit.*

<sup>744</sup> *Infra* n° 178 et 458. – Rappr. : DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 832, « *dans la mesure où la jurisprudence refuse d'attribuer au commissionnaire, partie à un "contrat de commission d'intérêt commun" la moindre indemnité de fin de contrat, il est à craindre que certains intervenants utilisent la formule de la*

gérant de succursale<sup>745</sup> et le contrat de travail de droit commun<sup>746</sup>.

**173. Application des indices du contrat de travail.** Pour savoir si la formule est susceptible d'échapper à une requalification en contrat de travail, il convient de lui appliquer les indices utilisés par la jurisprudence.

La requalification est plus probable que pour une franchise fondée sur la revente. En effet, les indices de subordination s'intensifient puisqu'au pouvoir de direction, de contrôle et de sanction<sup>747</sup> constaté dans la franchise<sup>748</sup>, s'ajoute celui constaté dans la commission<sup>749</sup> et incluant notamment le pouvoir de fixer les prix de vente à la clientèle. Parallèlement, les indices d'indépendance s'amenuisent puisque le commissionnaire-affilié n'est pas propriétaire de ses stocks et que sa possibilité d'avoir une clientèle propre est discutée<sup>750</sup>.

Cependant, le droit du travail offre également les moyens d'exclure la requalification : les indices de subordination pourront être considérés comme inhérents à l'affiliation ou limités aux aspects commerciaux de l'activité. Il pourra également être relevé que le commissionnaire finance lui-même son local, son mobilier, son matériel, est titulaire d'un compte bancaire propre qu'il gère seul<sup>751</sup>, reste libre de ses horaires personnels de travail, peut se faire remplacer, recruter ses propres salariés à ses frais, sous sa responsabilité et est ainsi exposé au risque de l'emploi (responsabilité des employeurs, coûts de licenciement, etc.), qu'il est aussi exposé aux risques de l'entreprise en raison du caractère variable de sa commission<sup>752</sup> et aux risques de l'exploitation puisqu'il est responsable de ses fautes et imprudences dans la mise en œuvre des éléments d'exploitation et assume au moins les pertes liées à ceux dont il a conservé la maîtrise.

**174. Conclusion.** Finalement, il existe une incertitude importante sur la requalification en contrat de travail de droit commun. Par ailleurs, si celle-ci devait être exclue, apparaîtrait une incohérence puisque le commissionnaire-affilié serait reconnu indépendant tout en subissant un pouvoir de direction, contrôle et sanction très important, supérieur à celui qui s'exerce sur certains salariés.

Il n'est pas impossible que cette situation d'incertitude et d'éventuelles requalifications en série n'aboutissent à une tentative de sécurisation par le législateur avec l'adoption d'un statut spécial comme cela a été le cas avec le mandat. Monsieur Tomasini concluait ainsi son étude sur la distinction entre le mandat et

---

*commission – en chargeant le commissionnaire des mêmes obligations qu'un agent commercial, par exemple – au lieu et place de celle du mandat, pour éviter les frais inhérents à la rupture du contrat ».*

<sup>745</sup> *Infra* n° 220 s.

<sup>746</sup> Mettant en garde contre les risques de requalification et d'application du droit du travail : DISSAUX (N.), *La commission-affiliation : un monstre juridique ?*, *op. cit.* – LOYER-LEMERCIER (M.-J.), *Quel avenir...*, *op. cit.* – MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 18 s. – AMEED- MANESME (G.), *op. cit.*

<sup>747</sup> Sur le droit non-renouvellement dans le contrat de commission-affiliation : MARTINET (L.) et AKYRUEK (O.), *Le droit au non-renouvellement du contrat de commission-affiliation*, RDC 2007, p. 944 s.

<sup>748</sup> *Supra* n° 129 s.

<sup>749</sup> *Supra* n° 162 s.

<sup>750</sup> Soutenant que le commissionnaire-affilié aurait pour clientèle le commettant : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 13.171 s., n° 13.205 – AUQUE (F.), *op. cit.*, p. 1059 s. – Soutenant que le commissionnaire-affilié aurait pour clientèle les clients des produits ou services distribués : DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Bail commercial et droit de la distribution*, RTD com. 2003, p. 43 s. – FERRIER (D.), note ss Paris 09/04/2009, D. 2009, p. 1942 – Soutenant que le commissionnaire n'a pas de clientèle propre : LELOUP (J.-M.), *Intervention du Bâtonnier Jean-Marie Leloup*, *op. cit.* – Sur la question, voir également : AUQUE (F.), *La propriété commerciale du commissionnaire-affilié, à propos de l'arrêt Chattavak* 2, note ss Com. 29/06/2010, JCP E 2010, 1860. – Retenant l'existence d'une clientèle propre : Paris 03/11/2011 : n° 09/21634 (consultable sur LexisNexis.com), « la société Julie, qui a la qualité de commerçant et exploite un fonds de commerce comprenant une clientèle propre, ne peut pas être l'agent commercial de la société Valege Distribution et est un commissionnaire au sens de l'article L. 132-1 du code de commerce, comme le confirme l'article I du contrat d'affiliation qui prévoit, en son alinéa 1 que 'le commettant confie au commissionnaire, qui accepte, le soin de vendre en son nom propre, mais pour le compte du commettant, les produits Valege', et en alinéa 2 que 'le concessionnaire, commerçant indépendant, s'engage à agir sous sa propre dénomination sociale pour le compte du commettant' ».

<sup>751</sup> Dans ce sens : LOYER-LEMERCIER (M.-J.), *Quel avenir...*, *op. cit.*, n° 18.

<sup>752</sup> Dans ce sens : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 13.191 s.

le contrat de travail en constatant que « *dans les secteurs des services fondés sur l'entreprise ou l'intermédiation, l'application des critères et indices jurisprudentiels du contrat de travail a eu pour effet de provoquer une insécurité juridique telle que seule la réglementation des catégories professionnelles de mandataires a permis aux professions de distinguer les statuts des professionnels mandataires indépendants et des salariés* » et que « *l'impérialisme et la largesse du critère de subordination conduit directement à l'organisation réglementaire des professions de mandataires, présumés indépendants* »<sup>753</sup>. Cette constatation invite à apprécier en quoi les statuts spéciaux ont pu sécuriser la distinction entre l'indépendance et le salariat pour certains intermédiaires.

## **2 – La distinction incertaine entre l'intermédiaire salarié et l'intermédiaire indépendant soumis à un statut spécial**

**175. Présentation.** La distinction entre un contrat d'intermédiaire indépendant et un contrat de travail s'est essentiellement posée dans les cas d'utilisation du mandat pour confier à une personne physique ou morale une mission de représentation commerciale (de prospection de la clientèle au nom et pour le compte d'un fournisseur) ou une mission de gestion d'une unité de distribution. Pour ces deux techniques, le législateur a adopté des statuts spéciaux en sens opposés, affirmant l'indépendance du travailleur et l'excluant du champ du droit du travail (agents commerciaux, agents généraux d'assurance, gérants-mandataires du Code de commerce) ou, au contraire, l'y intégrant (VRP, gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire). Les statuts entraînant une soumission au droit du travail ne relèvent pas de la qualification de la dépendance par le contrat de travail de droit commun et seront donc analysés ultérieurement<sup>754</sup>. En revanche, les statuts de l'agent commercial, des agents généraux d'assurance et du gérant-mandataire du Code de commerce renvoient à la notion de contrat de travail de droit commun puisqu'ils ne définissent pas l'indépendance du mandataire<sup>755</sup>.

**176. Distinction entre représentation commerciale et gérance d'une unité de distribution.** A ce stade, se pose déjà un premier problème de distinction entre ce qui relève de la représentation commerciale et donc de l'agence commerciale et ce qui se rapporte à la gérance d'une unité de distribution et donc à la gérance-mandat ou au contrat de gestion d'entreprise (type de contrat d'entreprise<sup>756</sup>).

La loi définit l'agent commercial comme « *un mandataire qui [...] est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement de conclure des contrats [...], au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux* »<sup>757</sup> et les gérants-mandataires comme des « *personnes [...] qui gèrent un fonds de commerce* »<sup>758</sup>. La distinction peut sembler claire *a priori* : le représentant commercial recherche des clients, négocie ou conclut avec eux des contrats au nom et pour le

---

<sup>753</sup> TOMASIN (D.), *op. cit.*, n° 27 – Rappr. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 145.

<sup>754</sup> *Infra* n° 215 s.

<sup>755</sup> *Infra* n° 181, 202 et 207.

<sup>756</sup> Sur le contrat de gestion d'entreprise : CUIF (P.-F.), *Contrat de gestion d'entreprise et contrat de gérance-mandat*, JCl. Distrib., fasc. 1425, 2006, il s'agit d'un contrat qui ne relève ni de la gérance salariée (n°6), ni de la location-gérance (n°7 et 8), ni du simple mandat (n°9), ni de la franchise (n°10) mais du contrat d'entreprise (n° 11 s.) – FERRIER (N.), *La délégation de pouvoirs...*, *op. cit.*, n° 54 et 59 – CUIF (P.-F.), *Le contrat de gestion*, Préf. L. Aynès, Economica, 2004.

<sup>757</sup> C. com. art. L. 134-1.

<sup>758</sup> C. com. art. L. 146-1, al. 1.

compte d'un mandant alors que le gérant gère un fonds au nom et pour le compte d'un mandant. Cependant, un mandat de gestion d'un fonds suppose la négociation et la conclusion de contrats avec la clientèle au nom et pour le compte du mandant. Inversement, la représentation commerciale – qui n'est pas nécessairement itinérante mais peut s'exercer dans un local – suppose la création, le développement ou le maintien d'une clientèle – élément essentiel du fonds de commerce<sup>759</sup> – dont la propriété est considérée comme revenant au mandant par l'effet de la représentation<sup>760</sup>. La distinction se révélera donc parfois très difficile<sup>761</sup>.

Pour distinguer le contrat de gestion d'entreprise et la gérance-mandat, la doctrine invite à déterminer si le gérant agit pour son propre compte (contrat de gestion d'entreprise) ou pour le compte du propriétaire de l'entreprise et, dans cette seconde hypothèse, s'il applique son propre savoir-faire et ses propres méthodes de gestion (autre type de contrat de gestion d'entreprise) ou ceux du propriétaire<sup>762</sup>. Ces distinctions sont incertaines car la notion d'agissement pour compte d'autrui est loin d'être évidente<sup>763</sup> et le statut du gérant-mandataire n'exclut pas qu'il utilise son propre savoir-faire et ses propres méthodes de gestion<sup>764</sup>.

**177. Distinction avec le mandataire de droit commun et le courtier.** Par ailleurs, la loi conditionne la qualification d'agent commercial à l'existence d'une mission de négociation mais pas nécessairement de conclusion de contrats – il est « *chargé de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats* » – si bien que l'agent semble pouvoir n'être qu'un simple entrepreneur ou courtier se distinguant du mandataire de droit commun<sup>765</sup>. Une partie de la doctrine conteste cependant cette interprétation<sup>766</sup> et la jurisprudence a déjà dénié à plusieurs reprises la qualité d'agent commercial à des intermédiaires au motif qu'ils n'avaient pas la faculté de conclure des contrats<sup>767</sup>. La distinction est donc incertaine.

---

<sup>759</sup> Sur la question : *infra* n° 390.

<sup>760</sup> *Infra* n° 210.

<sup>761</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 922, « l'agent commercial n'est pas un gérant. La distinction est peu aisée lorsqu'il s'agit d'un gérant-mandataire » – FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat*, JCl. Com., fasc. 323, 2008, n° 6, la distinction « devient délicate, voire impossible, lorsque le gérant mandataire peut déterminer la politique promotionnelle et a pour mission, outre la gestion du fonds, la négociation de contrats et le développement de la clientèle du mandant » – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 678, « l'agent commercial n'est pas un simple gérant. La distinction, cependant, n'est pas nette [...] lorsqu'il s'agit d'un gérant mandataire. [...] Ils ont l'obligation de gérer un fonds, dira-t-on tandis que les agents commerciaux négocient et passent des contrats. La différence n'est peut-être pas réelle, du moins dans ce domaine ». – Sur les risques de requalification de la gérance-mandat en agence commerciale et les solutions envisageables : FERRIER (N.), *Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005*, PA 26/05/2006, p. 4 s., n° 52 s.

<sup>762</sup> FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat*, *op. cit.*, n° 7 – CUIF (P.-F.), *Contrat de gestion...*, *op. cit.*, n° 48.

<sup>763</sup> *Supra* n° 65.

<sup>764</sup> Le statut indique seulement que le mandant « fixe une mission », un « cadre » et « précise, **le cas échéant**, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle **susceptible d'être effectué** » (C. com. art. L. 146-1, mise en gras ajoutée), il n'exclut donc pas que le gérant utilise son propre savoir-faire et ses propres méthodes de gestion.

<sup>765</sup> Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article R. 134-1 du Code de commerce dispose que « [le mandant] informe également l'agent commercial, dans un délai raisonnable, de son acceptation, de son refus ou de l'inexécution d'une opération que celui-ci lui a apportée » – Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 189, constatant que « la conclusion des contrats au nom et pour le compte du mandant est, dans la pratique, rarement confiée à l'agent commercial » (n° 206), soutenant que « l'absence de pouvoir de conclure des contrats ne devrait [...] pas faire obstacle à la qualification [d'agent commercial] dès lors que la notion de mandat est souvent entendue de manière large par la doctrine, la jurisprudence et le législateur lui-même, d'autant que, là encore, la finalité du statut protecteur conduit à protéger celui qui a développé une clientèle au profit du mandant, ce qui n'implique pas la conclusion de contrat » et s'interrogeant si cette confusion ne provient pas d'une mauvaise transposition de la directive européenne à l'origine du statut français (n° 189) – DISSAUX (N.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 10, « en définitive, l'agent commercial ne se distingue pas aisément du courtage. Sauf lorsque le courtier agit à titre ponctuel ou lorsque l'agent se trouve investi du pouvoir de conclure un acte juridique pour le compte de son donneur d'ordres » – FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 183 s. – HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Qualité d'agent*, JCl. Distrib., fasc. 3490, 2013, n° 8 et 17 – GRIMALDI (C.), *Mandat et courtage*, in *Le mandat*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011, p. 79 s., n° 22 soutenant que l'agent commercial n'est « qu'un courtier ».

<sup>766</sup> Distinguant le courtage et l'agence commerciale : GUEZ (P.), *Contrat de courtage*, JCl. Distrib., fasc. 850, 2012, n° 10 – LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, *op. cit.*, n° 354, le courtier « se distingue très nettement de l'agent commercial » car il « agit dans l'intérêt des deux parties au contrat » et « son rôle cesse à partir du moment où les parties ont contracté ».

<sup>767</sup> Com. 23/06/2009 : n° 08-15701, « la cour d'appel ne s'est pas exclusivement fondée sur les stipulations du contrat mais aussi sur les conditions dans lesquelles M. X... avait exercé effectivement son activité pour retenir que ce dernier était intervenu comme courtier », « l'arrêt retient que si M. X... avait fait signer des ordres d'insertion par les annonceurs au profit de la société, il ne justifiait pas que celle-ci le lui ait demandé, ni qu'il les aurait signés en son nom et qu'il n'engageait pas la société qui conservait la faculté de ne pas donner suite à la demande d'annonce ; qu'ayant ainsi fait ressortir que M. X... n'avait pas pris les

**178. Distinction avec la commission.** Enfin, en dépit des termes utilisés, la loi n'exige pas que le gérant-mandataire soit un mandataire. Des auteurs soutiennent qu'il pourrait être un commissionnaire<sup>768</sup>.

Une difficulté de distinction se pose également entre l'agence commerciale et la commission puisqu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence s'interroge sur la qualité de commissionnaire d'un distributeur qui conclut ouvertement les contrats pour le compte d'un fournisseur connu des clients<sup>769</sup>.

**179. Plan.** Les statuts ont ainsi créé de nouvelles distinctions aux contours incertains sans réussir à régler les problèmes de frontières avec le contrat de travail de droit commun puisqu'il sera parfois impossible de le distinguer de l'agence commerciale (a), de l'agence générale d'assurance (b) ou de la gérance-mandat (c).

### **a - La distinction incertaine entre l'agence commerciale et le contrat de travail de droit commun**

**180. Plan.** Le statut de l'agence commerciale ne permettant pas de distinguer clairement le salarié et l'agent commercial (a.1), la question donne lieu à une véritable casuistique jurisprudentielle (a.2).

#### **a.1 - La distinction incertaine à partir du statut**

**181. Exclusion du contrat de travail.** L'agent commercial exerce une « *profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de service* »<sup>770</sup>. Par cette expression pléonastique, la loi entend clairement distinguer l'agent commercial – représentant indépendant – du représentant salarié<sup>771</sup>. La doctrine<sup>772</sup> et la jurisprudence<sup>773</sup> affirment également l'indépendance de l'agent commercial. La confrontation des critères de qualification et du régime de l'agence commerciale avec ceux du contrat de travail devrait ainsi permettre de faire ressortir en quoi consiste cette indépendance.

**182. Primauté des faits sur l'instrumentum.** Comme pour le contrat de travail de droit commun, le caractère d'ordre public du statut de l'agent commercial a conduit la jurisprudence à faire prévaloir les conditions effectives d'exercice de l'activité sur les conditions contractuelles<sup>774</sup>. Les stipulations du contrat ne

---

ordres d'insertion au nom et pour le compte de la société, la cour d'appel a fait l'exacte application du texte invoqué [C. com. art. 1984]» – Com. 20/05/2008 : n° 07-13488 ; CCC 2008, 175, N. Mathey ; RLDA 7-8/2008, 97, M. Bourdeau et P. Grignon, approuvant une cour d'appel d'avoir exclu la qualification d'agent commercial en retenant que la personne qui « *agissait bien en qualité de mandataire [...] ne faisait que rapprocher les clients désirant conclure un abonnement de son mandant sans que celui-ci, qui conserve un pouvoir total de ne pas donner suite à une demande d'abonnement, soit lié par les choix du mandataire* » – Com. 24/09/2003 : n° 02-12265, la cour d'appel a « *justement énoncé que, contrairement au commissionnaire ou au courtier, l'agent commercial est un mandataire, qui représente de façon permanente une ou plusieurs personnes et fait à ce titre des actes juridiques pour le compte de ses mandants qui se trouvent ainsi engagés* » – Contra : Com. 27/02/1973 : n° 71-14741 ; B. n° 100, « *la faculté pour [le mandant] de refuser certains contrats [...] proposés par le mandataire et de lui retirer la signature n'est pas contraire aux dispositions de l'article premier du décret, qui prévoit comme une simple éventualité la faculté pour le mandataire de conclure les contrats de ventes ou de prestations de services* ».

<sup>768</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 171 – FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat, op. cit.*, n° 13.

<sup>769</sup> Sur la question, voir notamment : DISSAUX (N.), *op. cit.*, n° 11.

<sup>770</sup> C. com. art. L. 134-1.

<sup>771</sup> On peut néanmoins s'interroger sur l'utilisation de la notion de « *contrat de louage de services* » alors que la notion de *contrat de travail* l'avait déjà largement remplacée lors de l'adoption du statut de 1991.

<sup>772</sup> V. par ex. : DISSAUX (N.), *Agent commercial, op. cit.*, n° 9 – HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Qualité d'agent*, JCl. Distrib., Fasc. 3490, 2013, n° 19 – LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux, op. cit.*, n° 302 s.

<sup>773</sup> V. par ex. : Com. 10/12/2003 : n° 01-11923 ; B. n° 198 ; RTD civ. 2004, 285, J. Mestre et B. Fages ; D. 2004, 210, E. Chevrier ; CCC 2004, 34, L. Leveneur, ayant relevé qu'elle « *n'exerce pas ses activités de manière indépendante [...] la cour d'appel en a déduit à bon droit que Mme X... Y... ne pouvait prétendre bénéficier du statut d'agent commercial* ».

<sup>774</sup> Com. 10/12/2003 : n° 01-11923 ; B. n° 198 ; RTD civ. 2004, 285, J. Mestre et B. Fages ; D. 2004, 210, E. Chevrier ; CCC 2004, 34, L. Leveneur, « *l'application du statut d'agent commercial ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties dans le contrat, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leurs conventions mais des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée ; qu'ayant énoncé exactement que la qualification donnée par les parties était contestée, le juge doit rechercher suivant quelles modalités précises l'intéressée a exercé ses fonctions* » – V. également : Com. 20/05/2008 :

permettront donc pas de trancher entre les qualifications d'agent commercial et de représentant salarié<sup>775</sup>.

**183. Indifférence de l'inscription à un registre spécial.** De même, si l'agent commercial doit être inscrit à un registre spécial<sup>776</sup> faisant naître une présomption d'absence de contrat de travail<sup>777</sup>, cette inscription n'est pas plus une condition d'application du statut<sup>778</sup>, la présomption est seulement simple<sup>779</sup> et la qualification d'agent commercial se déduit, comme celle de salarié, des « *conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée* »<sup>780</sup>. L'inscription a donc peu de portée et se limite essentiellement à faire peser sur le travailleur inscrit la charge de la preuve de l'existence d'un contrat de travail<sup>781</sup>, à l'instar de tout travailleur invoquant l'existence d'un contrat de travail<sup>782</sup>.

**184. Indifférence de la personnalité morale.** La loi dispose également que l'agent commercial peut être une personne morale<sup>783</sup> et la doctrine souligne la possibilité de choisir la forme juridique de l'entreprise est une marque d'indépendance<sup>784</sup>. Cependant, la jurisprudence admet la caractérisation d'un contrat de travail de droit commun en dépit de l'interposition d'une personne morale réelle<sup>785</sup>. Or l'*intuitu personae* de l'agence commerciale<sup>786</sup> permet d'établir facilement un lien entre le mandant et le gérant de la société d'agence commerciale. Ainsi, la personnalité morale ne devrait pas faire obstacle à la requalification.

**185. Plan.** Il devra donc systématiquement être recherché des indices de dépendance-obéissance (a.1.1) et des indices d'indépendance (a.1.2).

#### **a.1.1 - L'appréciation des indices de dépendance-obéissance**

**186. Pouvoir de direction.** L'agent commercial peut exercer son activité selon ses propres méthodes de travail sans être soumis à aucune directive<sup>787</sup> mais, étant légalement qualifié de mandataire, il est soumis à l'ensemble des règles du régime de droit commun du mandat dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions spéciales de son statut<sup>788</sup>. Par suite, comme tout mandataire, il ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat et sera tenu par les directives et instructions de son

---

n° 07-12234 – Soc. 09/06/1994 : n° 91-18618 – Aix-en-Provence 21/03/2012 : Juris-Data n° 2012-005438, « *la pratique effective doit [...] l'emporter sur le contenu textuel du contrat* ».

<sup>775</sup> Pour un exemple d'indifférence des stipulations d'un contrat d'agence commerciale pour une question d'assujettissement au régime général de la sécurité sociale : Soc. 05/03/1981 : n° 79-16869 ; B. n° 196.

<sup>776</sup> C. com. art. R. 134-6.

<sup>777</sup> C. trav. art. L. 8221-6 – *Supra* n° 80.

<sup>778</sup> Com. 07/07/2004 : n° 02-17107 ; B. n° 146 – Com. 20/09/2011 : n° 10-21623 ; CCC 2012, 15, N. Mathey – V. également : Com. 26/10/1999 : n° 96-22879.

<sup>779</sup> *Supra* n° 80.

<sup>780</sup> Pour l'agence commerciale : Com. 10/12/2003 : n° 01-11923 ; B. n° 198 – Com. 20/05/2008 : n° 07-12234 – Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338 – Pour le contrat de travail : *supra* n° 76 s.

<sup>781</sup> Civ. 2 19/02/2009 : n° 07-21790 ; B. n° 43 ; RLDA 01/10, 71, M. Bourdeau, le statut de salarié ne peut être déduit de la seule absence d'immatriculation, un lien de subordination devant être caractérisé.

<sup>782</sup> Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 201.

<sup>783</sup> C. art. L. 134-1, l'agent commercial « *peut être une personne physique ou une personne morale* ».

<sup>784</sup> Dans ce sens : LELOUP (J.-M.), *Agent commercial*, Rép. com., 2003, maj. 2014, n° 22.

<sup>785</sup> *Supra* n° 81.

<sup>786</sup> Sur le caractère *intuitu personae* de l'agence commerciale : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, note n° 340 – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1031 – Dans ce sens : Com. 14/01/1997 : n° 94-21795 – Com. 29/10/2002 : n° 01-03987 ; D. 2003, 2231, J.-P. Brill et R. Koering ; CCC 2003, 36, L. Leveneur.

<sup>787</sup> V. par ex. : Soc. 13/10/2011 : n° 09-68552.

<sup>788</sup> Directive du Conseil n° 86/653/CEE du 18/12/1986, art. 3, 2., c) « *l'agent commercial doit [...] se conformer aux instructions raisonnables données par le commettant* » – Com. 14/03/1995 : n° 93-12144 ; B. n° 74 – V. également : COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, 2011, n° 679.



mandant<sup>789</sup>. Le « *refus de se plier [...] [aux] instructions [du mandant]* » a ainsi déjà été qualifié de faute grave privant l'agent commercial de son indemnité de cessation de relation<sup>790</sup>.

Les produits ou services à proposer seront généralement imposés mais également un secteur géographique de prospection ou un type de clientèle déterminé<sup>791</sup>. Le mandant imposera aussi des conditions et tarifs de vente et une politique de valorisation des produits ou services auprès de la clientèle.

**Préservation d'un pouvoir de négociation.** La jurisprudence limite cependant le pouvoir de direction du mandant en réservant le statut de l'agence commerciale aux représentants disposant d'une certaine marge de négociation<sup>792</sup>. Ainsi, en 2008, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté la qualité d'agent commercial à un distributeur au motif qu'il « *s'était engagé par contrat à n'apporter aucune modification, de quelque nature que ce soit, aux tarifs et conditions fixés par le [fournisseur]* » ce dont il résultait qu'il « *n'était investi d'aucun pouvoir de négocier les contrats* »<sup>793</sup>. Le pouvoir de négociation est donc posé en condition essentielle du statut<sup>794</sup> et entendu de façon stricte : il suppose la possibilité de modifier les conditions des contrats<sup>795</sup> et non, seulement, la promotion des produits ou services pour amener les clients à conclure des contrats préétablis intangibles<sup>796</sup>. Ce pouvoir existe notamment lorsque l'agent peut discuter et modifier les prix de vente avec les clients<sup>797</sup>.

Cette exigence ne fait cependant pas disparaître le pouvoir de direction du mandant qui pourra, en principe, encadrer la marge de négociation du mandataire puisque celle-ci se fait en son nom et pour son compte et qu'il est en droit de refuser les opérations apportées par l'agent<sup>798</sup>. Entre un agent commercial au pouvoir de négociation encadré et un commercial salarié auquel il est laissé une marge de négociation<sup>799</sup>, la ligne de démarcation peut donc être impossible à tracer.

De plus, même si la doctrine soutient que l'agent est « *maître de son organisation et des moyens humains*

---

<sup>789</sup> Com. 27/02/1973 : n° 71-14741 ; B. n° 100, « *l'exercice indépendant de la profession [d'agent commercial prévu par les textes] [...] n'interdit pas l'envoi d'instructions générales pour l'exécution du mandat* » – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 206, constatant que lorsque l'agent a la faculté de conclure des contrats au nom et pour le compte du mandant, « *elle est encadrée par des instructions auxquelles l'agent doit se conformer strictement* » – LELOUP (J.-M.), *Agent commercial, op. cit.*, n° 22, soulignant que le « *respect dû aux directives de ses mandants* » est une des « *limites à la liberté d'initiative de l'agent* » découlant de son indépendance – PÉTEL (P.), *Agents commerciaux*, JCl. Com., fasc. 331, 1997, n° 11.

<sup>790</sup> Dans ce sens : Com. 20/02/2001 : n° 98-13656, « *après avoir retenu que les griefs de déloyauté et de refus de se plier à ses instructions faits par la mandante à son agent commercial étaient fondés, l'arrêt relève que ces fautes graves...* ».

<sup>791</sup> C. com. art. L. 134-6 al. 2.

<sup>792</sup> Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 189 – DISSAUX(N.), *Agent commercial, op. cit.*, n° 7 – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *op. cit.*, n° 507.

<sup>793</sup> Com. 15/01/2008 : n° 06-14698 ; B. n° 4 ; D. 2008, 350, E. Chevrier ; CCC 2008, 68, N. Mathey ; JCP 2008, 10105, N. Dissaux – Paris 23/02/2006 : JCP 2006.II.10108, P. Stoffel-Munck ; D. 2006, 2306, D. Ferrier.

<sup>794</sup> V. déjà : Com. 10/12/2003 : n° 01-11923 ; B. n° 198 ; RTD civ. 2004, 285, J. Mestre et B. Fages ; D. 2004, 210, E. Chevrier ; CCC 2004, 34, L. Leveneur, excluant le statut d'agent commercial au motif « *qu'il n'est pas établi qu'elle avait pouvoir de négocier, voire de contracter au nom et pour le compte de la société* ».

<sup>795</sup> Com. 27/10/2009 : n° 08-16623 ; D. 2011, 548, D. Ferrier – V. également : Paris 18/09/2014 : JurisData n° 2014-022423 ; CCC 2014, 273, N. Mathey.

<sup>796</sup> Com. 09/12/2014 : n° 13-22476 – Com. 27/04/2011 : n° 10-14851 – Com. 27/10/2009 : n° 08-16623 ; D. 2011, 548, D. Ferrier – Com. 20/05/2008, 2 arrêts : n° 07-13488 et 07-12234 ; D. 2008, 2893, D. Ferrier ; CCC 2008, 176, N. Mathey ; RLDA 7-8/08, 97, M. Bourdeau et P. Grignon – Cette conception de la négociation est critiquée par une partie de la doctrine (FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 189 – DISSAUX(N.), *Agent commercial, op. cit.*, n° 7) mais soutenue par une autre (STOFFEL-MUNCK (P.), note ss Paris 23/02/2006, JCP 2006.II.10108).

<sup>797</sup> Com. 03/04/2012 : n° 11-13527 ; B. n° 71 ; D. 2012, 1062 E. Chevrier et 2765, N. Dorandeu ; D. 2013, 736, D. Ferrier ; JCP E 2013, 1200, J.-L. Respaud ; CCC 2012, 149, N. Mathey – Com. 14/06/2005 : n° 03-14401 ; D. 2005, 514, D. Ferrier.

<sup>798</sup> C. com. art. R. 134-2 al. 2, « *[le mandant] informe [...] l'agent commercial, dans un délai raisonnable, de son acceptation, de son refus ou de l'inexécution d'une opération que celui-ci lui a apportée* » – Com. 27/02/1973 : n° 71-14741 ; B. n° 100, « *la faculté pour la Cecio [mandant] de refuser certaines contrats [...] proposés par le madnataire et de lui retirer la signature n'est pas contraire aux dispositions [...] du décret* » du 23/12/1958.

<sup>799</sup> Il n'est pas rare que les vendeurs salariés aient l'autorisation d'accorder des remises aux clients et que des négociateurs salariés soient investis de marges de négociation importantes sans que cela ne remette en cause l'existence du pouvoir de subordination de leur employeur.

(salariés) et matériels qu'il met en œuvre »<sup>800</sup>, le statut n'interdit pas au mandant d'imposer l'utilisation de ses signes distinctifs, d'un local et de normes de commercialisation des produits ou services, ce qui sera notamment le cas dans l'hypothèse d'une intégration de l'agent à un réseau de distribution<sup>801</sup>. À cet égard, l'agent commercial est parfois tenu de respecter un contrat de franchise ayant pour effet de lui imposer différentes normes et méthodes découlant du savoir-faire. Or, la jurisprudence n'exclut pas la qualification d'agence commerciale dans cette hypothèse<sup>802</sup>. Ainsi, il est intéressant de noter que dans l'affaire *Chattawak*, la cour d'appel de Paris a confirmé une requalification en agence commerciale d'une franchise devenue commission-affiliation tout en relevant que « les moyens mis en œuvre [par le distributeur] étaient étroitement contrôlés [par le fournisseur] », « spécialement, l'enseigne, le matériel et le stock », que le fournisseur fixait le prix de vente des produits et fournissait un logiciel de gestion des ventes devant impérativement être utilisé<sup>803</sup>.

Dans ces conditions, il sera difficile de distinguer l'agent commercial et le gérant salarié d'une succursale ou le commercial salarié disposant d'une marge de négociation sur les conditions et prix des contrats.

**187. Pouvoir de contrôle.** Par ailleurs, l'agent commercial est, comme tout mandataire, tenu de rendre compte de l'exécution de sa mission<sup>804</sup>, ce que le statut rappelle en le rendant spécialement débiteur d'un devoir d'information d'ordre public à l'égard de son mandant<sup>805</sup> et en prescrivant qu'il lui « communique [...] toute information nécessaire à l'exécution de son contrat »<sup>806</sup>.

Il existe ainsi un droit du mandant à être informé sur le déroulement de la mission de l'agent commercial. Le contrat pourra d'ailleurs préciser les différentes informations devant être remontées régulièrement au mandant afin qu'il puisse adapter ses instructions, ses produits ou services ou encore calibrer leur production pour satisfaire les commandes. Même en l'absence de clause expresse, l'agent transmettra régulièrement les contrats qu'il a négociés ou conclus afin de générer son droit à commission, ce qui permettra indirectement au mandant de contrôler l'activité de prospection.

Or, en droit du travail, l'obligation de rendre compte de son activité caractérise un pouvoir de contrôle<sup>807</sup>.

---

<sup>800</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 191 – Dans le même sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 914 – FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 272 s. – HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Contrat d'agence*, JCl. Distrib., fasc. 3500, 2013, n° 82 – Rappr. : Com. 29/10/2002 : n° 99-18796, jugeant, sous l'empire du décret du 23/12/1958, qu'une cour d'appel a légalement justifié son refus d'application du statut de l'agence commerciale en caractérisant que le représentant avait « accepté [...] la qualité de mandataire non statutaire » en signant un contrat qui « s'il satisfait par certains critères de son activité habituelle à la définition de l'agent commercial, s'en distingue par le fait que le mandataire avait cédé une certaine maîtrise de l'organisation de son entreprise en contrepartie d'un risque commercial moins grand ainsi que par celui que sa rémunération n'était plus proportionnelle au chiffre d'affaires mais lui assurait une marge bénéficiaire calculée à l'avance dans une fourchette minimale ».

<sup>801</sup> Dans ce sens : FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 270, « très souvent les instructions n'auront pas un caractère impératif sauf en ce qui concerne la présentation des produits et le respect de l'image de l'entreprise du mandant ».

<sup>802</sup> V. par ex. : Soc. 19/01/2012 : n° 10-23653, approuvant la cour d'appel qui avait exclu de son appréciation la méthodologie de travail imposée par le respect d'un contrat de franchise en retenant qu'elle « relève de l'organisation fonctionnelle de l'agence » recourant à l'agent commercial. – *Infra* n° 198.

<sup>803</sup> Paris 09/04/2009 : JurisData n° 2009-378726 ; JCP E 2009, 1842, N. Dissaux ; D. 2009, 1942, D. Ferrier ; RTD com. 2009, 683, B. Saintourens ; CCC 2009, 264, N. Mathy ; RJC 2009, 272, S. Lebreton-Derrien – L'arrêt a été cassé par la Cour de cassation mais sur d'autres motifs (Com. 29/06/2010, *Chattawak* 2 : n° 09-66773 ; B. n° 114 ; JCP E 2010, 876, C. Grimaldi et 1694, N. Dissaux ; D. 2010, 1703, E. Chevrier) – Sur cette affaire : *infra* n° 458.

<sup>804</sup> Dans ce sens : Soc. 28/06/1994 : n° 90-45836, jugeant pour un agent commercial qu'« en qualité de mandataire, il était normal qu'il rende compte de son activité » – FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 121 s. – Sur la question pour le mandataire : *supra* n° 164.

<sup>805</sup> L'article L. 134-4 du Code de commerce dispose ainsi que « les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par [...] un devoir réciproque d'information. » et l'article L. 134-16 précise qu'« est réputée non écrite toute clause ou convention contraire aux dispositions des articles L. 134-2 et L. 134-4 », même en faveur de l'agent commercial.

<sup>806</sup> C. com. art. R. 134-1.

<sup>807</sup> *Supra* n° 93 – V. par ex. : Soc. 02/12/1993 : n° 91-19757, relevant notamment « que les intéressés devaient établir des comptes-rendus tous les quinze jours » pour requalifier des contrats d'agents commerciaux en contrats de travail.

Une partie de la doctrine a perçu l'incompatibilité potentielle de cette obligation avec l'indépendance de l'agent commercial et expose ainsi qu'elle ne doit pas être trop contraignante<sup>808</sup>. Cependant en l'absence de précision du statut, le contenu et la fréquence de l'information relève de la liberté des parties<sup>809</sup> et la doctrine peine à tracer une frontière entre l'obligation de reddition de compte préservant l'indépendance de l'agent commercial et celle susceptible de caractériser sa subordination<sup>810</sup>. Seule l'obligation de rendre compte sur ses horaires d'activité semble s'imposer comme incompatible avec l'indépendance de l'agent commercial<sup>811</sup> mais un tel pouvoir de contrôle n'est pas nécessaire à la caractérisation d'un contrat de travail<sup>812</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence a déjà admis qu'une clause prévoyant « *des comptes rendus réguliers et la tenue d'un cahier des contacts ou encore l'assistance à des réunions périodiquement [...] n'empêchait pas [l'agent] de disposer de la latitude requise pour la bonne exécution de son mandat d'agent commercial* »<sup>813</sup> ou encore que « *le fait de participer à des réunions hebdomadaires ou de remettre des rapports journaliers* » ne caractérisait pas un lien de subordination mais relevait du « *respect du rapport contractuel avec le mandant à qui l'agent doit rendre compte de son activité* »<sup>814</sup>.

**188. Pouvoir de sanction.** Enfin, il existe un pouvoir de sanction du mandant puisque ce dernier est toujours libre de rompre la relation avec l'agent commercial. Ni la stipulation d'un terme, ni le caractère d'intérêt commun du contrat ne rend la rupture inefficace<sup>815</sup> et son encadrement par le statut ne remet pas en cause l'existence du pouvoir de rompre<sup>816</sup>.

**189. Conclusion.** Il apparaît donc que si le statut pose l'exigence d'indépendance de l'agent commercial, il est compatible avec un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction au profit du mandant et ne permet pas de tracer clairement les limites de ce pouvoir par rapport à celui s'exerçant sur un représentant lié par un

---

<sup>808</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 212, l'obligation d'information résultant de l'obligation de reddition des comptes « ne saurait être trop lourde sous peine là encore de requalification du contrat d'agence en contrat de VRP, voire en contrat de travail » – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution, op. cit.*, n° 964, « l'obligation d'information ne saurait être trop contraignante pour l'agent, sous peine de requalifier le contrat en contrat de VRP » – FOURNIER (F.), *op. cit.*, « le devoir d'information auquel est soumis l'agent commercial est [...] tempéré par son indépendance » (n° 122), ne doit pas porter « sur les modalités d'exécution de sa mission, sur son organisation, sur le personnel qu'il emploie, sur les moyens et l'emploi du temps qu'il choisit pour l'exécution de sa mission » (n° 127), « les obligations d'information et de rendre compte pesant à la charge de l'agence commerciale doivent être limitées et laisser le mandataire libre de choisir le moment de communiquer ces informations au mandant » (n° 265) – MEGNIN (S.), *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, Préf. E. Jayme, BDE, t. 63, LITEC, 2003, n° 227 s. – HEMARD (J.), *Les agents commerciaux*, RTD com. 1959, p. 573 s., n° 43.

<sup>809</sup> Dans ce sens : FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 130 – HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Contrat d'agence, op. cit.*, n° 83.

<sup>810</sup> En général, la doctrine se contente de souligner le risque de requalification mais ne rend pas dans le détail du contenu et de la fréquence de l'obligation de rendre compte. Monsieur Fournier a le mérite de tenter de le faire mais se contredit car tout en affirmant que l'agent « n'a pas d'obligation quant à un rapport périodique sur ses activités sauf cas exceptionnels de rapports périodiques succincts où son indépendance pourrait être maintenue ou compensée à d'autres titres, dans le cas d'un mandat indicatif par exemple » (FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 267) il indique cependant qu'« à l'exception de quelques indications apportées par certains auteurs et par la pratique, le contenu de l'obligation de rendre compte est laissé à la discrétion des parties » et reprend une proposition de clause prévoyant pour le mandant « un compte-rendu sur les opérations réalisées selon ses instructions » « tous les ... (mois/jours) » avec « une situation détaillée des dépenses/recettes/frais » (n° 130).

<sup>811</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution, op. cit.*, p. 260, note 1 – MEGNIN (S.), *op. cit.*, n° 227 s.

<sup>812</sup> *Supra* n° 91.

<sup>813</sup> Montpellier 8/02/2012 : JurisData n°2012-008005.

<sup>814</sup> Reims 28/10/2009 : JurisData n° 2009-017524 – V. également : Soc. 11/02/1999 : n° 97-14048, le fait d'être tenu de « rendre compte mensuellement de son activité et tenir informé la société des clients visités, de la situation du marché, des souhaits de la clientèle et des actions de la concurrence » ne permet pas de caractériser un lien de subordination pour un agent commercial. – V. également : Com. 14/03/1995 : n° 93-15261, une cour d'appel a pu exclure la faute grave tirée de l'absence de transmission d'un rapport périodique prévu au contrat en retenant que l'agent exposait « qu'il passait une journée chaque semaine dans l'entreprise, précisément pour rendre compte de sa mission » – Com. 20/02/1959 : B. n° 280 ; JCP CI 1959.II.64914, agent commercial tenu de rédiger des rapports d'activité journaliers.

<sup>815</sup> *Infra* n° 665.

<sup>816</sup> Ainsi, le droit du licenciement exigeant une motivation, une justification et souvent une indemnisation (*infra* n°672 s. et 758), rendu applicable par la qualification de contrat de travail ne remet en cause ni cette qualification ni le pouvoir de sanction qui la caractérise. Il convient en effet de distinguer l'existence du pouvoir qui intéresse la qualification et son encadrement qui intéresse son régime.

contrat de travail de droit commun<sup>817</sup>.

La distinction est d'autant plus difficile que le statut apparaît compatible avec un agent ne remplissant pas les indices d'indépendance pris en compte pour exclure l'existence d'un contrat de travail.

### a.1.2 - L'appréciation des indices d'indépendance

**190. Pluralité de donneurs d'ordres et exercice d'autres activités.** La possibilité laissée à l'agent d'« *accepter sans autorisation la représentation de nouveaux mandants* »<sup>818</sup> est souvent avancée comme une marque de son indépendance<sup>819</sup>. Cette liberté est cependant limitée à la représentation d'entreprises non concurrentes, l'autorisation du mandant étant sinon requise<sup>820</sup>. De plus, il ne s'agit pas d'une disposition impérative du statut, rien n'interdit donc une activité d'agent exclusif<sup>821</sup>. Par conséquent, l'agent commercial est exactement dans la situation d'un salarié, ce dernier étant libre de cumuler des contrats de travail avec différents employeurs à condition qu'ils ne soient pas concurrents<sup>822</sup>.

La doctrine avance encore, comme marque d'indépendance de l'agent, sa possibilité d'exercer une activité commerciale accessoire à son activité de représentation pourvue qu'elle ne concurrence pas son mandant<sup>823</sup>. Or, le salarié jouit également de cette possibilité, d'ailleurs encouragée par le statut de l'auto-entrepreneur<sup>824</sup>.

**191. Clientèle propre.** S'agissant de la clientèle, la jurisprudence juge que l'agent commercial, puisqu'il est légalement un mandataire, agit au nom et pour le compte de son mandant à l'égard de la clientèle si bien qu'il ne peut avoir de clientèle propre<sup>825</sup>. La doctrine le soutient également<sup>826</sup>.

Cette absence de clientèle propre a pourtant déjà été relevée par la jurisprudence comme l'indice d'un lien de subordination devant exclure la qualité d'agent commercial<sup>827</sup>.

**192. Moyens matériels propres.** S'agissant des moyens matériels de l'activité, le Code de commerce n'interdit pas que l'agent commercial utilise des moyens appartenant à son mandant<sup>828</sup> et il prévoit

---

<sup>817</sup> Il en est de même pour la distinction entre un agent commercial et un VRP : *infra* n° 298 s.

<sup>818</sup> C. com. art. L. 134-3.

<sup>819</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 191 – FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 304 s. – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 677 – DISSAUX (N.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 24 – V. également : Soc. 25/03/2009 : n° 08-41627, relevant notamment l'absence d'activité exclusive pour écarter la requalification de l'agent commercial en salarié.

<sup>820</sup> C. com. art. L. 134-3 « Toutefois, il ne peut accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle de l'un de ses mandants sans accord de ce dernier ».

<sup>821</sup> C. com. art. L. 134-16 – V. par ex. : Com. 20/07/1970 : n° 69-11864 ; B. n° 249 ; JCP 1971.II.16602, rendu cependant sous l'empire du décret n° 58-1345 du 23/12/1958 – DISSAUX (N.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 58 – Contra : LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, *op. cit.*, n° 326, « la loi n'a pas interdit expressément la renonciation à la liberté d'accepter de nouveaux mandants, mais l'indépendance caractéristique de l'agent fait de cette renonciation une clause incompatible avec la profession d'agent commercial » – Comp. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 211, « une obligation d'exclusivité est parfois supportée par l'agent. Elle peut être source de requalification si l'agent, intervenant pour un seul mandant, perd l'indépendance qui conditionne précisément le statut d'agent commercial » Sur la question, voir également : NICOLAS-MAGUIN (M.-F.), *Le mandat exclusif*, D. 1979, chron. p. 265 s.

<sup>822</sup> *Supra* n° 101.

<sup>823</sup> V. par ex. : DISSAUX (N.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 25 – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *op. cit.*, n° 504.

<sup>824</sup> *Supra* note n° 338.

<sup>825</sup> Com. 29/06/2010 *Chattawak 2* : n° 09-66773 ; B. n° 114 ; JCP E 2010, 1694, N. Dissaux ; D. 2010, 1703, E. Chevrier ; JCP 2010, 876, C. Grimaldi, « l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre » – V. aussi : Com. 10/07/2007 : n° 05-19373 ; B. n° 184 ; D. 2007, 2158, X. Delpech ; RTD com 2008, 45, B. Saintourens.

<sup>826</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1034, « la clientèle appartient au mandant » – FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 161, « la clientèle n'appartient qu'au mandant, par l'effet de la transparence du mandat » – *Supra* n° 170.

<sup>827</sup> Soc. 27/09/2006 : n° 04-48590, « la cour d'appel, qui a constaté, d'une part que Mme des X..., qui ne pouvait consulter la liste des clients qu'au siège des établissements de l'agence où elle recevait également ceux-ci, ne disposait d'aucune clientèle propre et avait dû, avant leur suppression unilatérale, assurer des permanences obligatoires, d'autre part que l'agence, au nom de laquelle s'effectuait toute l'activité de prospection, centralisait l'ensemble des retours éventuels et imposait tant l'inscription à son fichier des clients acheteurs et vendeurs du secteur confié que le respect de comportements vis-à-vis de la clientèle, a caractérisé l'existence d'un lien de subordination » – Dans le même sens : Soc. 27/09/2006 : n° 04-48589.

<sup>828</sup> Dans ce sens : VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *op. cit.*, n° 506.

expressément que « *le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat* »<sup>829</sup>. Ainsi, la Cour de cassation a déjà rejeté des requalifications malgré l'utilisation par l'agent commercial de moyens appartenant à son mandant<sup>830</sup> et même d'une absence de matériel propre<sup>831</sup>. De même, des juridictions du fond ont admis que la mise à disposition d'un local, d'un véhicule, d'un secrétariat et de divers moyens matériels par le mandant n'était pas incompatible avec l'indépendance de l'agent commercial<sup>832</sup> mais relevait de l'obligation du mandant de le mettre en mesure d'exécuter sa mission<sup>833</sup>.

**193. Moyens humains propres.** S'agissant des moyens humains, l'agent commercial peut avoir recours à des auxiliaires pour exécuter son mandat puisque le statut ne lui interdit pas d'embaucher des salariés<sup>834</sup> et lui reconnaît la possibilité de se substituer des sous-agents<sup>835</sup>. Ces possibilités sont avancées par la doctrine<sup>836</sup> et parfois retenues par la jurisprudence comme une marque de son indépendance<sup>837</sup>.

La faculté de substitution n'est cependant pas une condition essentielle de l'agence commerciale puisqu'elle n'est pas d'ordre public<sup>838</sup> et la jurisprudence a déjà jugé sous l'empire du décret de 1958 que l'interdiction faite à l'agent de se substituer un autre mandataire n'était en « *aucune façon contraire aux conditions exigées* » par le statut<sup>839</sup> alors même que celui-ci prévoyait expressément cette possibilité<sup>840</sup>. Une partie de la doctrine soutient ainsi que le mandant peut valablement interdire le recours à des sous-agents<sup>841</sup>.

Le statut n'interdit pas non plus au mandant de donner des instructions portant sur les moyens humains

---

<sup>829</sup> C. com. art. L. 134-4 – V. également : C. com. art. R. 134-2, « *le mandant met à la disposition de l'agent commercial toute documentation utile sur les produits ou services qui font l'objet du contrat d'agence* ».

<sup>830</sup> V. par ex. : Soc. 11/02/1999 : n° 97-14048, la cour d'appel avait notamment relevé que l'agent était dépendant de son mandant par « *la mise d'un véhicule à sa disposition, alors que la fourniture par l'entreprise du matériel nécessaire à l'accomplissement du travail constitue l'une des caractéristiques de l'emploi salarié* », la Cour de cassation juge néanmoins que les divers éléments retenus ne permettent « *pas de caractériser l'existence d'un lien de subordination* ».

<sup>831</sup> V. par ex. : Soc. 19/01/2012 : n° 10-23659 confirmant une absence de requalification par la cour d'appel de Nîmes (22/06/2010 : n° 09/04788), malgré le fait qu'elle ait « *relevé une série d'éléments attestant que l'activité [...] s'inscrivait dans le cadre d'un service organisé* » et constaté que l'agent « *ne disposait pas de matériel propre nécessaire à l'exécution indépendante de sa mission* » et que « *la publicité des affaires apportées par l'agent se faisait uniquement par l'intermédiaire de l'agence qui la finançait directement sans même lui en refacturer une quote-part* ».

<sup>832</sup> Montpellier 08/02/2012 : JurisData n° 2012-008005, « *les moyens mis à la disposition de l'agent par sa mandante pour faciliter l'exécution du contrat d'agence, ne sont pas incompatibles avec l'indépendance qui préside au contrat d'agence commerciale : la mise à disposition d'un local pour recevoir les clients et la transmission des messages téléphoniques par le secrétariat de l'entreprise, n'entraînent pas, à eux seuls, l'existence d'un lien de subordination* » et « *n'empêchait pas M. NOIRET de disposer de la latitude requise pour la bonne exécution de son mandat d'agent commercial* » – Paris 7/10/2010 : JurisData n° 2010-019621, « *l'attribution de rendez-vous prospects et l'établissement de comptes-rendus ou l'assistance à des réunions commerciales mensuelles, sont toutes liées à la réalisation du mandat ; qu'il en est de même des moyens matériels qui étaient fournis* » et refusant ainsi la requalification en contrat de travail – Rennes 18/05/2010 : JurisData n° 2010-021317, « *si la société Française Immobilière a mis à la disposition de madame Justel le local dans lequel elle exerce son activité ainsi que divers moyens d'exploitation et lui rembourse des frais professionnels, ceci ne peut suffire à démontrer qu'en dépit du comportement de son mandant, celle-ci n'exerçait pas en toute indépendance et acceptait de se soumettre à l'autorité et au pouvoir de direction d'un employeur* » – Reims 24/03/2010 : JurisData n° 2010-006385, « *le fait d'avoir utilisé les services du secrétariat [de son mandant] pour gérer les appels téléphoniques de certains de ses clients [par l'agent] ne saurait davantage établir l'existence d'un lien de subordination* » – Contra : Soc. 19/01/1983 : n° 81-10483 ; B. n° 22.

<sup>833</sup> Reims 28/10/2009 : JurisData n° 2009-017524, « *le fait d'avoir les clés des locaux de la société et du matériel prêté par la société ne caractérise pas un lien de subordination alors que le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat* »

<sup>834</sup> V. par ex. : Soc. 23/04/1980 : n° 77-14492 ; B. n° 339.

<sup>835</sup> L'article L. 134-1 du Code de commerce prévoit que l'agent commercial peut être chargé de négocier et éventuellement conclure des contrats au nom et pour le compte « *d'autres agents commerciaux* » – Com. 26/10/2010 : n° 09-68561 ; B. n° 158. – Sur la question : FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 284 s. – LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, n° 1523 s.

<sup>836</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 191 – DISSAUX (N.), *Agent commercial, op. cit.*, n° 25 – FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 273 s. – LELOUP (J.-M.), *Agent commercial, op. cit.*, n° 22 – V. également : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution, op. cit.*, n° 925.

<sup>837</sup> V. par ex. : Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338, pour le recours à des sous-agents – Soc. 23/04/1980 : n° 77-14492 ; B. n° 339, pour le recrutement de personnel.

<sup>838</sup> C. com. art. L. 134-16.

<sup>839</sup> Com. 27/02/1973 : n° 71-14741 ; B. n° 100, « *l'interdiction faite à [...] [l'agent] de se substituer un autre mandataire n'est en aucune façon contraire aux conditions exigées par le décret de 1958* » – V. cependant : Soc. 2/12/1993 : 91-19757, relevant, parmi d'autres indices, que les intéressés « *n'avaient pas la liberté, contrairement aux dispositions du décret du 23 décembre 1958 alors en vigueur, de recruter ou d'employer sans autorisation des sous-agents* » pour les requalifier en salariés.

<sup>840</sup> Décret n° 58-1345 du 23/12/1958, art. 2, al. 3 ; l'agent peut « *recruter ou employer, sans autorisation, des sous-agents rémunérés par lui* ».

<sup>841</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution, op. cit.*, n° 925, « *en l'absence d'instruction particulières, l'agent est libre de choisir ses collaborateurs, mais le contrat peut lui interdire d'embaucher des sous-agents* ».

de l'agent<sup>842</sup>. D'ailleurs, si l'agent est également franchisé, ces contraintes sur le recrutement pourront découler du savoir-faire et des exigences d'intégration au réseau.

De surcroît, le régime du sous-mandat s'applique, en principe, aux sous-agents si bien que même s'il n'existe pas formellement de lien contractuel entre eux, le mandant disposera d'une action directe contractuelle contre le sous-agent et ce dernier d'une action contractuelle directe contre le mandant, même si l'un et l'autre ignoraient l'existence de la substitution<sup>843</sup>. L'existence de sous-agents n'exclut pas non plus une requalification du mandat principal en contrat de travail qui emportera alors requalification des sous-agents en salariés du mandant devenu employeur<sup>844</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence admet que l'agent puisse travailler avec l'aide d'auxiliaires du mandant<sup>845</sup>.

**194. Assomption des risques.** Une partie de la doctrine soutient également que « *l'agent commercial en sa qualité de professionnel indépendant supporte les risques de son activité d'intermédiation* »<sup>846</sup>. Or, le statut n'interdit pas que ces risques soient très limités.

En effet, sauf clause de ducroire<sup>847</sup>, l'agent commercial, en tant que mandataire, n'assume aucun risque lié aux contrats qu'il conclut avec la clientèle puisqu'il n'y est pas partie<sup>848</sup>. De plus, n'étant pas propriétaire des marchandises qu'il vend, l'agent ne court pas les risques liés aux invendus.

Le statut n'interdit pas non plus à l'agent commercial d'être rémunéré par une somme fixe indépendante des aléas de son activité<sup>849</sup>, ce que la jurisprudence confirme<sup>850</sup>. Le statut est ainsi compatible avec une soustraction partielle, voire totale<sup>851</sup>, de l'agent aux aléas du marché.

Par ailleurs, le statut ne prévoyant rien sur la question des frais assumés et des pertes subies par le

---

<sup>842</sup> Dans ce sens : LELOUP (J.-M.), *Agent commercial*, op. cit., n° 22, l'agent « recrute librement ses employés ou ses collaborateurs (sous-agents) » mais ajoute que des « limites à la liberté d'initiative de l'agent résultent [...] du respect dû aux directives de ses mandants » car « la caractéristique de l'agent commercial est en effet d'être mandataire » – V. également : HEMARD (J.), op. cit., n° 50.

<sup>843</sup> Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 193 – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 925 – LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, op. cit., n° 1534 s. – *Supra* n° 168.

<sup>844</sup> *Supra* n° 168.

<sup>845</sup> Dans ce sens : Soc. 07/03/2012 : n° 10-13939, confirmant l'absence de requalification d'un agent commercial en salarié de droit comme et, subsidiairement, en VRP, en relevant pourtant que « Mme X... tenait des permanences à l'agence Le Tuc les mercredi et vendredi, [qu'] elle n'était jamais seule pour accueillir les clients et répondre au téléphone et que la clientèle reçue par ses soins lui était attribuée dans le cadre de son mandat ».

<sup>846</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 191 – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 914 – Sur l'empire du décret n°58-1345 du 23/12/1958 : MOUSSERON (J.-M.) et autres, *Droit de la distribution*, BDE, t. 4, Libr. tech., 1975, n° 479 s.

<sup>847</sup> V. par ex. : Com. 22/10/1996 : n° 94-20488 ; B. n° 246 ; CCC 1997, 21, L. Leveneur ; RTD civ. 1997, 653, J. Mestre ; D. 1998, 51, D. Arlie – Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338.

<sup>848</sup> V. par ex. : Soc. 11/02/1999 : n° 97-14048, le fait que l'agent « n'effectue aucune opération commerciale pour son compte personnel et qu'il ne supporte pas le risque économique puisqu'il ne répond pas la solvabilité des clients » ne permet pas de caractériser l'existence d'un lien de subordination.

<sup>849</sup> L'article L. 134-5 du Code de commerce prévoit expressément que « les articles L. 134-6 à L. 134-9 s'appliquent lorsque l'agent est rémunéré en tout ou partie à la commission » définie comme « tout élément de rémunération variant avec le nombre ou la valeur des affaires ». Le statut admet donc la possibilité d'agents rémunérés en tout ou partie par une rémunération ne variant pas avec le nombre ou la valeur des affaires. – Rapp. : Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 6, § 3, prévoyant qu'une partie de ses dispositions « ne s'appliquent pas dans la mesure où l'agent commercial n'est pas rémunéré en tout ou partie à la commission » – Dans ce sens : DISSAUX (N.), *Agent commercial*, op. cit., n° 52 – LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, op. cit., n° 801 – *Contra* : FOURNIER (F.), op. cit., n° 70.

<sup>850</sup> Sur des exemples de rémunérations fixes dans l'agence commerciale : Com. 08/10/2013 : n° 12-26544 ; CCC 2014, 9, N. Mathey, rémunération comportant une « partie fixe mensuelle » – Com. 26/03/2008 : n° 07-10286 ; CCC 2008, 154, N. Mathey, « rémunération [...] constituée de commissions et d'une partie fixe mensuelle de 10 000 francs » – Com. 21/10/2008 : n° 08-10578 ; CCC 2008, 268, N. Mathey, rémunération contractuelle mensuelle à côté des commissions – Com. 07/06/2006 : n° 04-15534, « rémunération mensuelle forfaitaire fixée contractuellement » – *Contra* : Com. 29/10/2002 : n° 99-18796, une cour d'appel a légalement justifié son refus d'application du statut de l'agence commerciale en caractérisant que le représentant avait « accepté [...] la qualité de mandataire non statutaire » en signant un contrat qui « s'il satisfait par certains critères de son activité habituelle à la définition de l'agent commercial, s'en distingue par le fait [...] que sa rémunération n'était plus proportionnelle au chiffre d'affaires mais lui assurait une marge bénéficiaire calculée à l'avance dans une fourchette minimale ». Cette décision a été rendue sous l'empire du décret du 23/12/1958 qui n'envisageait pas le mode de rémunération de l'agent commercial alors que la loi du 25/06/1991 admet implicitement la rémunération non proportionnelle.

<sup>851</sup> *Contra* : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 978, soutenant que « si la rémunération est indépendante du nombre d'affaires conclues, le contrat n'est pas un contrat d'agence » avec pour seul fondement juridique un arrêt d'appel (Pau 29/03/2004) – Rapp. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., note 285, « la requalification de l'agent commercial en salarié peut s'imposer si la rémunération est fixe ».

mandataire pour l'exécution de son mandat, les articles 1999 et 2000 du Code civil ont, en principe, vocation à s'appliquer<sup>852</sup>. Une partie de la doctrine soutient néanmoins qu'ils seraient incompatibles avec le mandat professionnel<sup>853</sup>. L'argument est cependant battu en brèche par la jurisprudence sur les gérants-mandataires commissionnés de stations-service qui exige une exclusion expresse de l'article 2000 et lui a reconnu une application partiellement impérative<sup>854</sup>. La jurisprudence offre également des exemples de rémunérations complexes comportant, en plus des commissions, une prise en charge des frais et même des charges d'exploitation, sans que le statut d'agent commercial n'ait été remis en cause<sup>855</sup>. Si des clauses contraires sont possibles<sup>856</sup>, elles ne devraient pouvoir écarter le remboursement des pertes ayant pour origine un élément d'exploitation dont la maîtrise a été conservée par le mandant<sup>857</sup>.

Il pourrait cependant être soutenu que l'exercice « *à titre de profession indépendante* » s'opposerait à la stipulation d'une rémunération fixe et cumulativement à l'application des articles 1999 et 2000 du Code civil<sup>858</sup>. Mais il apparaît alors une contradiction puisqu'il est soutenu que l'application du régime de droit commun du mandat, non exclu par le statut, ferait obstacle à l'indépendance de l'agent commercial alors qu'il ne fait pas obstacle à l'indépendance du mandataire de droit commun<sup>859</sup>.

Le statut ne s'oppose donc pas à ce que l'agent puisse à la fois percevoir une rémunération indépendante des aléas du marché et n'assumer aucune charge ou perte liée à son activité, sauf faute de sa part.

**195. Possibilité de céder l'activité subordonnée à l'accord du mandant.** La possibilité de céder le contrat est également parfois mise en avant comme un indice d'indépendance de l'agent commercial<sup>860</sup>. Or, si

<sup>852</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 216, soutenant que « le mandant doit payer à l'agent commercial la rémunération qui lui est due ainsi que les frais et pertes qu'il a supportés dans l'exécution de sa mission (C. civ. art. 1999 et 2000) » mais remarque « qu'il est généralement convenu que ces derniers sont couverts par la commission » – MENDOZA-CAMINADE (A.), *op. cit.*, n° 269.

<sup>853</sup> Dans ce sens : FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 70 s., « le régime des articles 1999 et 2000 devrait être écarté par le caractère professionnel – bien que civil – de l'activité de l'agent commercial » – HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Contrat d'agence*, *op. cit.*, n° 75, « loin de voir dans le texte du Code civil une disposition de portée générale applicable à tout mandant, préfère-t-on le considérer comme une disposition exceptionnelle instituée en faveur du mandataire à titre gratuit pour éviter que ce dernier ne souffre en aucune manière du service bénévole qu'il rend à autrui » – HÉMARD (J.), *op. cit.*, n° 64.

<sup>854</sup> *Supra* n° 169 et *infra* n° 550. – Une recherche sur *Legifrance* le 16/05/2015, dans le texte intégral de l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation, sans limite temporelle laisse apparaître que la Cour ne s'est jamais prononcée sur l'application de l'article 2000 du Code civil à l'agence commerciale. S'agissant de l'article 1999 du Code civil, celui-ci n'a été invoqué devant elle que trois fois pour obtenir, non le remboursement des frais d'exécution du mandat, mais le paiement des salaires (commissions) (Com. 17/01/1995 : n° 93-11439 – Com. 06/10/1992 : n° 90-21300 – Com. 31/03/1992 : n° 90-14106). Dans ces affaires, la Cour de cassation n'a pas exclu l'applicabilité de l'article de façon générale mais en se référant à la convention des parties qui y avait dérogé.

<sup>855</sup> Com. 05/04/2005 : n° 03-15228 ; B. n° 76 ; JCP 2005.II.10102, S. Rouquié ; D. 2005, 1150, E. Chevrier ; CDE 6/2005, 31, P. Grignon ; CCC 2005, 146, L. Leveneur – Com. 05/04/2005, 3 arrêts : n° 03-15230, 03-15242 et 03-15316 – Com. 31/01/2006, 2 arrêts : n° 04-20683 et 04-20684 – Dans ces arrêts, la question portait sur le calcul de l'indemnité de cessation de la relation prévue par le statut et non sur la qualification d'agence commerciale. Cependant, la Cour de cassation acceptant d'intégrer dans cette indemnité les remboursements de frais et charges, elle admet implicitement que ces remboursements ne s'opposent pas à l'application du statut. – V. également : Rennes 18/05/2010 : *JurisData* n° 2010-021317 jugeant que « si la société Française Immobilière a mis à la disposition de madame Justel le local dans lequel elle exerce son activité ainsi que divers moyens d'exploitation et lui rembourse des frais professionnels, ceci ne peut suffire à démontrer qu'en dépit du comportement de son mandant, celle-ci n'exerçait pas en toute indépendance et acceptait de se soumettre à l'autorité et au pouvoir de direction d'un employeur ».

<sup>856</sup> Les praticiens prennent généralement la précaution d'exclure ces articles par une clause du contrat d'agence. Ces clauses sont en principe valables et efficaces en raison du caractère supplétif des articles 1999 et 2000 du Code civil (*supra* n° 169).

<sup>857</sup> *Supra* n° 169 et *infra* n° 550.

<sup>858</sup> Dans ce sens : Com. 29/10/2002 : n° 99-18796, a légalement justifié sa décision une cour d'appel qui retient que l'intéressé avait « accepté [...] la qualité de mandataire non statutaire » en signant un contrat qui « s'il satisfait par certains critères de son activité habituelle à la définition de l'agent commercial, s'en distingue par le fait que le mandataire avait cédé une certaine maîtrise de l'organisation de son entreprise en contrepartie d'un risque commercial moins grand ainsi que par celui que sa rémunération n'était plus proportionnelle au chiffre d'affaires mais lui assurait une marge bénéficiaire calculée à l'avance dans une fourchette minimale ». La Cour de cassation juge que « le contrat en cours au 1er janvier 1994 n'étant, par la volonté des parties, qu'un simple mandat d'intérêt commun, les dispositions de la loi du 25/06/1991 ne pouvaient lui être appliquées » – V. également : Com. 20/01/1998 : n° 96-13584, « retient à bon droit que le contrat litigieux n'est pas un contrat d'agent commercial », « l'arrêt [qui] relève que, selon le contrat, l'activité de prospecteur, prévue au contrat, "s'exécute sur demande de la société Osmac qui organisera la programmation des missions de suivi de clientèle et de démarchage des clients" et qu'"au titre de son intervention, la société Soprolanc recevra une rémunération par mission effectuée, outre le remboursement des frais exposés" ».

<sup>859</sup> *Supra* n° 160.

<sup>860</sup> V. par ex. : DISSAUX (N.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 9 et n° 25.

le statut prévoit effectivement cette possibilité, il exige expressément l'accord du mandant<sup>861</sup> si bien qu'elle peut difficilement être considérée comme une marque d'indépendance du mandataire à son égard.

**196. Conclusion.** Finalement, l'existence de directives, d'une obligation de rendre des comptes, d'un pouvoir de sanction du mandant, d'une rémunération fixe, d'une absence de moyens d'exploitation propres à l'agent, d'une absence de clientèle propre, d'une absence d'assomption des risques liés aux aléas du marché et aux contrats conclus paraissent compatibles avec le statut de l'agence commerciale<sup>862</sup> alors qu'il définit l'agent comme exerçant une profession indépendante exclusive de tout contrat de louage de services. La frontière entre l'agence commerciale et la représentation commerciale salariée n'est donc pas clairement tracée. En particulier, il est impossible de distinguer ce qui relèverait de l'exécution normale du contrat d'agence commerciale – de l'exercice du pouvoir de direction, contrôle et sanction et des rémunérations, remboursements de frais et indemnisations de pertes inhérents au mandat – et ce qui, au contraire, serait excessif ou étranger à cette exécution normale et caractériserait donc un contrat de travail<sup>863</sup>. Ce flou est confirmé par la casuistique jurisprudentielle à laquelle cette question donne lieu.

## **a.2 - L'existence d'une casuistique jurisprudentielle**

**197. Contrôle léger de la Cour de cassation.** L'étude de la jurisprudence sur la distinction entre le contrat de travail de droit commun et l'agence commerciale laisse apparaître un tableau brouillon. La Cour de cassation n'a pas posé de critère déterminant et se contente d'un contrôle léger<sup>864</sup> en vérifiant si les juges du fond ont mis en évidence des indices de subordination juridique pour motiver la requalification.

Or, du côté des cours d'appel, la conception de l'indépendance de l'agent commercial est à géométrie variable, les juges étant en désaccord à la fois sur les indices pouvant être pris en compte et sur le degré de contraintes acceptable. Quelques décisions rendues essentiellement à propos d'agents immobiliers entre 2008 à 2013<sup>865</sup> permettent aisément de s'en rendre compte.

**198. Différences de degré de contraintes acceptable.** Diverses décisions admettent ainsi qu'il puisse exister une indépendance de l'agent commercial malgré des contraintes relativement importantes, l'essentiel étant que l'agent soit libre d'au moins une partie de son emploi du temps.

Par exemple, la cour d'appel de Paris a jugé en 2010 que le fait que l'agent ait à « *rendre compte [...] de sa gestion et de ses actions* », se voit attribuer des « *rendez-vous prospects* », imposer « *l'établissement de comptes-rendus* », « *l'assistance à des réunions commerciales mensuelles* » et la fourniture de « *moyens matériels* » par le mandant ne le privait pas de son indépendance car le mandant n'avait pas « *le pouvoir de*

---

<sup>861</sup> C. com. art. L. 134-13, 3°, « *selon un accord avec le mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence.* »

<sup>862</sup> V. par ex. : Soc. 11/02/1999 : n° 97-14048, le fait que l'agent doivent « *rendre compte mensuellement de son activité et tenir informée la société des clients visités [...] [soit] dépendant de la société par la nature du matériel vendu, le secteur d'activité et la catégorie de clients, et surtout par la mise d'un véhicule à sa disposition [...] [qu'il] n'effectue aucune opération commerciale pour son compte personnel et qu'il ne supporte pas le risque économique puisqu'il ne répond pas de la solvabilité des clients* » ne permet « *pas de caractériser l'existence d'un lien de subordination* ».

<sup>863</sup> Dans ce sens : FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat*, op. cit., n° 10, « *la frontière entre le niveau d'assujettissement inhérent au contrat de mandat et celui emportant la qualification de contrat de travail reste donc délicate à tracer* » – V. également : CUIF (P.-F.), *Contrat de...*, op. cit., n° 50, « *tout est [...] une question de mesure dans la rédaction des clauses du contrat mais également dans leur exécution* ».

<sup>864</sup> V. par ex. : Soc. 12/04/2012, 2 arrêts : n° 10-27076 et n° 10-27075.

<sup>865</sup> Jusqu'à la loi n° 2006-872 du 13/07/2006 (art. 97) ayant modifié l'article 4 de la loi n° 70-9 du 02/01/1970, les négociateurs immobiliers étaient exclus du champ d'application du statut de l'agence commerciale (Civ. 1 04/11/2011 : n° 10-15457 – Com. 07/07/2004 : n° 02-18135 ; D. 2004, 2230, Y. Rouquet). Cette ouverture du statut en 2006 s'est suivie d'un important contentieux sur la distinction entre l'agent immobilier salarié et l'agent immobilier agent commercial.



*contrôler son temps d'activité et ses périodes de congés et de sanctionner ses manquements »<sup>866</sup>.*

La cour d'appel de Pau a jugé en 2009 que l'obligation pour l'agent commercial d'assister à une réunion des « *commerciaux tous les matins à 9 heures* » et « *à tenir une permanence à tour de rôle* » ne démontre pas que l'agent « *n'ait pas eu la possibilité d'organiser par ailleurs son travail comme il l'entendait, mis à part ces obligations de présence à l'agence* »<sup>867</sup>.

La cour d'appel de Montpellier a jugé en 2012 que « *les moyens mis à la disposition de l'agent par sa mandante pour faciliter l'exécution du contrat d'agence ne sont pas incompatibles avec l'indépendance qui préside au contrat d'agence commerciale : la mise à disposition d'un local pour recevoir les clients et la transmission des messages téléphoniques par le secrétariat de l'entreprise, n'entraînent pas, à eux seuls, l'existence d'un lien de subordination* » et « *qu'il en va de même des permanences en agence et des permanences téléphoniques, tout comme des tâches administratives avec des comptes rendus réguliers et la tenue d'un cahier des contacts ou encore l'assistance à des réunions périodiquement* » car « *cela n'empêchait pas [l'agent] de disposer de la latitude requise pour la bonne exécution de son mandat* »<sup>868</sup>.

Toujours dans le même sens, la Cour de cassation, dans une affaire *Century 21*, a jugé en 2012 que la cour d'appel de Nîmes avait pu exclure la requalification en contrat de travail « *tout en relevant une série d'éléments attestant que l'activité [...] s'inscrivait dans le cadre d'un service organisé* » (les clients prospectés étaient inscrits dans un fichier commun de l'agence, l'agent les recevait dans les locaux de celle-ci et devait suivre ses méthodes de travail consignées dans un guide<sup>869</sup>) car elle avait constaté « *qu'hormis la méthodologie de travail au sein des enseignes franchisées Century 21 qui relève de l'organisation fonctionnelle de l'agence, il n'était pas établi que l'intéressé ait reçu des directives précises relatives aux dossiers, aux horaires de présence, qu'il ait été soumis à des permanences ou tenu de rendre compte de son activité pour justifier du nombre de clients démarchés ou de mandats apportés ou encore qu'il ait été sanctionné pour un manquement à une obligation particulière* »<sup>870</sup>.

A l'inverse, d'autres décisions retiennent que ces contraintes sont susceptibles de caractériser un contrat de travail malgré une liberté dans les horaires. Ainsi, dans une affaire *Marc Le Nezet Consultants*, la Cour de cassation a jugé en 2010 que la cour d'appel d'Amiens avait « *pu déduire l'existence d'un lien de subordination* » en constatant « *qu'il existait un service organisé d'"agents commerciaux" soumis à un contrôle permanent et rigoureux de leur activité ne se réduisant pas à une simple coordination* » car l'agent « *devait suivre la formation mise en place par [le donneur d'ordre], assurer ses rendez-vous clientèles dans les locaux de l'agence, établir un prévisionnel de son activité mois par mois et rendre compte de manière*

---

<sup>866</sup> Paris 07/10/2010 : JurisData n° 2010-019621.

<sup>867</sup> Pau 14/09/2009 : JurisData n° 2009-010582.

<sup>868</sup> Montpellier 08/02/2012 : JurisData n°2012-008005. — V. également : Soc. 07/03/2012 : n° 10-13939, rejetant le pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Rennes du 05/01/2010 ayant jugé que « *s'il est exact que Mademoiselle X... tenait des permanences à l'agence Le Tuc les mercredi et vendredi, les tableaux de permanence produits démontrent qu'elle n'était pas seule à l'agence ces jours là pour accueillir les clients et répondre au téléphone et il est attesté par Mme Z... que la clientèle reçue ce jour là par les soins de la négociatrice lui était attribuée dans le cadre de son mandat ; qu'en dehors de ces deux jours spécifiques, il n'est pas démontré qu'elle ne disposait pas d'une entière indépendance et liberté dans l'organisation de son travail de prospection* » (se référer aux motifs de la cour d'appel cité par le moyen annexé).

<sup>869</sup> Le pourvoi se référait à un article du contrat stipulant que « *l'agent doit respecter strictement les directives du mandant pour les conditions de réalisation des transactions dans le cadre de la méthode appliquée par le mandat. Toute carence constatée dans l'application de cette méthode travail fera l'objet d'une notification à l'agent. Le mandant pourra dès lors substituer à l'agent toute personne qu'il désignera. L'agent perdra alors tout droit à rémunération.* »

<sup>870</sup> Soc. 19/01/2012 : n° 10-23653 approuvant Nîmes 22/06/2010.

stricte de l'accomplissement de sa mission »<sup>871</sup>. Comme dans l'arrêt *Century 21*, les travailleurs recevaient les clients dans les locaux de l'agence et devait suivre des méthodes particulières (méthodologie imposée pour *Century 21*, formation imposée pour *Marc Le Nezet Consultants*). C'est ainsi l'obligation d'établir un prévisionnel d'activité mensuel et le caractère rigoureux de la reddition de comptes qui ont emporté la requalification sans même que des contraintes sur les horaires de présence n'aient été constatés alors que cela semblait essentiel pour le premier courant jurisprudentiel.

**199. Différences d'appréciation des indices.** Les décisions précitées, confrontées entre elles et à d'autres, font également apparaître des différences d'appréciation des indices.

Ainsi, l'existence de permanences en agence est un indice de subordination pour la cour d'appel de Nîmes en 2010<sup>872</sup> mais pas pour les cours d'appel de Pau en 2009, de Paris en 2010 et de Montpellier en 2012<sup>873</sup>.

Le fait d'assurer les rendez-vous clientèles dans les locaux du mandant est un indice de subordination pour la cour d'appel d'Amiens en 2008<sup>874</sup>, mais pas pour les cours d'appel de Nîmes et Rennes en 2010 et de Montpellier en 2012<sup>875</sup>.

Le fait de se voir attribuer des rendez-vous prospects est un indice de subordination pour la cour d'appel de Reims en 2009<sup>876</sup> mais pas pour la cour d'appel de Paris en 2010<sup>877</sup>.

Le fait d'avoir à rendre compte de sa gestion est un indice de subordination pour les cours d'appel de Nîmes et Amiens en 2010 mais pas pour les cours d'appel de Paris et Montpellier en 2010 et 2012<sup>878</sup>.

Des différences apparaissent encore sur l'intensité de la reddition lorsqu'elle est prise en compte. Ainsi, le fait de remettre des rapports journaliers n'est pas un indice de subordination pour la cour d'appel de Reims en 2010<sup>879</sup> mais l'est pour la cour d'appel de Paris en 2009<sup>880</sup>.

**200. Inclusion et exclusion critiquable d'indices.** Par ailleurs, l'exclusion ou l'inclusion de certains indices apparaît très critiquable.

Ainsi, la cour d'appel de Nîmes relève en 2010 une absence de reddition de comptes pour exclure l'existence d'une subordination juridique<sup>881</sup> alors qu'il s'agit d'une obligation procédant de l'essence même du mandat<sup>882</sup> et que le statut de l'agence commerciale réputée non écrite toute clause contraire au devoir

---

<sup>871</sup> Soc. 07/07/2010 : n° 08-45538, approuvant Amiens 22/10/2008.

<sup>872</sup> Nîmes 22/06/2010 : *op. cit.*

<sup>873</sup> Pau 14/09/2009 : *op. cit.* – Paris 07/10/2010 : *op. cit.* – Montpellier 08/02/2012 : *op. cit.*

<sup>874</sup> Amiens 22/10/2008 : *op. cit.*

<sup>875</sup> Nîmes 22/06/2010 : *op. cit.* – Rennes 18/05/2010 : JurisData n° 2010-021317, « si la société Française Immobilière a mis à la disposition de madame Justel le local dans lequel elle exerce son activité ainsi que divers moyens d'exploitation et lui rembourse des frais professionnels, ceci ne peut suffire à démontrer qu'en dépit du comportement de son mandant, celle-ci n'exerçait pas en toute indépendance et acceptait de se soumettre à l'autorité et au pouvoir de direction d'un employeur » – Montpellier 08/02/2012 : *op. cit.*

<sup>876</sup> Reims 24/03/2010 : JurisData n° 2010-006385, « la distribution des prospects [que la société mandante] organisait au profit de ses assistants commerciaux ou de ses agents commerciaux » peut être un indice de subordination si elle a un « caractère obligatoire ».

<sup>877</sup> Reims 28/10/2009 : JurisData n° 2009-017524, « [l'agent] ne démontre pas que la société MFC contrôlait son activité ou lui imposait des rendez-vous ».

<sup>878</sup> Paris 07/10/2010 : *op. cit.*

<sup>879</sup> Reims 28/10/2009 : *op. cit.*, « le fait d'avoir les clés des locaux de la société et du matériel prêté par la société ne caractérise pas un lien de subordination alors que le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat, pas plus que le fait de participer à des réunions hebdomadaires ou de remettre des rapports journaliers ».

<sup>880</sup> Paris 12/11/2009 : JurisData n° 2009-380216, « le demandeur établit bien la preuve qu'il recevait des instructions très précises sur les tâches à accomplir, qu'il était soumis à des objectifs et à des plannings et devait rendre compte très régulièrement (journalièrement pour certaines) de ses activités ; que l'existence d'un lien de subordination est ainsi démontrée ».

<sup>881</sup> Nîmes 22/06/2010 : *op. cit.*

<sup>882</sup> *Supra* n° 164.

d'information du mandataire à l'égard de son mandant<sup>883</sup>.

Les cours d'appel de Nîmes et Paris relèvent en 2010 une absence de pouvoir de sanction<sup>884</sup> alors que la Cour de cassation considère que la simple possibilité de rompre une relation caractérise un tel pouvoir<sup>885</sup>.

La cour d'appel d'Amiens retient en 2008<sup>886</sup> l'établissement d'un prévisionnel d'activité par l'agent au titre des indices de subordination alors que l'imposition d'objectifs à un agent commercial est admise par la Cour de cassation<sup>887</sup> qui juge même que leur non-réalisation est susceptible de caractériser une faute grave<sup>888</sup>. De surcroît, dans l'espèce considérée, il était demandé à l'agent d'établir lui-même des prévisions d'activité. Il peut donc être soutenu qu'il s'agissait d'une marque d'indépendance, l'agent déterminant lui-même ses objectifs. Par ailleurs, l'information du mandant étant un devoir de l'agent commercial, il apparaît assez logique que le mandant demande des prévisions d'activité afin de calibrer sa production de manière à pouvoir assurer l'exécution des contrats qui seront négociés par ses agents<sup>889</sup>.

**201. Conclusion.** A conditions d'activité et degré de dépendance identiques, l'application du statut de l'agence commerciale ou du droit du travail pourra ainsi varier d'un juge à l'autre.

Finalement, ni l'étude du statut de l'agence commerciale, ni celle de la jurisprudence s'y rapportant ne permettent de mettre en évidence un degré de dépendance qui distinguerait l'agent commercial – qualifié de professionnel indépendant non lié par un contrat de travail – du représentant salarié.

Il reste à savoir si la même constatation découle de l'étude des statuts des agents généraux d'assurance.

## **b - La distinction incertaine entre l'agence générale d'assurance et le contrat de travail de droit commun**

**202. Présentation.** L'activité de représentation de l'agent général d'assurance est exclue du champ du statut de l'agence commerciale<sup>890</sup> – mais pas celle de ses sous-agents<sup>891</sup> – et régie par trois statuts<sup>892</sup> : un statut pour les agents d'assurance incendie, accidents et risques divers (désigné ci-après « statut IARD »)<sup>893</sup>, un statut pour les agents d'assurance vie (désigné ci-après « statut VIE »)<sup>894</sup> et un statut adopté en 1996 (désigné

---

<sup>883</sup> *Supra* n° 187.

<sup>884</sup> Nîmes 22/06/2010 : *op. cit.* – Paris 07/10/2010 : *op. cit.*

<sup>885</sup> *Supra* n° 95.

<sup>886</sup> Amiens 22/10/2008 : *op. cit.*

<sup>887</sup> V. par ex. : Com. 28/05/2002 : n° 00-16857 ; B. n° 91.

<sup>888</sup> Com. 26/05/2009 : n° 07-21601.

<sup>889</sup> La société mandante avait ainsi soutenu en appel « qu'il était essentiel pour elle d'être informée régulièrement de l'état d'avancement des prospections et du nombre de prospects gérés par ses agents et de la fréquence des rendez-vous programmés afin qu'elle puisse organiser sa propre activité tenant notamment à la recherche de financements et l'organisation des rendez-vous de signature pour mener à terme l'investissement décidé par les prospects » (Amiens 22/10/2008 : n° 07/02817).

<sup>890</sup> Le statut de l'agence commerciale prévoit que ne relèvent pas de ses « dispositions les agents dont la mission de représentation s'exerce dans le cadre d'activités économiques qui font l'objet, en ce qui concerne cette mission, de dispositions législatives particulières » (C. com. art. L. 134-1, al. 2), ce qui est le cas des agents généraux d'assurance (C. ass. art. L. 540-1 s.) – Constatant cette exclusion : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 195 – Sur l'ancienne exclusion des agents immobiliers pour la même raison : *supra* note 865.

<sup>891</sup> Dans ce sens : Com. 18/05/2010 : n° 09-15023 – Sur la question : BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 601.

<sup>892</sup> Sur les statuts des agents généraux d'assurance : KULLMANN (J.) (dir.) et autres, *Le Lamy Assurance*, Lamy, 2014, n°4753 s. – BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.* – LANGE (D.), *Intermédiaires d'assurances - Règles particulières aux agents généraux - Le contrat d'agence générale d'assurance*, JCl. Ass., fasc. 635-10, 2004, maj. 2014 – LANGE (D.), *Intermédiaires d'assurances - Règles particulières aux agents généraux - L'entreprise d'agence générale d'assurance*, JCl. Ass., fasc. 635-20, 2004, maj. 2014.

<sup>893</sup> Statut des agents généraux d'assurances (accidents, incendie, risques divers) homologué par le décret n° 49-317 du 05/03/1949 portant homologation du, modifié par le décret n° 66-771 du 11/10/1966.

<sup>894</sup> Statut des agents généraux d'assurance sur la vie homologué par le décret n° 50-1608 du 28/12/1950 et modifié par le décret n° 66-771 du 11/10/1966.

ci-après « statut de 1996 ») amené à progressivement remplacer les deux autres<sup>895</sup>.

Le statut de 1996 affirme clairement l'indépendance de l'agent en le définissant comme « *une personne physique ou morale exerçant une activité indépendante de distribution et de gestion de produits et de services d'assurance en vertu d'un mandat écrit délivré par une ou plusieurs entreprises d'assurances* »<sup>896</sup>. En pratique, les actions en requalification sont rares<sup>897</sup>, ce qui s'explique certainement par le fait que les statuts des agents généraux d'assurance sont plus intéressants que le droit du travail pour les agents. En effet, ils prévoient, en plus des dommages et intérêts éventuellement dus en cas de révocation du mandat sans cause légitime – cause se rapprochant de la cause réelle et sérieuse du droit du travail<sup>898</sup> –, une indemnité de cessation de relation d'un montant supérieur, en principe, à celui du cumul des indemnités de licenciement et de licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>899</sup>. Les indices de dépendance-obéissance et d'indépendance révèlent cependant une distinction incertaine avec le contrat de travail.

**203. Appréciation des indices de dépendance-obéissance.** Ainsi, la doctrine expose que la compagnie d'assurance exerce un « *contrôle-direction* » et un « *contrôle-surveillance de l'activité de l'agent* »<sup>900</sup>.

**Pouvoir direction.** Tout d'abord, elle dispose d'un « *pouvoir de commandement* » sur l'ensemble de l'activité de l'agent général. Elle peut lui adresser régulièrement des instructions et des circulaires afin de « *gouverner de manière relativement précise l'activité* » de distribution et de gestion<sup>901</sup>.

Ce pouvoir de commandement se double d'un « *pouvoir de direction* », la compagnie pouvant « *choisir les orientations stratégiques de son activité d'assureur et [...] les traduire jusqu'à l'agent général qui assure la présence de la société sur le marché* »<sup>902</sup>. En particulier, elle conçoit les contrats à proposer à la clientèle, définit la politique tarifaire et peut retirer un secteur d'activité à l'agent<sup>903</sup>.

**Pouvoir de contrôle.** Ensuite, il a été souligné que, comparativement au droit commun du mandat, « *les règles applicables au mandat d'agent général d'assurances vont plus loin : elles confèrent à la compagnie un droit de surveillance et d'investigation dans les affaires de son agent* ». L'agent devra « *en permanence être en mesure de rendre compte de son mandat* »<sup>904</sup>. Son refus de recevoir dans son agence des inspecteurs de la compagnie d'assurance venus examiner sa gestion ou de leur communiquer « *ses livres de comptabilité, pièces comptables, disponibilités de caisse et situations de banque et de chèques postaux* » a

---

<sup>895</sup> Décret n° 96-902 du 15/10/1996, approuvant un statut négocié et établi par les organisations professionnelles (annexe) en application du Code des assurances (art. L. 540-1) et s'appliquant aux traités de nomination conclus à compter du 01/01/1997, les traités antérieurs restant soumis, sauf exercice d'une option, aux statuts IARD ou VIE (article annexe 3). Ce statut prévoit que « *l'activité de l'agent général et ses modalités de rémunération sont régies, sans préjudice des dispositions légales et réglementaires, par le ou les mandats dénommés traités de nomination* » et que « *les conventions entre les organisations professionnelles des entreprises d'assurances et des agents généraux, ainsi que les accords qui en découlent au sein de chaque entreprise concernée intervenus entre leurs adhérents, entreprises d'assurances et syndicats d'agents généraux des entreprises concernées, définissent pour ce qui les concerne les règles applicables aux traités de nomination conclus entre ces entreprises et les mandataires intéressés* ». (article annexe 3). En application de ces dispositions la Fédération Française des Sociétés d'Assurance (FFSA) et la Fédération Nationale des Syndicats d'Agents Généraux d'Assurances (FNSAGA) ont signé une convention le 16/04/1996 (ci-après « Convention de 1996 »).

<sup>896</sup> Statut de 1996, article annexe 1.

<sup>897</sup> Une recherche sur *Légifrance*, le 16/05/2015, dans le texte intégral de l'ensemble des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation des termes « agent général d'assurance », « contrat de travail » et « lien de subordination » donne seulement 9 résultats dont un seul concerne une question de requalification d'un agent général d'assurance (et non d'un sous-agent) en salarié (Soc. 28/06/1989 : n° 86-17700). L'action avait été engagée par un organisme de sécurité sociale.

<sup>898</sup> *Infra* n° 660.

<sup>899</sup> *Infra* n° 774.

<sup>900</sup> BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 569 s.

<sup>901</sup> *Ibid.*, n° 571.

<sup>902</sup> *Ibid.*, n° 572.

<sup>903</sup> *Ibid.*, n° 572.

<sup>904</sup> *Ibid.*, n° 573.

ainsi été qualifié de faute grave justifiant sa révocation<sup>905</sup>.

**Pouvoir de sanction.** Enfin, la compagnie est titulaire d'un pouvoir de « *sanction des manquements* » résidant notamment dans sa faculté de révoquer unilatéralement l'agent général<sup>906</sup>.

Finalement, la compagnie d'assurance dispose d'un pouvoir sur l'agent général d'assurance plus prononcé que dans le droit commun du mandat et présentant les trois composantes de la subordination juridique.

Pour la doctrine, la distinction avec le salarié résiderait dans l'autonomie de l'agent, libre de l'organisation des moyens d'exécution des « *ordres et instructions* » et maître de son temps de travail<sup>907</sup>. La distinction n'est cependant pas évidente puisque les cadres salariés jouissent également d'une autonomie d'organisation et d'une maîtrise de leur temps de travail<sup>908</sup>. Par ailleurs, ces pouvoirs sont pris en compte pour admettre la requalification des sous-agents d'assurance en salariés<sup>909</sup>.

**204. Appréciation des indices d'indépendance.** La doctrine et la jurisprudence mettent également l'accent sur la qualité d'entreprise autonome de l'agent commercial. Il exerce « *en toute indépendance une profession libérale dans des locaux qui lui appartiennent et qu'il aménage à son gré ; [...] il utilise comme il l'entend les collaborateurs de son choix et ne saurait en aucune manière être considéré comme un préposé ou fondé de pouvoir de la compagnie d'assurances* »<sup>910</sup>. L'appréciation des indices d'indépendance pris en compte par le droit du travail ne permettent cependant pas d'exclure de façon évidente le contrat de travail.

**Pluralité de donneurs d'ordres et exercice d'autres activités.** Tout d'abord, comme les salariés, l'agent général ne peut diffuser des produits ou services concurrents à ceux de la compagnie d'assurance qu'il représente, sauf autorisation de celle-ci<sup>911</sup>. La convention négociée en application du statut de 1996 prévoit ainsi que « *l'exclusivité est le principe* » et en tire comme conséquence que « *l'agent général s'engage à consacrer la totalité de sa production à sa ou ses mandantes ; en contrepartie celle-ci s'engage à lui apporter les moyens techniques, commerciaux et financiers nécessaires* »<sup>912</sup>.

**Moyens matériels et humains propres.** Par suite, si l'agent est généralement propriétaire ou

---

<sup>905</sup> Civ. 1 28/11/1995 : n° 93-12589 ; B. n° 429 ; RGDA 1996, 487, D. Langé — V. également : Civ. 1 21/03/1995 : RGAT 1995, 461, D. Langé.

<sup>906</sup> BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 573.

<sup>907</sup> *Ibid.*, n° 571. — Dans ce sens : Soc. 28/06/1989 : n° 86-17700, « *les juges du fond ont relevé que M. Y..., dont la tâche principale consistait à créer et à développer une agence d'assurance, travaillait dans un local et avec un secrétariat qui lui étaient fournis par la compagnie Euravie, que les horaires de travail, déterminés en accord avec celle-ci, étaient obligatoirement respectés, que les agents recrutés par l'intéressé devaient être agréés par la compagnie avec laquelle ils allaient contracter et que des correspondances versées aux débats, il résultait que M. Y... recevait des directives générales sur les méthodes à appliquer et les moyens à utiliser ainsi que sur le fonctionnement de l'agence ; qu'ayant en outre observé que M. Y... avait reçu de la compagnie pendant toute la durée de son activité une rémunération mensuelle fixe, ils ont estimé que les qualificatifs d'avance et d'aide financière donnés à cette rémunération étaient inopérants [...] ; qu'ils ont exactement déduit de ces constatations et appréciations [...] que M. Y... avait exercé moyennant rémunération l'activité litigieuse, qui était celle d'un directeur d'agence, sous la subordination de la compagnie Euravie pour laquelle il avait travaillé* »

<sup>908</sup> *Supra* n° 91.

<sup>909</sup> V. par ex. : Civ. 2 13/11/1964 : B. n° 719, donnent une base légale à leur décision d'affiliation au régime général de la sécurité sociale les juges qui relèvent que le sous-agent « *n'avait aucune autre activité professionnelle, et effectuait pour [le mandant] [...] des opérations d'assurances d'une façon habituelle et suivie dans un lien de subordination que caractérisaient les instructions qu'il recevait et le contrôle auquel il était soumis* ». — Voir également : Soc. 18/03/1999 : n° 97-16017.

<sup>910</sup> BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 574.

<sup>911</sup> Statut VIE, art. 3, « *en sa qualité de mandataire, l'agent général s'oblige à réserver l'exclusivité de sa production à la société qu'il représente. [al. 2] Néanmoins, il ne lui est pas interdit de faire souscrire par d'autres assureurs la garantie des risques qui : a) ressortissant aux branches populaires ou collectives ne sont pas pratiqués par la société représentée ou une société de son groupe ; b) ne sont pas souscrits par elle en totalité (pour la partie du risque non couvert) ; c) sont refusés par elle.* », art. 4, « *à moins d'y être expressément autorisé par la société qu'il représente, l'agent général ne doit, ni directement, ni par personne interposée, accepter la représentation d'autres sociétés pratiquant les mêmes opérations d'assurances. Cette prohibition s'étend au démarchage de clientèle en faveur desdites sociétés.* » — Statut IARD, art. 3 — Sur la question : BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 548 s.

<sup>912</sup> Convention de 1996, II-D-2-a.

locataire de son local et de ses moyens d'exploitation et recourt à des salariés ou mandataires<sup>913</sup>, les statuts n'interdisent pas qu'il travaille avec des moyens fournis, financés ou contrôlés par elle.

Le statut VIE prévoit notamment que « *la société peut, après accord avec l'agent général, affecter à son agence, [...] des producteurs spécialisés nommés par elle* » et ajoute que « *ces producteurs [...] travaillent sous le contrôle de la société en collaboration avec l'agent général et ses propres auxiliaires, mais ils restent sous la responsabilité de la société et sont rémunérés par elle* »<sup>914</sup>.

Par ailleurs, les statuts n'écartent pas l'article 1999 du Code civil prévoyant que « *le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat* ». En pratique les parties y dérogent systématiquement et « *les commissions versées sont [ainsi] censées comprendre le forfait de charges de fonctionnement de l'agence* » mais les statuts n'excluent pas une prise en charge spécifique de frais par la compagnie<sup>915</sup>.

**Assomption des risques.** Ensuite, si l'agent commercial est systématiquement rémunéré par des commissions<sup>916</sup> l'exposant ainsi aux aléas du marché, les statuts n'interdisent pas l'existence d'une rémunération fixe complémentaire ou minimum.

De plus, l'article 2000 du Code civil qui prévoit l'indemnisation « *des pertes [...] essuyées [par le mandataire] à l'occasion de sa gestion* » n'est pas exclu par les statuts et la jurisprudence admet donc son applicabilité<sup>917</sup>. Si une stipulation des parties peut l'écartier, elle ne devrait pouvoir exclure les pertes ayant pour origine un élément de l'exploitation dont la maîtrise a été conservée par le mandant<sup>918</sup>. Une partie de la doctrine soutient cependant que « *compte tenu du principe d'indépendance de l'agent général dans la gestion de l'agence* », cette indemnisation « *ne doit être admise qu'avec circonspection* », qu'« *il appartient à l'agent général de gérer l'exploitation de l'agence qui lui est attribuée* » et donc d'« *en assume[r] le résultat* »<sup>919</sup>. Ainsi, comme pour l'agent commercial, apparaît une contradiction puisqu'il est soutenu que l'application du régime de droit commun du mandat, non écarté par les statuts, s'opposerait à l'indépendance du mandataire en assurance alors qu'il ne fait pas obstacle à celle du mandataire de droit commun<sup>920</sup>.

S'agissant des fautes de l'agent à l'égard des tiers, la loi l'assimile expressément à un salarié en prévoyant que « *l'employeur ou mandant est civilement responsable, dans les termes de l'article 1384 du code civil, du dommage causé par la faute, l'imprudence ou la négligence de ses employés ou mandataires agissant en cette qualité, lesquels sont considérés, pour l'application du présent article, comme des préposés, nonobstant toute convention contraire* »<sup>921</sup>.

L'agent est cependant, en principe, responsable de ses fautes de gestion à l'égard du mandant<sup>922</sup> et ne

---

<sup>913</sup> BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 598 s.

<sup>914</sup> Statut VIE, art. 13.

<sup>915</sup> BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 597.

<sup>916</sup> *Ibid.*, n° 590 s.

<sup>917</sup> Dans ce sens : Civ. 1 18/10/2000 : n° 98-12217 ; RGDA 2000, 1123, J. Roussel ; Resp. et Ass. 2002, chron. 6, S. Choisez – Civ. 1 04/12/2001 : n° 98-10122 ; B. n° 305, distinguant cependant le déficit d'exploitation et le déficit de caisse – Sur la question : BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 665.

<sup>918</sup> *Supra* n° 169.

<sup>919</sup> BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 665.

<sup>920</sup> *Supra* n° 160 s.

<sup>921</sup> C. ass. art. L. 511-1, III.

<sup>922</sup> C. civ. art. 1992, 1999 et 2000.

bénéficie pas de l'immunité du salarié pour ses fautes à l'égard des tiers<sup>923</sup>.

**Clientèle propre.** Enfin, les statuts excluent que l'agent soit titulaire d'une clientèle propre puisqu'ils prévoient expressément un « *droit de propriété de la société [d'assurance] sur le portefeuille de l'agence générale* »<sup>924</sup> que le statut IARD protège même en imposant à l'agent une obligation de non-concurrence post-contractuelle<sup>925</sup>.

Il apparaît ainsi que les indices d'indépendance, dont il a été mis en évidence les incertitudes, ambiguïtés et incohérences<sup>926</sup>, ne permettent pas d'écarter de façon évidente une requalification en contrat de travail<sup>927</sup>.

**205. Conclusion.** Finalement, les statuts des agents généraux d'assurance n'ont pas levé les incertitudes de la distinction entre le mandat et le contrat de travail mais ont sécurisé la qualification de mandataire de l'agent général d'assurance en prévoyant un régime privant souvent d'intérêt les actions en requalification<sup>928</sup>.

Ce même objectif a été poursuivi par le législateur avec le statut de la gérance-mandat.

### **c - La distinction incertaine entre la gérance-mandat du Code de commerce et le contrat de travail de droit commun**

**206. Histoire et objectif du statut.** La gérance-mandat a donné lieu à un important contentieux portant sur sa distinction avec la gérance salariée. Comme pour l'agence commerciale, le contrat étant un mandat, il était difficile de distinguer à partir de quand l'existence ou l'exercice des pouvoirs de direction, contrôle et sanction du mandant devait s'analyser comme caractérisant un contrat de travail<sup>929</sup>. Plusieurs sociétés, notamment dans le secteur de l'hôtellerie, en ont fait les frais. Leurs gérants-mandataires ont demandé et obtenu en nombre le bénéfice du droit du travail, pour eux et parfois également pour leurs « *épouses ou compagnes* » participant à l'activité<sup>930</sup>, par requalification de leur contrat de gérance-mandat en contrats de travail<sup>931</sup>. Face à cette situation, le législateur a tenté de sécuriser la qualification en introduisant un statut du gérant-mandataire dans le Code de commerce avec l'objectif affiché de mettre fin aux requalifications

---

<sup>923</sup> Le mandant peut ainsi exercer une action récursoire à l'égard de l'agent (BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 1039 s.) – Sur l'immunité du salarié : *supra* n° 114.

<sup>924</sup> Statut IARD, art. 28 – Statut VIE, art. 22 – Convention de 1996, II-D-1, « *l'entreprise d'assurances détient la propriété du portefeuille confié à l'agent général* ».

<sup>925</sup> Statut IARD, art. 26 – Convention de 1996, II-D-5-c.

<sup>926</sup> *Supra* n° 98 s.

<sup>927</sup> V. par ex. : Rennes 05/12/2000 : JurisData n° 2000-147863, requalifiant le mandat d'un agent général d'assurance en contrat de travail au motif que le contrat obligeait l'agent à adresser la totalité de sa production au mandant sans qu'il lui soit reconnu une exclusivité sur son secteur, que l'agent devait rendre visite à des prospects indiqués par le mandant, devait adresser à ce dernier une fiche statistique de clientèle chaque semaine et ne pouvait participer à une réunion professionnelle sans son accord. – Soc. 20 déc. 1990 : n° 89-10046, admettant l'affiliation au régime général de la sécurité sociale au motif que l'agent « *M. X..., dont la tâche principale consistait à créer et à développer une agence d'assurance, travaillait dans une agence et avec un secrétariat qui lui étaient fournis par la société Euravie, qu'il recevait des directives et devait rendre compte, qu'il était tenu à un chiffre d'affaires minimum, que, pour la formation des agents qu'il recrutait pour le compte de la société il recevait l'aide d'un support et travaillait donc dans le cadre d'un service organisé sous la direction et dans l'intérêt de la société Euravie* ».

<sup>928</sup> L'action en requalification peut cependant présenter un intérêt pour les organismes sociaux qui souhaitent affilier l'agent au régime général (voir par exemple : Soc. 20 déc. 1990 : n° 89-10046).

<sup>929</sup> Sur cette difficulté : *supra* n° 157 s.

<sup>930</sup> V. par ex. : Soc. 08/06/2010, 2 arrêts : n° 08-44965 et n° 08-45269.

<sup>931</sup> Pour des hôtels *Formule 1* : Soc. 10/11/2009 : n° 08-42580 – Soc. 07/05/2008 : n° 07-41896 – Soc. 06/06/2007 : n° 06-42951 – Pour des hôtels *ETAP Hôtel* : Soc. 30/11/2011 : n° 06-43497 – Soc. 31/05/2011 : n° 08-45292 – Soc. 15/12/2010 : n° 09-40478 – Soc. 13/05/2008 : n° 07-40466 – Soc. 27/03/2008 : n° 07-42102 – Soc. 23/11/2005 : n° 04-40749 – Pour des hôtels *B&B* : Soc. 08/06/2010, 2 arrêts : n° 08-44965 et n° 08-45269 – Soc. 10/05/2006 : n° 04-44759 – Pour des hôtels *villages hôtel* : Soc. 09/10/2013 : n° 12-16664 – Soc. 20/11/2012, 3 arrêts : n° 11-20345, n° 11-20342 et n° 11-20343 – Soc. 21/09/2010 : n° 09-41138. – Pour un hôtel *Oasis* : Soc. 26/11/2002 : n° 01-40064 – Pour un hôtel *Akena* : Soc. 21/01/2009 : n° 07-18276 – Pour d'autres requalifications : Soc. 25/01/2011 : n° 09-66179, gérance-mandat d'un magasin d'alimentation de détail Casino – Soc. 16/01/2008 : n° 07-40055 ; JCP S 2008, 1981, S. Béal et C. Terrenoire, gérance-mandat d'un hôtel.

jurisprudentielles par l'exclusion de ces intermédiaires du champ du droit du travail<sup>932</sup>.

**207. Définition légale.** Depuis 2005, le Code de commerce prévoit ainsi que « *les personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce [...], 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* »<sup>933</sup>. Il est également prévu que « *le gérant-mandataire est immatriculé au registre du commerce et des sociétés* »<sup>934</sup>. Ce statut devrait être d'ordre public, même si la loi a omis de le préciser expressément<sup>935</sup>.

Face à la résistance de la jurisprudence, le législateur a ajouté en 2010 que « *la mission [fixée au gérant-mandataire] 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* » mais que « *ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat* »<sup>936</sup>.

**208. Indifférence de l'immatriculation et de la personnalité morale.** Si le statut prévoit que le gérant s'immatricule au registre du commerce et des sociétés et peut être une personne morale, ces éléments formels ne devraient pas exclure l'existence d'un contrat de travail<sup>937</sup>.

Il convient donc d'apprécier les indices de dépendance-obéissance et les indices d'indépendance.

**209. Appréciation des indices de dépendance-obéissance.** Comme tout mandataire, le gérant-mandataire est soumis aux directives, au contrôle et au pouvoir de sanction du mandant.

Le statut prévoit expressément les pouvoirs de direction et de contrôle du mandant puisqu'il dispose que celui-ci « *fixe une mission* » qui peut préciser « *les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter* » et « *les modalités du contrôle susceptible d'être effectué* ». Les travaux parlementaires montrent que le

---

<sup>932</sup> POIGNANT (S.) et CHATEL (L.-M.), *Rapport n° 2429 déposé le 29/06/2005 fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée nationale sur le projet de loi, adopté par le Sénat, en faveur des petites et moyennes entreprises*, p. 109, « 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 [...] » – Dans le même sens : CORNU (G.), *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires économique et du Plan du Sénat*, n° 333, Séance du 11/05/2005, p. 87 s. – Sur cette constatation de recherche d'éviction du droit du travail : CUIF (P.-F.), *Contrat de gestion...*, *op. cit.*, n° 49, « l'intérêt principal de la consécration du contrat de gérance-mandat par le législateur est de le faire échapper au régime du contrat de travail » – CESARO (J.-F.), *Gérants de succursales*, JCl. Trav., fasc. 4-5, 2009, maj. 2013, n° 33 – DISSAUX (N.), *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, D. 2010, p. 667, n° 2 – PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 252 s. – KENFACK (H.), *Gérance de fonds de commerce*, Rép. com., 2008, maj. 2014, n° 78 – FERRIER (N.), *Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005*, PA 26/05/2006, p. 4 s., n° 4 – SAINTTOURENS (B.), *Le nouveau statut du gérant-mandataire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal*, RTD com. 2005, p. 704 s.

<sup>933</sup> C. com. art. L. 146-1, al. 1.

<sup>934</sup> C. com. art. L. 146-1, al. 3.

<sup>935</sup> Dans ce sens : FERRIER (N.), *Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005*, PA 26/05/2006, p. 4 s., n° 36, faisant valoir des arguments textuels (utilisation de l'indicatif présent notamment), téléologiques (le but du législateur était d'éviter les requalifications) et analogiques (les autres statuts sont d'ordre public) – *Contra* : KENFACK (H.), *Gérance de fonds de commerce*, Rép. com., 2008, maj. 2014, n° 79, « le silence dans ce nouveau statut », comparé aux mentions explicites du caractère d'ordre public de l'article L. 330-3 du Code de commerce et du statut de l'agence commerciale, « devrait faire pencher la balance en faveur d'un caractère supplétif ».

<sup>936</sup> C. com. art. L. 146-1, al. 2, issu de la loi n° 2010-853 du 23/07/2010, art. 30. – Sur cet ajout : AUZERO (G.), *Le législateur à nouveau au chevet de la gérance-mandat*, RDT 2010, p. 642 s.

<sup>937</sup> *Supra* n° 80 s.



législateur envisageait que le gérant soit « *contraint de suivre strictement des directives contraignantes* »<sup>938</sup>. L'objet du contrat étant la gestion d'un fonds de commerce, le mandant peut ainsi donner des directives portant sur le cœur même du travail du mandataire et contrôler celui-ci. La précision que l'activité s'intègre « *le cas échéant dans le cadre d'un réseau* » renvoie également à l'existence de normes et contrôles découlant de cette intégration<sup>939</sup>. Par ailleurs, le mandant ayant, en vertu du droit commun des contrats et du droit spécial du mandat, le pouvoir de rompre unilatéralement le contrat, notamment en cas d'irrespect des directives. Par conséquent, les trois composantes du lien de subordination sont réunies<sup>940</sup>.

Cependant, ayant pour objet d'évincer le droit du travail, le statut qualifie les clauses imposant des normes de gestion et d'exploitation et un contrôle du mandant de « *clauses commerciales [qui] ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat* »<sup>941</sup>. Il y aurait donc lieu de distinguer les directives et le contrôle portant sur l'aspect commercial de l'activité (conditions de gestion et d'exploitation) et les directives et le contrôle portant sur l'aspect non commercial, sur les conditions de travail<sup>942</sup>. Outre le fait que cette distinction est difficile à opérer – les conditions de travail sont liées aux conditions de gestion et d'exploitation<sup>943</sup> – elle est critiquable car revient à admettre que la direction et le contrôle du cœur de l'activité d'un gérant (la gestion et l'exploitation d'un fonds) ne peuvent caractériser un contrat de travail<sup>944</sup>. De plus, les cadres salariés peuvent jouir d'une grande liberté dans leurs conditions et horaires de travail tout en étant considérés comme étant engagés dans un lien de subordination juridique caractéristique d'un contrat de travail de droit commun<sup>945</sup>.

Par ailleurs, cette précision du caractère commercial et de l'absence d'influence sur la nature du contrat des clauses prévoyant des normes et un contrôle sur la gestion et l'exploitation est analysée comme une présomption simple par la doctrine<sup>946</sup> et le législateur<sup>947</sup>. Elle pourrait donc ne pas avoir d'influence sur la jurisprudence, à l'instar de la présomption d'absence de contrat de travail posée par le législateur en cas

---

<sup>938</sup> CORNU (G.), *Rapport n° 333 (2004-2005) déposé le 11/05/2005 fait au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan du Sénat sur le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises*, p. 87, « il convient de relever que si l'indépendance de l'agent commercial est reconnue en égard au fait qu'il assure la négociation de contrats dont l'exécution incombe principalement au mandant, il est pourtant contraint de suivre strictement des directives contraignantes que celui-ci lui fixe et qui ne sont guère éloignées de celles fixées au gérant-mandataire ».

<sup>939</sup> *Supra* n° 130 s. – CUIF (P.-F.), *Contrat de gestion...*, *op. cit.*, n° 50, « le mandant, lorsqu'il est également franchisé, doit-il pouvoir imposer au gérant-mandataire certaines obligations de manière à satisfaire les exigences résultant de l'appartenance au réseau : le contrat devrait permettre d'assurer la poursuite d'un objectif de standardisation, propre au fonctionnement en réseau ».

<sup>940</sup> Dans ce sens également : DISSAUX (N.), *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, *op. cit.*, n° 6 s.

<sup>941</sup> C. com. art. L 146-1 al. 2.

<sup>942</sup> Rapp. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 161, soutenant pour les gérants de succursales, mais le raisonnement est transposable aux gérants-mandataires du Code de commerce, qu'« *autant le fait d'imposer les conditions de travail conditionne légitimement l'application du droit social, autant fait d'imposer les conditions de commercialisation ne devrait pas emporter le bénéfice d'un tel régime car il est normal que le mandant fixe la mission du mandataire qui agit pour son compte* » – V. également : Soc. 18/02/2009, 3 arrêts : n° 07-42224, 07-42225 et 07-42226, « *la cour d'appel [...] a relevé [...] que les époux X... avaient une totale liberté d'arranger leurs propres horaires et conditions de travail, d'embaucher leur personnel dont ils fixaient librement le salaire, et en a déduit à bon droit qu'ils étaient bien liés, dans les faits, par un contrat de mandataires-gérants, et non par un contrat de travail* » (les arrêts concernaient des contrats ayant pris fin avant l'entrée en vigueur du statut du Code de commerce).

<sup>943</sup> Rapp. : AUZERO (G.), *Le législateur...*, *op. cit.*, « *c'est moins la qualification formelle [en "clauses commerciales"] des stipulations qui importe, que leurs effets sur l'activité du gérant. Dès lors qu'elles aboutissent à lui ôter toute autonomie dans la gestion du fonds, un lien de subordination est caractérisé et la qualification de contrat de travail s'impose* » – *Supra* n° 148.

<sup>944</sup> *Supra* n° 148. – Envisageant cette qualification : AUQUE (F.), *L'apparition de nouveaux modes d'exploitation du fonds de commerce*, GP 2009, p. 1792 s.

<sup>945</sup> *Supra* n° 91.

<sup>946</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *La commission-affiliation : un monstre juridique ?*, *op. cit.* – AUZERO (G.), *Le législateur...*, *op. cit.*

<sup>947</sup> CORNU (G.), *Rapport n° 507 (2009-2010) déposé le 27/05/2010 fait au nom de la Commission de l'économie du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services*, p. 117, « *le fait d'indiquer dans la loi que les normes de gestion et d'exploitation du fonds et les modalités du contrôle constituent des clauses commerciales signifie seulement qu'il y a une présomption simple de leur caractère commercial, cette présomption pouvant être levée par le juge à l'examen des faits d'espèce* ».

d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou d'inscription à un registre spécial<sup>948</sup>.

## 210. Appréciation des indices d'indépendance.

**Exclusivité et exercice d'autres activités.** Par ailleurs, si le statut n'interdit, ni n'impose une exclusivité d'activité, le mandat du gérant-mandataire devrait être considéré comme d'intérêt commun<sup>949</sup>, ce qui exclut toute activité concurrente sans l'accord du mandant<sup>950</sup>. Le gérant-mandataire est ainsi dans une situation similaire au gérant salarié qui est libre de cumuler les activités non concurrentes. De plus, la Cour de cassation a jugé que la gérance de plusieurs fonds n'excluait pas une requalification en contrat de travail<sup>951</sup>.

**Moyens matériels propres.** S'agissant des moyens matériels, le statut impose que le gérant-mandataire ne soit pas propriétaire du fonds de commerce exploité et que celui-ci reste la propriété du mandant. Les éléments du fonds ne peuvent donc être considérés comme propres au gérant. Sur ce point également, la situation du gérant-mandataire est identique à celle du gérant-salarié.

**Moyens humains propres.** S'agissant des moyens humains, le statut prévoit que le mandant, qui fixe la mission du mandataire, lui laisse « *toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, [...] d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité* »<sup>952</sup>. Par conséquent, si une latitude d'embauche de personnel et de remplacement doit exister et marque ainsi une certaine indépendance du mandataire<sup>953</sup> mais elle s'exerce néanmoins dans les limites du cadre tracé par le mandat. Le statut ne paraît donc pas incompatible avec l'imposition, notamment par le biais de normes de gestion et d'exploitation, d'un type de personnel particulier dans un nombre déterminé.

Par ailleurs, il n'est pas précisé si les embauches s'effectuent au nom et pour le compte du mandant ou au nom et pour le compte du gérant. Une partie de la doctrine expose que la liberté d'embauche ferait du gérant-mandataire l'employeur des salariés<sup>954</sup>. Cependant, si ces embauches sont nécessaires à la mission d'exploitation du fonds, elles semblent entrer dans le champ des actes réalisés au nom et pour le compte du mandant. Il est aussi envisageable que le mandant et le mandataire soient employeurs conjoints<sup>955</sup>. De plus, en raison de l'absence de virgule après « *leur activité* », il peut être soutenu que seul le remplacement s'effectue aux frais et sous la responsabilité du mandataire et non les embauches<sup>956</sup>.

Le gérant-mandataire pourrait ainsi être employeur seul ou conjoint du personnel et des remplaçants ou seulement des remplaçants, assumer seul ou conjointement l'ensemble des frais et responsabilités afférents

---

<sup>948</sup> *Supra* n° 80.

<sup>949</sup> *Infra* n° 706 s.

<sup>950</sup> *Supra* note n° 684.

<sup>951</sup> Dans ce sens : Soc. 19/09/2013 : n° 12-17494, la requalification est admise malgré le moyen du pourvoi qui mettait en avant que le gérant « *organisait librement son emploi du temps, prenait ses vacances quand il le souhaitait, fixait sa rémunération, embauchait à sa convenance le personnel nécessaire* » et « *que sa société qui disposait de son propre expert-comptable, avait d'ailleurs pris la gérance d'un autre hôtel* ».

<sup>952</sup> C. com. art. L. 146-1.

<sup>953</sup> Rappr. : Soc. 18/02/2009, 3 arrêts : n° 07-42224, 07-42225 et 07-42226, « *la cour d'appel [...] a relevé [...] que les époux X... avaient une totale liberté d'arranger leurs propres horaires et conditions de travail, d'embaucher leur personnel dont ils fixaient librement le salaire, et en a déduit à bon droit qu'ils étaient bien liés, dans les faits, par un contrat de mandataires-gérants, et non par un contrat de travail* » (les arrêts concernaient des contrats ayant pris fin avant l'entrée en vigueur du statut du Code de commerce).

<sup>954</sup> *Infra* n° 555.

<sup>955</sup> Rappr. : Soc. 12/07/2005 : n° 03-45394 ; B. n° 244, une cour d'appel avait exclu la qualité d'employeur d'un gérant-mandataire au motif qu'il n'avait « *agi qu'en qualité de mandataire* » et que le contrat de travail avait été « *passé avec la société [mandante] [...] laquelle versait les rémunérations et délivrait les bulletins de paie* » à la salariée. La Cour de cassation juge « *qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il lui appartenait de rechercher [...] si, pendant toute la durée de la relation contractuelle, Mme X... n'avait pas, en fait, travaillé dans un lien de subordination avec la société [mandataire] de sorte que les deux sociétés avaient la qualité d'employeur conjoint, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

<sup>956</sup> Dans ce sens : FERRIER (N.), *Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005*, PA 26/05/2006, p. 4 s., n° 11.

aux salariés et remplaçants ou uniquement ceux des remplaçants<sup>957</sup>. Il est également envisageable d'appliquer les règles du sous-mandat aux remplaçants<sup>958</sup>, ce qui complique encore le régime. L'indice de l'existence de moyens humains propres est ainsi particulièrement ambigu.

**Assomption des risques.** Le statut exige aussi que les risques liés à l'exploitation du fonds soient supportés par le mandant. Il n'exclut pas l'application des articles 1999 et 2000 du Code civil, expressément envisagée lors de l'adoption du texte<sup>959</sup>. Il prévoit également une « *commission minimale garantie* »<sup>960</sup>.

Cependant, le statut ne définit pas la notion de risques liés à l'exploitation, prévoit une commission proportionnelle au chiffre d'affaires et précise que le mandataire se substitue des remplaçants, voire embauche des salariés, à ses frais et sous son entière responsabilité<sup>961</sup>. Par ailleurs, les articles 1999 et 2000 du Code civil sont supplétifs de volonté et n'excluent pas la responsabilité du mandataire pour ses fautes et imprudences<sup>962</sup>.

L'analyse des risques se révèle ainsi particulièrement délicate et ambiguë.

Le gérant-mandataire ne subit pas les risques liés à l'exploitation mais est responsable de ses remplaçants, voire de ses salariés et est également responsable de ses fautes et imprudences dans la gestion du fonds, ce qui caractérise, en principe, une soumission aux risques de l'exploitation pour le droit du travail. Les règles apparaissent ainsi assez contradictoires<sup>963</sup>.

Par ailleurs, si la rémunération est nécessairement proportionnelle au chiffre d'affaires de l'entreprise et donc soumise aux aléas du marché (au risque de l'entreprise), il doit exister une commission minimale garantie dont on ne sait si elle doit correspondre à une somme fixe indépendante du chiffre d'affaires ou à une part minimale du chiffre d'affaires<sup>964</sup>.

L'articulation entre ces règles n'est pas non plus précisée. On ignore notamment si la part des risques de l'exploitation qui pourrait incomber au gérant peut absorber totalement la commission minimale garantie à supposer qu'elle corresponde à une somme fixe<sup>965</sup>.

Finalement, on ne sait pas exactement dans quelles mesures le gérant mandataire peut ou doit être partiellement ou totalement soustrait aux risques de l'exploitation et aux risques de l'entreprise.

**Clientèle propre.** Enfin, faute d'être propriétaire du fonds de commerce qu'il gère et concluant les contrats avec la clientèle au nom et pour le compte du mandant, le gérant-mandataire ne devrait pas être reconnu titulaire d'une clientèle propre<sup>966</sup>.

**211. Conclusion.** Finalement, l'étude des indices de subordination et d'indépendance du gérant-mandataire

---

<sup>957</sup> *Supra* n° 108 s.

<sup>958</sup> *Supra* n° 168.

<sup>959</sup> CORNU (G.), *Rapport n° 333 (2004-2005) déposé le 11/05/2005 fait au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan du Sénat sur le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises*, p. 88, « au-delà de ces dispositions spécifiques, le contrat de gérance-mandat est un mandat spécial soumis, à ce titre aux dispositions du code civil régissant le mandat, par exemple en matière de reddition des comptes. A cet égard, les risques sont évidemment supportés dans les limites posées par l'article 2000 du code civil [...] : si le gérant-mandataire ne peut essuyer de pertes dans le cadre de sa mission dès lors qu'il n'a commis aucune imprudence dans l'exécution de celle-ci, en revanche, s'il ne s'est pas comporté « en bon père de famille », il supporte, sur le fondement de l'article 2000 du code civil, les conséquences de ses fautes »

<sup>960</sup> C. com. art. L. 146-3 – Sur la question : *infra* n° 552.

<sup>961</sup> *Infra* n° 555.

<sup>962</sup> *Supra* n° 169.

<sup>963</sup> *Infra* n° 555.

<sup>964</sup> *Infra* n° 554.

<sup>965</sup> *Infra* n° 555.

<sup>966</sup> V. cependant : SAINTOURENS (B.), *Le nouveau statut du gérant-mandataire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal*, RTD com. 2005, p. 704 s., soutenant que le gérant-mandataire est commerçant car « cocontractant aux actes d'achat et de vente de marchandises ».

révèle l'existence d'un pouvoir de direction, contrôle et sanction que le statut disqualifie et des indices d'indépendance ambigus laissant néanmoins apparaître une proximité par rapport à l'économie du contrat de travail supérieure à celle du mandat de droit commun (exclusion de la propriété des moyens d'exploitation, de l'assomption des risques de l'exploitation, exigence d'une commission minimale garantie).

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que l'adoption de la loi n'ait pas infléchi la position de la Cour de cassation et des cours d'appel à l'égard des contrats de gérance-mandat conclus avant son entrée en vigueur<sup>967</sup> et que les requalifications ait persisté à l'égard des contrats soumis au texte<sup>968</sup>. La nouvelle intervention du législateur en 2010 ne semble pas de nature à changer cette situation<sup>969</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation ne permet pas de dégager des éléments et un degré de dépendance à partir desquels la requalification sera opérée. Ainsi, la possibilité pour le gérant de fixer ses propres horaires de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants apparaît parfois déterminante<sup>970</sup> et parfois totalement indifférente<sup>971</sup>.

Par conséquent, malgré deux interventions législatives, le statut du gérant-mandataire ne permet toujours pas d'assurer une distinction claire entre le gérant salarié et le gérant-mandataire indépendant. Il est impossible de déterminer une nature et un degré de dépendance dont dépendrait la démarcation et il existe ainsi une grande insécurité juridique sur la question.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**212. Incertitudes.** La distinction entre le contrat de travail et les différentes relations de distribution comme la franchise, la concession, l'agence commerciale, l'agence générale d'assurance, la gérance-mandat ou encore la commission-affiliation est devenue très incertaine en raison d'un double mouvement convergent.

Le premier mouvement est celui de l'assouplissement du critère de la subordination juridique en raison de la nécessité de l'adapter à la lutte contre les stratégies d'évitement du droit du travail et aux nouvelles

---

<sup>967</sup> *Supra* note n° 931.

<sup>968</sup> V. par ex. : Soc. 19/09/2013 : n° 12-17494, une cour d'appel a pu, sans violer le statut du gérant-mandataire, requalifier en contrat de travail de droit commun un contrat de gérance-mandat conclu en 2007, alors même que le pourvoi soutenait que le gérant « *organisait librement son emploi du temps, prenait ses vacances quand il le souhaitait, fixait sa rémunération, embauchait à sa convenance le personnel nécessaire, que sa société qui disposait de son propre expert-comptable, avait d'ailleurs pris la gérance d'un autre hôtel* ». – Annonçant les requalifications : PASQUIER (I), *op. cit.*, n° 256.

<sup>969</sup> Dans ce sens : CORNU (G.), *Rapport* n° 507... *op. cit.*, p. 117, cet ajout « *n'apporte pas une solution véritable à l'insécurité juridique qui caractérise la relation entre mandant et gérant-mandataire. En effet, l'origine du contentieux de la gérance-mandat tient à la difficulté, en pratique, d'élaborer des normes suffisamment précises pour encadrer l'activité du gérant-mandataire, mais en même temps suffisamment générales pour ne pas priver ce dernier de son autonomie. Ce régime juridique se situe donc en permanence, pour ainsi dire, sur le fil du rasoir. Ajouter dans la loi que le mandant peut préciser les normes de gestion et d'exploitation du fonds et les modalités du contrôle n'empêchera pas d'éventuelles requalification du contrat en contrat de travail dès lors que le juge estimera que le degré des précisions apportées par le mandant est tel qu'il aboutit en réalité à priver le mandataire de son autonomie de gestion* ».

<sup>970</sup> Soc. 18/02/2009 : n° 07-42224, en constatant que les gérants « *avaient une totale liberté d'arranger leurs propres horaires et conditions de travail, d'embaucher leur personnel dont ils fixaient librement le salaire* » une cour d'appel « *en a déduit à bon droit qu'ils étaient bien liés, dans les faits, par un contrat de mandataires-gérants, et non par un contrat de travail* ».

<sup>971</sup> Soc. 23/11/2005 : n° 04-40749, une cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision en excluant l'existence d'un contrat de travail au motif que la gérante a « *connu des exercices bénéficiaires et qu'elle a pu fixer et faire varier sa rémunération, embaucher des salariés et conclure des contrats de sous-traitance ; que ses départs en congés et ses heures de travail n'étaient pas contrôlés* » – V. également : Soc. 23/11/2005 : n° 04-40749, une cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision en excluant l'existence d'un contrat de travail au motif notamment que « *le contrat prévoyait qu'ils jouissaient d'une liberté totale dans l'organisation de leur journée, de celle de pouvoir se faire remplacer durant leurs congés et d'exploiter en même temps d'autres fonds de commerce* » – Soc. 19/09/2013 : n° 12-17494, la cour d'appel a pu déduire l'existence d'un contrat de travail de la constatation qu'« *au vu des courriels et des courriers adressés par la société mandante que M. X... effectuait un travail sous l'autorité de la société Saxotel Saran qui lui avait adressé un avertissement et l'avait menacé d'une remise en cause de leur collaboration si elle recevait de nouvelles plaintes contre un membre du personnel* » alors même que le pourvoi soutenait que le gérant « *organisait librement son emploi du temps, prenait ses vacances quand il le souhaitait, fixait sa rémunération, embauchait à sa convenance le personnel nécessaire* » et « *que sa société qui disposait de son propre expert-comptable, avait d'ailleurs pris la gérance d'un autre hôtel* » et reprochait ainsi à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si « *M. X... n'avait pas gardé toute latitude de déterminer ses conditions de travail et d'embaucher du personnel* ».

formes du salariat compatibles avec une indépendance technique dans le travail ou une autonomie dans les conditions de travail (cadres)<sup>972</sup>. L'assouplissement a été contenu par la prise en compte d'indices d'indépendance comme les moyens propres, l'assumption des risques ou la clientèle propre permettant d'exclure le contrat de travail par le truchement de la subordination juridique. Ces indices sont cependant incertains, ambigus et incohérents car ils sont également des effets de la qualification du contrat de travail<sup>973</sup>.

Le second mouvement procède de la volonté des fournisseurs de contrôler la distribution de leurs produits ou services malgré l'externalisation de cette fonction. Elle a conduit au développement de contrats-cadres fondant un pouvoir de direction, contrôle et sanction du fournisseur sur le distributeur<sup>974</sup> ou à l'utilisation des pouvoirs tirés de l'agissement pour le compte d'autrui des mandataires, commissionnaires ou courtiers, pour diriger, contrôler et sanctionner l'activité de ces intermédiaires<sup>975</sup>. Par ces pouvoirs, le fournisseur prend possession de l'entreprise du distributeur et, partant, de sa force de travail.

Il résulte de ces deux mouvements des incertitudes importantes sur la distinction entre le contrat de travail de droit commun et les différentes relations de distribution, en particulier lorsqu'elles sont fondées sur l'intermédiation<sup>976</sup>. Ces incertitudes ont amené à l'adoption de statuts légaux spéciaux excluant le contrat de travail de droit commun qui n'ont cependant pas permis de lever les incertitudes mais, au contraire, en ont ajoutées en multipliant les qualifications et donc les problèmes de frontières<sup>977</sup>.

**213. Incohérences.** Par ailleurs, lorsque la qualification de contrat de travail est rejetée en raison d'une appréciation restrictive et spécifique de la subordination juridique et d'indices d'indépendance qui apparaissent, en réalité, comme des effets de la qualification, il en résulte une situation incohérente où un distributeur subit un pouvoir de direction, contrôle et sanction tout en étant qualifié d'indépendant. Cette situation se rencontre en particulier dans la franchise et la concession<sup>978</sup> mais également dans les contrats d'intermédiation<sup>979</sup>.

**214. Infirmité de l'hypothèse.** Finalement, des distributeurs connaissant une dépendance de nature et degré identiques pourront être qualifiés de salariés par une juridiction et d'indépendants par une autre. Tout dépendra de l'opinion du juge saisi sur les conditions d'exercice d'une activité indépendante. L'hypothèse de l'existence d'une nature ou un degré de dépendance permettant de distinguer le distributeur salarié et le distributeur indépendant est donc infirmée par l'étude de la qualification de la dépendance par le contrat de travail de droit commun.

Il reste cependant à la vérifier dans les statuts spéciaux du droit du travail.

---

<sup>972</sup> *Supra* n° 86 s.

<sup>973</sup> *Supra* n° 98 s.

<sup>974</sup> *Supra* n° 126 s.

<sup>975</sup> *Supra* n° 162 s.

<sup>976</sup> *Supra* n° 155 s.

<sup>977</sup> *Supra* n° 175 s.

<sup>978</sup> *Supra* n° 126 s.

<sup>979</sup> *Supra* n° 155 s., spéc. n° 174.

## SECTION 2 – LA QUALIFICATION DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS PAR LES STATUTS SPÉCIAUX DU DROIT DU TRAVAIL

**215. Présentation.** Trois statuts spéciaux appréhendent la dépendance de distributeurs hors du contrat de travail de droit commun : le statut des gérants de succursales, celui des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire et celui des voyageurs, représentants ou placiers (ci-après VRP)<sup>980</sup>.

**216. Hypothèse.** La doctrine présente parfois ce droit spécial du travail comme prenant en compte des degrés de dépendance différents du contrat de travail de droit commun et établit une hiérarchie à plusieurs degrés : au degré de dépendance le plus important se trouveraient les distributeurs liés par un contrat de travail de droit commun, au degré intermédiaire, les distributeurs entrant dans le champ d'un statut spécial et au degré de dépendance le plus faible, les distributeurs hors du droit du travail<sup>981</sup>.

Pour les représentants commerciaux, il existerait une échelle à au moins trois degrés : le degré de dépendance le plus important correspondrait au représentant commercial salarié, le degré intermédiaire au VRP et le degré de dépendance le plus faible à l'agent commercial ou au mandataire d'intérêt commun<sup>982</sup>.

Pour les gérants, il existerait une échelle à cinq degrés : le premier degré correspondrait au gérant salarié, le degré intermédiaire au gérant de succursale<sup>983</sup>, le suivant au gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire<sup>984</sup>, le suivant au gérant-mandataire du Code de commerce<sup>985</sup> et le degré de dépendance le plus faible au locataire-gérant, aussi appelé gérant libre<sup>986</sup>.

Il est ainsi possible de poser comme hypothèse que les statuts spéciaux du droit du travail appréhenderaient des degrés de dépendance intermédiaires entre le salariat et l'indépendance.

**217. Vérification.** Il a déjà été démontré que la distinction entre les degrés extrêmes de cette hiérarchie (le salarié lié par un contrat de travail de droit commun et l'indépendant) n'étaient pas fondés sur une nature ou un degré de dépendance particulier<sup>987</sup>, ce qui infirme, de prime abord, l'hypothèse. Cela sera confirmé si l'étude des distinctions entre les différents degrés intermédiaires ou entre ces degrés et les degrés extrêmes fait également apparaître des déconnexions des qualifications et du degré ou de la nature de la dépendance.

**218. Plan.** Conformément à la distinction opérée par le Code du travail, cette étude sera menée à partir des statuts spéciaux des gérants (§1) et du statut du VRP (§2).

---

<sup>980</sup> Livre III de la septième partie du Code du travail – C. trav. art. L. 7311-1 s.

<sup>981</sup> Retenant cette présentation : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 402 s.

<sup>982</sup> *Infra* n° 285.

<sup>983</sup> Comp. : Soc. 14/10/1976 : n° 75-11848 ; B. n° 493, distinguant « les conditions prévues par [le statut du gérant de succursale] [...] quant à dépendance économique » et l'« état de subordination » caractérisé par un « faisceau de sujétions strictes et de contrôles étroits » – Soc. 24/02/1977 : n° 75-14476 ; B. n° 150, faisant référence à une « subordination juridique stricte ».

<sup>984</sup> Ce statut est présenté comme concernant un gérant de succursale ayant une indépendance accrue par rapport au gérant de succursale (*infra* n° 258).

<sup>985</sup> *Infra* n° 272.

<sup>986</sup> Dans le sens de cette échelle de degrés de dépendance : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 405, mais n'abordant pas le gérant-mandataire du Code de commerce, ce statut n'existant pas à l'époque – V. également : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 1163, 1179 et 1192 – MENDOZA-CAMINADE (A.), *Droit de la distribution*, Montchrestien, 2011, n° 188, « tous les gérants sont dépendants à l'égard de l'entreprise, et ne se distinguent que par le degré d'autonomie dont ils bénéficient » – Rapp. : LATITI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, n° 336 s., distinguant la gérance salariée caractérisée par un « rapport de subordination important » (n° 337) et la gérance-mandat (n° 338), constatant qu'« un statut mixte tend à s'imposer dans la plupart des cas » (p. 155) et présentant ainsi les gérants soumis à des statuts spéciaux comme étant dans des situations intermédiaires de « relative indépendance » doublée d'une « indéniable dépendance » (n° 339).

<sup>987</sup> *Supra* n° 214.

## §1 – La qualification de la dépendance par les statuts spéciaux des gérants

**219. Plan.** La qualification de la dépendance des gérants sera successivement analysée à partir du statut du gérant de succursale (A) et du statut des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire (B).

### A – La qualification de la dépendance par le statut du gérant de succursale

**220. Présentation.** Par une loi du 21 mars 1941<sup>988</sup> dite parfois « *loi Hachette* », le régime de Vichy, dans le but de protéger les veuves de la première guerre mondiale qui tenaient souvent des kiosques dans les gares (*Relais H*)<sup>989</sup> ou vendaient des billets de loterie<sup>990</sup>, a étendu le champ d'application du Code du travail aux « *gérants de succursales* » qui en étaient exclus depuis l'arrêt *Bardou* de 1931<sup>991</sup>. Le précédent Gouvernement, à l'origine du texte, estimait que ces « *gérants sont, à l'égard de la société à succursales qui les emploie, dans un état de subordination économique indiscutable et indiscuté* » mais « *ont un certain champ d'indépendance* », qu'existait « *une dépendance économique, mais une indépendance technique* »<sup>992</sup>.

Le statut est ainsi analysé par la jurisprudence<sup>993</sup> et la doctrine<sup>994</sup> comme appréhendant un état de dépendance économique. En effet, même s'il n'est pas expressément fait référence à une dépendance économique, les conditions d'application du statut visent un état particulier de dépendance-nécessité où un distributeur tire sa principale source de revenus de son activité de distribution des produits ou services d'un seul fournisseur.

**221. Plan.** Cependant, les conditions de la qualification de gérant de succursale (1) déconnectent partiellement celle-ci du degré de dépendance du distributeur (2).

---

<sup>988</sup> Loi du 21/03/1941 relative à la situation, au regard de la législation du travail, de certaines catégories de travailleurs, dite « *loi Hachette* » : JORF 09/05/1941, 1523, aujourd'hui codifiée aux articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail.

<sup>989</sup> JO Déb. 03/02/1938, p. 199, le rapporteur, Monsieur André Mercier, indique que le texte vise à réglementer « *la situation de salarié des bibliothécaires de gares et du métropolitain de Paris, à qui le trust Hachette refus l'application des lois sociales* ».

<sup>990</sup> Sur la question : MAINGUY (D.), *Faut-il brûler le droit de la distribution ?*, D. 2013, p. 1222 s., n° 8 – Le législateur avait à l'esprit « *les vendeurs de billets de loterie, les dépositaires d'entreprises de nettoyage, les tenanciers de kiosques dans les gares fournis par une entreprise de messageries ou les correspondants de transporteurs* » (CESARO (J.-F.), *Gérants de succursales*, JCl. Trav., fasc. 4-5, 2009, maj. 2013, n° 2 – V. également : MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *La loi du 21 mars 1941, une loi en expansion ?*, CDE 2/1978, p. 4 s., p. 5).

<sup>991</sup> *Supra* n° 71.

<sup>992</sup> JO Déb. 03/02/1938, p. 199, propos de Paul Ramadier lors de la première discussion du texte.

<sup>993</sup> Soc. 13/01/1972 : n° 71-10736 ; B. n° 28, arrêt n° 2 : D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis, la « *loi [du 21 mars 1941]* n'exige pas, pour son application, l'existence d'un lien de subordination juridique entre les personnes qu'elle protège et les entreprises qui les occupent ; qu'elle concerne les non-salariés qui sont à l'égard de celles-ci dans un état de dépendance économique » – V. également : Soc. 14/10/1976 : n° 75-11848 ; B. n° 493 – Soc. 07/07/1977 : n° 76-40686 ; B. n° 480 – Soc. 09/05/1979 : n° 77-41406 et 78-40794 ; B. n° 394 – Soc. 18/11/1981 : n° 80-12526 ; B. n° 895.

<sup>994</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 1174 s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 155, « *la formule traduit clairement une dépendance économique* » – CESARO (J.-F.), *Gérants de succursales*, JCl. Trav., fasc. 4-5, 2009, maj. 2013, n° 2 – KENFACK (H.), *Gérance de fonds de commerce*, Rép. com., 2008, n° 18 s. – ERÉSÉO (N.), *L'exclusivité contractuelle*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 79, Litec, 2008, n° 142 – REGNAULT (S.), *Pour une application raisonnée de l'article L. 781-1 2° du Code du travail*, PA 29/07/2005, p. 4 s., p. 4 – CHALARON (Y.), *Gérants de succursales*, Rép. trav. Dalloz, 1997, maj. 2010, n° 3 – GAUDU (F.), *L'application du droit du travail à des travailleurs non salariés*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 163 s., n° 10 s. – LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 48 s., spéc. n° 63 – REVET (T.), *La force de travail*, Préf. F. Zenati, BDE, t. 28, Litec, 1992, n° 157 s. – VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986, n° 166 – BRUN (A.) et GALLAND (H.), *Droit du travail*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1978, n° 551 – MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *op. cit.*, p. 4.

## 1 – Les conditions de la qualification de gérant de succursale

**222. Conditions légales.** En application du statut, est soumise aux dispositions du Code du travail<sup>995</sup> et qualifiée de gérant de succursale « toute personne [...] 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 »<sup>996</sup>.

**223. Primauté des faits sur l'instrumentum.** Le statut faisant référence à une « profession » exercée dans les conditions précisées et prévoyant son caractère d'ordre public<sup>997</sup>, la Cour de cassation juge que « dès lors que les conditions [du statut] [...] sont, en fait, réunies, quelles que soient les énonciations du contrat, les dispositions du Code du travail sont applicables »<sup>998</sup>. Elle a également précisé que « les clauses du contrat liant le fournisseur à la société chargée de la distribution des produits ne peuvent être opposées au gérant agissant sur le fondement [du statut] »<sup>999</sup>.

**224. Indifférence de la nature des rapports.** Par ailleurs, la qualification de gérant de succursale n'entraîne pas une qualification ou requalification des rapports entre le fournisseur et le distributeur en contrat de travail<sup>1000</sup> ni même une présomption de contrat de travail mais l'application du droit du travail<sup>1001</sup>. L'existence d'un contrat valable de mandat, commission, courtage, location-gérance, franchise ou encore concession n'exclut donc pas la qualification<sup>1002</sup>. En particulier, il est applicable à la fois aux intermédiaires contractuels et aux revendeurs<sup>1003</sup>. La qualification de gérant de succursale est donc potentiellement compatible avec toutes les autres qualifications<sup>1004</sup>.

**225. Indifférence de la personnalité morale.** De plus, même si le statut précise qu'il s'applique à « toute

---

<sup>995</sup> C. trav. art. L. 7321-1.

<sup>996</sup> C. trav. art. L. 7321-2, 2° – L'intermédiaire qui se contente de « traiter, manutentionner ou transporter » les marchandises sans recueillir les commandes, aussi visé par le texte, n'entre pas dans le champ de l'étude puisqu'il n'a qu'une fonction logistique et non de distribution (*supra* n° 13).

<sup>997</sup> C. trav. art. L. 7321-5.

<sup>998</sup> Soc. 04/12/2001, 3 arrêts : n° 99-41265, 99-43440 et 99-44452 ; B. n° 373 ; CCC 2002, 55, L. Leveneur ; JCP E 2002, 954, L. Leveneur ; D. 2002, 1934, H. Kenfack ; DS 2002, 158, A. Jeammaud ; CDE 3/2002, 31, D. Mainguy – Soc. 29/09/2004, 2 arrêts : n° 02-43954 et n° 02-43955 – Soc. 08/02/2005 : n° 03-40731 – Soc. 13/04/2005 : n° 03-40489 – Soc. 18/04/2008 : n° 06-43536 – V. également : Soc. 16/09/2009 : n° 07-45289 ; CCC 2010, 41, N. Mathey.

<sup>999</sup> Soc. 05/12/2012 : n° 11-22168 ; B. n° 328.

<sup>1000</sup> Dans ce sens : Soc. 09/01/2013 : n° 11-20597, « en se déterminant [...] par des motifs faisant découler l'existence d'un contrat de travail de la seule réunion des conditions posées par l'article L. 7321-1, 2° du code du travail, conditions qui sont distinctes de celles déterminant l'existence d'un contrat de travail proprement dit, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » – Pour des confirmations : *infra* n° 234. – Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 162 – CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 24 – KENFACK (H.), *op. cit.*, n° 19 s. – *Contra* : REVET (T.), *op. cit.*, n° 166 s. – Des arrêts isolés de la Cour de cassation admettent la déduction d'un lien de subordination de la satisfaction des conditions du statut : Soc. 07/11/1995 : n° 92-44749 – Com. 03/05/1995 : n° 93-12981 ; JCP E 1995.II.748, L. Leveneur ; D. 1997, 10, L. Amiel-Cosme – Soc. 18/12/1975 : n° 74-12549 ; B. n° 621 – Des arrêts d'appel déduisent également parfois un lien de subordination de la satisfaction des conditions du statut : Bordeaux 13/11/2007 : Juris-Data n°2007-353158 – Toulouse 09/12/2004 : Juris-Data n° 269354 – Nancy 04/12/2002 : Juris-Data n°206150

<sup>1001</sup> Le Ministre du travail indiquait qu'il avait voulu, « sans trancher le problème juridique [de la qualification de salarié ou non], régler le problème de fait » (JO Déb. 03/02/1938, p. 199, propos de Paul Ramadier lors de la première discussion du texte).

<sup>1002</sup> CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 23 – KENFACK (H.), *op. cit.*, n° 19 s. – CHALARON (Y.), *op. cit.*, n° 3 – Pour des exemples : *infra* n° 244.

<sup>1003</sup> Dans ce sens : Soc. 28/06/1979 : n° 78-10322 ; B. n° 591.

<sup>1004</sup> Dans ce sens : CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 31, faisant référence à une « superposition de la qualification sociale » – MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 18 s., faisant référence à une « co-qualification ».



personne », le fait qu'il entraîne l'application du droit du travail semblait s'opposer à ce qu'il s'agisse d'une personne morale. Par ailleurs, en raison de l'écran social, il a longtemps été inenvisageable de l'appliquer aux personnes physiques exerçant sous forme sociale<sup>1005</sup>. Certains fournisseurs ont ainsi imposé la constitution d'une société à leurs distributeurs pour écarter tout risque d'application du statut<sup>1006</sup>. La jurisprudence a donc progressivement évolué. Elle a d'abord admis la possibilité de démontrer l'existence d'une société factice ou fictive<sup>1007</sup> en raison de la fictivité des apports<sup>1008</sup> ou simplement d'une fraude au statut<sup>1009</sup>. Elle a ensuite jugé que l'existence d'une société ne pouvait priver ses gérants du bénéfice du statut s'ils en remplit les conditions<sup>1010</sup> et que ce bénéfice n'était pas subordonné au caractère fictif de la société<sup>1011</sup>. Ainsi, même en présence d'une société réelle avec plusieurs gérants et salariés, le statut pourra s'appliquer à son ou ses gérants<sup>1012</sup>. La Cour de cassation semble seulement subordonner cette transparence de l'écran social à l'existence d'un lien direct entre le gérant et le fournisseur<sup>1013</sup>. Mais ce lien pouvant être déduit d'un exercice effectif, même partiel<sup>1014</sup>, de l'activité par le ou les gérant(s)<sup>1015</sup> ou de la simple existence d'un *intuitu personae*<sup>1016</sup>, la condition est quasiment toujours remplie<sup>1017</sup>.

**226. Suffisance de la satisfaction des conditions légales cumulatives.** L'application du statut suppose ainsi uniquement la réunion effective de plusieurs conditions cumulatives<sup>1018</sup> : l'exercice d'une

<sup>1005</sup> Dans ce sens : Soc. 16/11/2005 : n° 03-47080, « le bénéfice des dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail ne s'appliquant pas à une personne morale ni aux gérants de cette personne morale » – MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *op. cit.*, p. 6, « on éprouve quelque difficulté à imaginer que les tribunaux puissent, un jour, décider sinon sans doute, la nullité de pareilles sociétés, du moins une sorte d'inaopposabilité de l'écran sociétaire à la loi de 1941 même dans les cas extrêmes de sociétés constituées à seule fin de faire obstacle à son intervention » – V. aussi : CHALARON (Y.), *op. cit.*, n° 12 énonçant que le texte « ne vise très probablement que les gérants personnes physiques ayant contracté en leur nom et pour leur compte avec l'entreprise, ce qui exclut les gérances assurées par des personnes morales et, sans doute aussi, les propres administrateurs, gérants et associés de ces personnes morales » – LAMAZEROLLES (E.), *op. cit.*, p. 223.

<sup>1006</sup> Sur ce risque de fraude : CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 6.

<sup>1007</sup> Soc. 16/06/1998 : n° 95-44109, approuvant une cour d'appel d'avoir relevé que le statut de gérant de succursale « ne s'appliquait pas à une personne morale ni aux gérants de cette personne morale » mais en précisant que le distributeur ne démontrait pas l'existence d'une « société factice » – Sur la question : REGNAULT (S.), *op. cit.*, p. 5 s. – Sur la société fictive : DAIGRE (J.-J.), *Société fictive*, Rep. soc. Dalloz, 1999.

<sup>1008</sup> V. par ex. : Paris 07/06/2001 : JurisData n° 2001-151448, constatant la fictivité d'une société franchisée car les apports avaient été remboursés aux associés par le franchiseur sous forme d'une prétendue avance sur commission et les risques financiers des associés étaient limités par l'existence d'une « commission complémentaire destinée à équilibrer les charges du mandat y compris la rémunération des gérants ».

<sup>1009</sup> Soc. 22/03/2006 : n° 05-42233 ; B. n° 122, « analysant les contrats et appréciant les conditions de fait dans lesquelles la station-service était exploitée, les juges du fond, restituant aux faits et aux actes litigieux leur exacte qualification, ont retenu que si la société X..., dont les époux X... étaient cogérants, était la signataire des contrats de location-gérance et de mandat, les clauses desdits contrats révélaient l'instauration d'un lien direct entre la société Esso et les époux X..., la société X... n'étant qu'une "société de façade" » – Soc. 12/07/2006 : n° 04-46651, approuvant une cour d'appel d'« avoir relevé que la société Villefranche diffusion mode était fictive, l'activité étant exercée, non pas par la personne morale mais par les gérantes » – V. également : Soc. 16/11/2005 : n° 03-47080 – Soc. 16/01/2002 : n° 00-41487.

<sup>1010</sup> Soc. 21/02/2007 : n° 05-45048, reprochant à une cour d'appel d'avoir refusé d'appliquer le statut « par des motifs inopérants tirés de la constitution par [le distributeur] d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si les conditions énoncées [par le statut du gérant de succursale] [...] étaient réunies » – Soc. 04/04/2007, 2 arrêts : n° 06-42642 et n° 06-42932, « l'existence [d'une] [...] société commerciale ne pouvait priver [des cogérants] des droits qu'ils tenaient à titre individuel des dispositions [du statut de gérant de succursale] » – V. aussi : Soc. 26/11/2008 : n° 06-45104 – Soc. 21/02/2007, 2 arrêts : n° 06-41614 et 05-45048.

<sup>1011</sup> Soc. 25/02/2009 : n° 07-40371, « le bénéfice des dispositions [du statut de gérant de succursale] [...] n'est pas subordonné au caractère fictif de la société » – V. aussi : Soc. 01/02/2011 : n° 09-40033.

<sup>1012</sup> Pour une critique de cette solution remettant en cause le droit des sociétés : MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 16 s.

<sup>1013</sup> Sur la question : CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 5 s. et 12. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 155.

<sup>1014</sup> Sur la possibilité de recourir à des salariés : *infra* n° 239.

<sup>1015</sup> Dans ce sens : Soc. 05/12/2012 : n° 11-22168 ; B. n° 328 ; RDT 2013, 101, G. Auzero, « la cour d'appel a constaté qu'au delà de la société ANC, l'activité d'exploitation de la station-service était en fait exercée par Mmes X..., de sorte que ces dernières pouvaient revendiquer l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail dès lors que les conditions cumulatives posées par ce texte étaient réunies ».

<sup>1016</sup> Dans ce sens : Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160, « la cour d'appel a constaté que le contrat mentionnait le caractère *intuitu personae* des relations établies et que toute opération de cession ou de nature à influencer sur le capital social devait être soumise à l'agrément de la société SFR, ce dont il résultait que même si celle-ci avait contracté avec une personne morale, c'est la personne physique de celui qui la gérat qui était prépondérante dans l'exécution de l'activité confiée » – V. également : Soc. 01/02/2011 : n° 08-45223 – Soc. 01/02/2011 : n° 09-40033 – Soc. 26/11/2008 : n° 06-45104 ; B. n° 235 ; D. 2009, 1251, H. Gaba – Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 155.

<sup>1017</sup> L'*intuitu personae* est stipulé et reconnu par la jurisprudence dans la plupart des contrats de distribution (*infra* n° 840).

<sup>1018</sup> Soc. 05/12/2012 : n° 11-22168 ; B. n° 328 – Soc. 21/02/2007 : n° 06-41614 – Soc. 11/10/2000 : n° 99-10922 – Soc. 13/01/1972, 4 arrêts : n° 71-13234, 71-13529, 70-13211 et 71-10736 ; B. n° 28 ; D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis – Sur la question :

activité de vente de marchandises avec fourniture exclusive ou presque exclusive par une seule entreprise ou d'une activité de recueil de commandes pour le compte d'une seule entreprise, que cette activité constitue l'essentiel de la profession de la personne considérée, qu'elle s'exerce dans un local fourni ou agréé par ce fournisseur, à des conditions imposées par lui et à des prix imposés par lui.

**227. Plan.** Les deux premières conditions visent à caractériser une dépendance-nécessité (a), les autres se rapportent plutôt à une dépendance-obéissance (b). Ces conditions étant nécessaires mais suffisantes, les indices d'indépendance sont indifférents (c) et leur combinaison permet d'apprécier la portée du statut (d).

#### **a - Les conditions caractérisant une dépendance-nécessité**

**228. Présentation.** L'exigence de l'exercice d'une profession *essentiellement* de vente de marchandises *fournies exclusivement ou presque par une seule entreprise* ou de recueil de commandes pour le compte d'une seule entreprise revient à exiger une double exclusivité : la personne considérée doit vendre des marchandises exclusivement ou presque exclusivement pour une seule entreprise ou recueillir des commandes pour une seule entreprise et cette activité doit constituer l'essentiel de sa profession<sup>1019</sup>.

Cependant, la jurisprudence procède souvent à une appréciation globale<sup>1020</sup>. Il s'agit de mettre en évidence un état de dépendance économique (dépendance-nécessité) se rapprochant de celui envisagé par Cuche<sup>1021</sup> : le distributeur doit tirer de son activité de distribution son unique ou principal moyen d'existence (condition de profession essentielle) et le fournisseur absorber régulièrement (condition de profession<sup>1022</sup>) et quasi intégralement l'activité du distributeur (condition d'exclusivité des ventes ou commandes).

La loi invite à distinguer deux situations : les personnes qui recueillent « *les commandes [...] pour le compte d'une seule entreprise* » et celles qui « *vend[ent] des marchandises [...] fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise* »<sup>1023</sup>.

**229. Recueil exclusif de commandes.** Le recueil de commandes vise en principe les intermédiaires et en particulier les mandataires et commissionnaires.

Par ailleurs, puisqu'il n'est pas précisé l'objet des commandes, les services sont visés autant que les marchandises<sup>1024</sup>.

La loi exige alors une activité de recueil de commandes pour un seul et unique fournisseur<sup>1025</sup>.

**230. Vente exclusive de marchandises.** Dans un sens strict, la vente de marchandises fournies par une entreprise vise une activité de revente. Mais la notion de fourniture peut être entendue largement et embrasser également les ventes pour le compte d'autrui, c'est-à-dire les activités d'intermédiaires, en

---

FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 162 – Suite à une maladresse survenue lors de la recodification, corrigée par loi n° 2008-776 du 4/08/2008, une partie des conditions étaient devenues alternatives (sur la question : FERRIER (N.), *A propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail*, D. 2008, p. 2011 s.).

<sup>1019</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 1174 et 1178 – CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 13 à 15.

<sup>1020</sup> V. par ex. : Soc. 30/05/2007 : n° 06-43523, « *la cour d'appel a retenu que l'activité essentielle de la station ne consistait pas seulement dans la vente de carburants de sorte que la condition relative à la fourniture exclusive ou quasi exclusive de marchandises par la société pétrolière n'était pas remplie* » – Soc. 13/01/1972, 4 arrêts : n° 71-13234, 71-13529, 70-13211 et 71-10736 ; B. n° 28 : D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis.

<sup>1021</sup> *Supra* n° 69.

<sup>1022</sup> La notion de profession implique une certaine régularité et permanence, ce qui exclut les activités occasionnelles, ponctuelles ou irrégulières. – Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 158 – CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 11 – MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *op. cit.*, p. 6

<sup>1023</sup> C. trav. art. L. 7321-1.

<sup>1024</sup> Dans ce sens : CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 10.

<sup>1025</sup> Dans ce sens : *ibid.*, n° 15.

particulier les mandataires et commissionnaires qui sont seulement dépositaires de marchandises qu'ils vendent au nom ou seulement pour le compte du fournisseur donneur d'ordre<sup>1026</sup>.

**Exclusion des services.** En revanche, la notion de marchandise exclut, en principe, l'offre de services<sup>1027</sup>. La Cour de cassation a cependant validé en 2014 une application du statut à un diffuseur de produits et services *SFR* en semblant apprécier la quasi-exclusivité globalement<sup>1028</sup>.

**Incertitude de l'assiette et du taux de l'exclusivité requise.** À la différence de l'activité de prise de commandes, la loi n'exige pas une exclusivité totale mais que les marchandises soient « *fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise* ». Les conditions factuelles d'exercice de l'activité étant considérées, la condition sera remplie si le distributeur n'a qu'un seul fournisseur, même en l'absence d'exclusivité contractuelle<sup>1029</sup>.

La condition pourra également être remplie en présence de plusieurs fournisseurs en cas de fourniture presque exclusive. De plus, lorsque le distributeur s'approvisionne auprès d'un fournisseur et d'autres fournisseurs agréés par celui-ci – hypothèse fréquente dans la franchise<sup>1030</sup> –, la jurisprudence procède à une appréciation globale de la presque exclusivité en considérant l'ensemble de ces fournisseurs<sup>1031</sup>.

La notion de fourniture presque exclusive est cependant incertaine car la loi ne précise ni son assiette matérielle (chiffre d'affaires, marge, bénéfice, surface de vente, part du volume d'achat, part du coût d'achat, etc.), ni son assiette temporelle (période de calcul), ni son taux (50 %, 70 %, 80 %, etc.). La Cour de cassation a jugé « *que les termes "presque exclusivement" [...] tels qu'interprétés à de nombreuses reprises par la Cour de cassation, ne sont ni imprécis ni équivoques et ne peuvent porter atteinte aux objectifs à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* »<sup>1032</sup>. Pourtant, loin de les interpréter, la Cour a abandonné leur appréciation aux juges du fond<sup>1033</sup> tout en jugeant que « *ne constitue pas une atteinte à la*

---

<sup>1026</sup> Dans ce sens : CHALARON (Y.), *op. cit.*, n° 15.

<sup>1027</sup> Dans ce sens : CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 15 – CHALARON (Y.), *op. cit.*, n° 16 – MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *op. cit.*, p. 7 s..

<sup>1028</sup> Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160, le pourvoi soutient « *qu'en jugeant que M. X..., remplissait les conditions prévues à l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail lorsque l'activité de prise de commandes requiert une relation d'exclusivité totale avec l'entreprise pour le compte de laquelle les commandes sont passées, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail* », la Cour de cassation répond « *qu'ayant constaté que le contrat était relatif à la distribution, sous l'enseigne Espace SFR entreprise, des services d'abonnements SFR et produits associés, à raison de soixante par mois au moins, aux tarifs et conditions fixés par SFR pour la souscription des abonnements et cartes SIM selon les formulaires remis, relevant de la gamme des produits Entreprise au moins à hauteur de 70 %, les abonnements SFR devant représenter 80 % au moins du total des abonnements vendus dans la surface de vente, la cour d'appel a pu retenir que l'activité remplissait la condition de quasi-exclusivité visée à l'article L. 7321-2 2° a) du code du travail* ».

<sup>1029</sup> Soc. 11/10/2000 : n° 99-10922, « *la cour d'appel [...] a relevé que l'accord de franchise permettait au franchisé de s'approvisionner de façon indépendante et que le franchiseur n'était pas son seul fournisseur ; que, dès lors, [...] une des conditions cumulatives [...] faisant défaut...* », la précision que le franchiseur n'était pas le seul fournisseur laisse entendre, qu'a contrario, si tel avait été le cas, la condition aurait été remplie – V. aussi : Caen 27/02/2009 : Juris-Data n° 2009-378158 retenant l'existence d'une exclusivité de fourniture au motif qu'il « *ressort des bilans comptables* » que « *si la convention de franchise ne lui interdisait pas d'exercer une autre activité [...], dans les faits [le distributeur] travaillait exclusivement ou quasi-exclusivement pour le compte [du franchiseur]* » – Dans ce sens : LAMAZEROLLES (E.), *op. cit.*, p. 223.

<sup>1030</sup> CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 21, « *grâce au contrôle exercé par le franchiseur sur l'assortiment offert par le franchisé, le public pourra trouver auprès de chaque franchise des marchandises de même qualité. Il peut être impraticable dans certains cas, comme dans le domaine des articles de mode, de formuler des spécifications de qualité objectives. Veiller au respect de ces spécifications peut également, en raison du grand nombre de franchises, entraîner un coût trop élevé. Une clause prescrivant au franchiseur de ne vendre que des produits provenant du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui doit, dans de telles conditions, être considérée comme nécessaire à la protection de la réputation du réseau* ».

<sup>1031</sup> Soc. 13/01/1972 : n° 71-13234 et 71-13529 ; B. n° 28, arrêts n° 3 et 4 : D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis, « *la loi du 21 mars 1941 exige en premier lieu que la profession des personnes protégées consiste essentiellement à vendre des marchandises qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle et commerciale, cette condition se trouve remplie lorsque lesdites marchandises, à défaut de pouvoir être toutes fournies par l'entreprise, le sont par des entreprises agréées par elle* » (arrêt n° 4) – Pour une confirmation : Soc. 11/10/2000 : n° 99-10922, rejetant un pourvoi contre un arrêt d'appel ayant retenu « *le taux maximum de produits achetés par [le gérant] auprès du franchiseur ou de ses fournisseurs agréés* » (Nancy 21/10/1998 : Juris-Data n° 1998-174875).

<sup>1032</sup> Soc. 28/09/2010, n° 10-40027.

<sup>1033</sup> V. par ex. : Soc. 11/10/2000 : n° 99-10922 – Soc. 03/04/1990 : n° 86-41943 – Soc. 28/11/1984 : n° 82-42660 ; B. n° 461 ; JCP E 1985.I.14094. – La Cour de cassation utilise ainsi des termes peu précis pour approuver l'appréciation des juges du fond :

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 et que le contrôle juridictionnel constitue au contraire une garantie de sécurité pour ce dernier »<sup>1034</sup>. L'analyse de la jurisprudence des cours d'appel fait pourtant apparaître des assiettes matérielles, temporelles et des taux très différents<sup>1035</sup>. Par exemple, un arrêt de la cour d'appel de Poitiers a retenu la superficie du magasin et des vitrines concernées par les marchandises, ne s'est pas fondée sur une période mais sur le contrat et a retenu un taux de 80 %<sup>1036</sup> ; un arrêt de la cour d'appel de Nancy a retenu les produits achetés, une période de 3 années et un taux de 80 %<sup>1037</sup> ; un arrêt de la cour d'appel de Paris a retenu les profits et un taux de 60 %<sup>1038</sup> ; la cour d'appel de Bordeaux a retenu, en 2005, un taux de 55 à 60 % de l'activité<sup>1039</sup> et, en 2007, un taux de 70 % du chiffre d'affaires hors taxe<sup>1040</sup>. La Cour de cassation a déjà admis l'application du statut alors même que l'activité de vente de marchandises du fournisseur générerait seulement la moitié du bénéfice du distributeur<sup>1041</sup>. Une partie de la doctrine estime ainsi que la condition est appréciée « *de manière plutôt laxiste* »<sup>1042</sup>.

De plus, l'application du statut, qui a un effet rétroactif, peut modifier les données prises en compte pour apprécier la presque exclusivité. En effet, l'obligation de remboursement des frais professionnels qu'entraîne l'application du droit du travail<sup>1043</sup> conduit mécaniquement à augmenter le chiffre d'affaires et le résultat du distributeur.

Par ailleurs, la prise en compte des conditions effectives d'exercice de l'activité est susceptible de faire varier l'application du statut en fonction de l'évolution dans le temps de l'assiette matérielle et du taux de

---

Soc. 13/03/1985 : n° 83-12801 ; B. n° 166, jugeant que la cour d'appel a constaté l'activité complémentaire du distributeur était « *mineure* » – Soc. 18/11/1981 : n° 80-12526 ; B. n° 895, se référant au fait que les gérants tirent « *la plus grande partie de leurs ressources professionnelles* ». – Sur la question : REGNAULT (S.), *op. cit.*, p. 4 s.

<sup>1034</sup> Soc. 05/12/2012 : n° 11-22168 et 11-22365 ; B. n° 328 ; RDT 2013, 101, G. Auzero, le pourvoi soutenait que « *le principe de sécurité juridique impose la prévisibilité de la règle de droit* » et que « *le critère de presque exclusivité posé par l'article L. 7321-2 du code du travail n'est pas défini par ce texte et ne permet pas au fournisseur d'apprécier le risque de se voir imposer la mise en œuvre des dispositions précitées* », la Cour de cassation juge que « *c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que 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 et que le contrôle juridictionnel constitue au contraire une garantie de sécurité pour ce dernier, et en a déduit que les dispositions de l'article L. 7321-2 du code du travail ne sont pas contraires à l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » – V. également : Soc. 23/10/2013 : n° 11-10848, « *ne constitue pas une atteinte à la sécurité juridique, dont le principe de prévisibilité de la règle de droit n'est qu'une des composantes, 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 et que le contrôle juridictionnel constitue au contraire une garantie de sécurité pour ce dernier* » – Soc. 23/10/2013 : n° 12-22730.

<sup>1035</sup> Sur l'appréciation incertaine de la presque exclusivité et de nombreux exemples jurisprudentiels : ERÉSÉO (N.), *L'exclusivité contractuelle*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 79, Litec, 2008, n° 202 s. – Dénouant le peu de clarté, imprécision et l'ambivalence de la presque exclusivité : MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 3. – Constatant l'imprécision de la notion : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 159.

<sup>1036</sup> Soc. 07/07/1977 : n° 76-40686 ; B. n° 480, approuvant un arrêt de la cour d'appel de Poitiers.

<sup>1037</sup> Nancy 21/10/1998 : Juris-Data n° 1998-174875, jugeant que « *le taux maximum de produits achetés par [le gérant] auprès du franchiseur ou de ses fournisseurs agréés n'a pas dépassé 63,49 % au cours des trois années 1987, 1988 et 1989* » et « *qu'au dessous du seuil de 80 % l'approvisionnement ne peut être considéré comme exclusif* ». (pourvoi rejeté par Soc. 11/10/2000 : n° 99-10922).

<sup>1038</sup> Paris 14/06/1982 : JCP CI 1982.II.13859. – Pour une prise en compte des profits : Soc. 22/03/2006 : n° 04-43343, approuvant la cour d'appel de Dijon.

<sup>1039</sup> Soc. 22/03/2006 : n° 05-42233 ; B. n° 122, approuvant un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 01/03/2005.

<sup>1040</sup> Bordeaux 13/11/2007 : Juris-Data n° 2007-353158, le gérant « *ne produit aucun élément permettant de démontrer qu'il aurait exclusivement ou quasi-exclusivement vendu des produits de la Boutique Verte au-delà du pourcentage de 70 [du chiffre d'affaires hors taxe] que prévoyait le contrat* ».

<sup>1041</sup> Soc. 22/03/2006 : n° 04-43788, approuvant l'application à un locataire-gérant de station-service au motif que « *le chiffre d'affaires réalisé par la vente de carburants était nettement supérieur au chiffre d'affaires des activités annexes* » alors même que le gérant réalisait seulement 54,09 % de son bénéfice brut moyen grâce à la vente du carburant, le reste provenant d'activités de vente, restauration, bar et alimentation – Rappr. : Soc. 09/03/2011 : n° 09-42901 ; B. n° 74, approuvant l'appréciation de la cour d'appel alors que le pourvoi lui reprochait d'avoir jugé que l'activité de vente excédait considérablement celle de soins à partir de la seule analyse du chiffre d'affaires et non de la rentabilité et notamment des marges respectives.

<sup>1042</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 159.

<sup>1043</sup> Sur l'application du principe aux gérants de succursale : *infra* n° 548.

l'exclusivité<sup>1044</sup>. Le statut peut ainsi connaître une application à éclipses. Son applicabilité ne pourra parfois être connue qu'en fin d'exercice comptable, lorsque la répartition du chiffre d'affaires, de la marge ou du résultat entre les différentes activités du distributeur aura été établie.

**231. Conclusion.** Finalement, pour apprécier la portée de la condition de dépendance-nécessité en postulant une activité relativement constante, il convient de distinguer trois situations selon l'objet de l'activité de distribution, sa forme et le niveau d'exclusivité :

- le statut est applicable aux distributeurs intermédiaires exclusifs diffusant des produits ou services et aux revendeurs de produits ayant une exclusivité totale d'approvisionnement ;
- le statut est inapplicable aux distributeurs intermédiaires non exclusifs ne diffusant que des services ;
- l'applicabilité du statut dépend de l'appréciation de la juridiction saisie (assiette et taux de l'exclusivité) pour les distributeurs, intermédiaires ou revendeurs, diffusant de façon partiellement exclusive des produits ou à la fois des produits et services.

La condition sera ainsi généralement remplie dans les contrats d'intermédiaires et de gérance (agence commerciale, VRP, gérance-mandat, commission-affiliation, location-gérance) s'ils sont exclusifs ou s'ils portent sur des produits, la quasi-exclusivité étant fréquente. Elle sera également remplie dans la concession exclusive et dans la franchise de distribution de produits, une exclusivité de fourniture auprès de fournisseurs agréés étant fréquente<sup>1045</sup>.

Cependant, si l'existence d'une dépendance-nécessité à l'égard du fournisseur, même partielle, est une condition nécessaire à l'application du statut, elle n'est pas suffisante, d'autres conditions relevant plus de la dépendance-obéissance devant être cumulativement satisfaites.

## **b - Les conditions caractérisant une dépendance-obéissance**

**232. Présentation.** Pour être qualifié de gérant de succursale, le distributeur doit respecter des exigences du fournisseur en exerçant son activité dans un « *local fourni ou agréé* » par lui, « *aux conditions et [aux] prix [qu'il a] imposés* »<sup>1046</sup>.

**233. Appréciation de la fourniture ou de l'agrément du local.** Le local est considéré comme fourni lorsque le distributeur exerce son activité dans ou à partir d'un local dont la jouissance lui est accordée par le fournisseur, que celui-ci en soit propriétaire ou locataire<sup>1047</sup>. Cette fourniture est admise s'il existe un contrat de bail ou de commodat sur le local liant le distributeur au fournisseur<sup>1048</sup> mais aussi si le distributeur est titulaire d'une simple autorisation d'accès<sup>1049</sup>.

Lorsque le distributeur est propriétaire de son local ou en a la jouissance par un contrat de bail conclu avec un tiers, la condition de fourniture par le fournisseur n'est pas satisfaite mais la condition alternative

---

<sup>1044</sup> V. par ex. : Soc. 06/07/1982 : n° 80-40983 ; B. n° 458 – Sur la question : ERÉSÉO (N.), *op. cit.*, n° 230.

<sup>1045</sup> *Supra* n° 152.

<sup>1046</sup> C. trav. art. L. 7321-1.

<sup>1047</sup> Soc. 04/12/2001, 3 arrêts : n° 99-41265, n° 99-43440 et n° 99-44452 ; B. n° 373 ; D. 2002, 1934, H. Kenfack ; DS 2002, 162, A. Jeammaud ; CDE 3/2002, 21, D. Mainguy.

<sup>1048</sup> Soc. 26/02/1981 : n° 79-16965 et 80-10564 ; B. n° 170.

<sup>1049</sup> Soc. 18/04/2008 : n° 06-43536, reprochant à une cour d'appel de s'être seulement fondée « *sur les mentions portées au contrat, sans rechercher comme cela lui était demandé, si [le distributeur] n'exerçait pas, en fait, son activité de livraison à partir d'entrepôts loués par [le fournisseur]* » – V. également : Soc. 07/11/1995 : n° 92-44749.

d'agrément peut l'être. Ce sera le cas si la fourniture du distributeur en marchandises ou ses prises de commandes pour le compte du fournisseur est conditionnée à des critères liés au local. La notion d'agrément étant large, le ou les critères peuvent concerner l'emplacement, la surface, la disposition, l'aménagement, le mobilier, la décoration, l'enseigne, les conditions de présentation des produits ou services, etc.<sup>1050</sup>

**Application.** La condition de fourniture ou agrément du local sera généralement satisfaite par les distributeurs intégrant un réseau puisque les caractéristiques du local sont des éléments essentiels d'attraction de la clientèle et participent à l'image de l'enseigne et des produits ou services<sup>1051</sup>. Le local sera ainsi souvent agréé dans la concession, la franchise<sup>1052</sup>, la commission-affiliation et la distribution sélective. Il sera généralement fourni dans les contrats de gérance. La condition pourra encore être remplie dans la représentation commerciale (agence commerciale, voiturier, représentant ou placier) car le distributeur peut exercer son activité dans un local et, si elle est itinérante, à partir d'un local<sup>1053</sup>.

**234. Appréciation des conditions imposées.** La loi présente de prime abord une certaine ambiguïté puisque le syntagme nominal « *aux conditions et prix imposés* » peut se rapporter à la fois au syntagme verbal le plus proche « *lorsque que ces personnes exercent leur profession* » ou aux syntagmes verbaux plus en amont : « *vendre des marchandises* » ou « *recueillir des commandes* »<sup>1054</sup>. Dans le premier cas, il s'agit des conditions d'exercice de la profession<sup>1055</sup>, dans le second seulement des conditions de recueil des commandes ou de vente des marchandises (modalités de paiement du prix, modalités de délivrance, etc.)<sup>1056</sup>. La jurisprudence a opté pour la première proposition et s'attache ainsi aux conditions d'exercice de l'activité imposées par le fournisseur<sup>1057</sup>.

**Indifférence du type de conditions.** La notion de *conditions* étant très large, toutes sortes de contraintes sont prises en compte : l'imposition des périodes ou horaires pour l'activité<sup>1058</sup>, d'un itinéraire<sup>1059</sup>, d'un niveau de stocks<sup>1060</sup>, l'obligation d'utiliser des signes distinctifs du fournisseur<sup>1061</sup>, des critères de qualité

---

<sup>1050</sup> V. par ex. : Soc. 12/12/1995 : n° 92-42856 ; B. n° 344, approuvant une cour d'appel d'avoir déduit que le local avait été agréé par la société fournisseuse en constatant que celle-ci « *s'était portée caution du prêt accordé pour l'acquisition [...] [du local, avait consenti un prêt à usage du matériel publicitaire et de distribution attaché [au local], concédé l'usage de ses enseignes et signes représentatifs de sa marque [...]] [aux distributeurs] qui s'étaient engagés à maintenir le local d'exploitation dans les normes prévues pour les emplacements publicitaires et à faire approuver par la société [fournisseuse] les travaux décidés par eux concernant l'aménagement des locaux* ». – Sur la question : CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 18.

<sup>1051</sup> V. par ex. pour la franchise : CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 19, est considérée comme nécessaire pour le franchiseur « *l'obligation du franchise de ne vendre les marchandises visées au contrat que dans un local aménagé et décoré selon les instructions du franchiseur, laquelle a pour objet de garantir une présentation uniforme répondant à certaines exigences. Les mêmes exigences s'appliquent à l'emplacement du magasin dont le choix est également de nature à influencer la réputation du réseau, ainsi s'explique que le franchise ne puisse pas transférer son magasin dans un autre emplacement sans l'assentiment du franchiseur* ».

<sup>1052</sup> Dans ce sens : LAMAZEROLLES (E.), *op. cit.*, p. 223.

<sup>1053</sup> V. par ex. : Com. 14/10/1997 : n° 95-16937, reconnaissant la qualité d'agent commercial d'un distributeur dont le contrat « *stipulait que, pour le stockage des produits, [il] devait disposer d'un local dont il assurait les frais* ». – Pour d'autres exemples d'exercice dans un local : *supra* n° 192.

<sup>1054</sup> V. le texte *supra* n° 222. – La ponctuation conduit à retenir la première proposition. Cependant, la notion d'*exercice d'une profession aux prix imposés par autrui* a manifestement moins de sens que le fait de *vendre ou recueillir des commandes aux prix imposés par autrui*, ce qui conduit alors à retenir la seconde proposition.

<sup>1055</sup> Dans ce sens : CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 19 – CHALARON (Y.), *op. cit.*, n° 22 – MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *op. cit.*, p. 8 s.

<sup>1056</sup> Dans ce sens : SCHAEFFER (E.), *op. cit.*, n° 21, « *s'agit-il uniquement de conditions relatives au paiement ou de tous les autres éléments relatifs à la vente ?* ».

<sup>1057</sup> V. par ex. : Soc. 19/05/2010 : n° 09-42614 – Soc. 08/02/2005 : n° 03-40731.

<sup>1058</sup> V. par ex. : Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160, imposition d'un « *local commercial ouvert 5/7 jours et 12/12 mois* » – Soc. 26/09/2007 : n° 06-44863 – Soc. 04/12/2001, 3 arrêts : n° 99-41265, n° 99-43440 et n° 99-44452 ; B. n° 373 ; D. 2002, 1934, H. Kenfack ; DS 2002, 162, A. Jemaud ; CDE 3/2002, 21, D. Mainguy – Soc. 19/06/1990 : n° 86-45594 – Soc. 12/01/1983 : n° 80-41288 ; B. 14 – Soc. 13/01/1972 : n° 70-13211 ; B. n° 28, arrêt n° 1 ; D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis.

<sup>1059</sup> Soc. 04/12/2001, 3 arrêts : n° 99-41265, n° 99-43440 et n° 99-44452 ; B. n° 373 ; D. 2002, 1934, H. Kenfack ; DS 2002, 162, A. Jemaud ; CDE 3/2002, 21, D. Mainguy – Nîmes 13/12/2006 : JurisData n° 2006-324576.

<sup>1060</sup> Soc. 07/07/1977 : n° 76-40686 ; B. n° 480.

et d'aménagement du local<sup>1062</sup>, des directives sur les méthodes commerciales<sup>1063</sup> ou la publicité<sup>1064</sup>, l'imposition d'instructions commerciales et techniques<sup>1065</sup>, d'un personnel minimum<sup>1066</sup>, d'une tenue vestimentaire (uniforme)<sup>1067</sup>, des contraintes de tenue de la comptabilité<sup>1068</sup>, une obligation de transmission d'états sur l'activité<sup>1069</sup>, un contrôle des appareils de l'exploitation<sup>1070</sup>, une faculté d'audit commercial<sup>1071</sup>, etc. En particulier, la jurisprudence ne distingue pas les conditions de travail et les conditions de commercialisation<sup>1072</sup>.

**Indifférence du degré de contraintes et de la subordination juridique.** De plus, même si la loi fait référence à une activité « *aux* » conditions imposées et non à une activité à *des* conditions imposées, l'objectif du législateur était d'appréhender des situations qui échappaient à la subordination juridique. Il indiquait ainsi que les gérants « *ont un certain champ d'indépendance. Alors que l'ouvrier est lié, dans son travail, à la discipline étroite, immédiate du patron, du contremaître, le gérant organise son travail de la manière qui lui semble bonne* »<sup>1073</sup>.

La Cour de cassation a suivi cet objectif en jugeant que « *dès lors que les conditions [du statut] [...] sont, en fait, réunies [...] les dispositions du Code du travail sont applicables, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un lien de subordination* »<sup>1074</sup> et a admis l'application du statut même lorsqu'il était expressément constaté l'absence d'un tel lien<sup>1075</sup>. Par exemple, elle a jugé qu'il était indifférent que le gérant ait « *toujours aménagé ses propres horaires de travail sans contrôle, organisé lui-même ses conditions de travail au sein du magasin et déclaré sous son nom et sous son immatriculation auprès de l'Urssaf le personnel placé sous ses ordres* »<sup>1076</sup>. La constatation d'un lien de subordination caractérisant un contrat de

<sup>1061</sup> Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160, imposition d'« *une utilisation de l'enseigne selon des critères donnée* » – Soc. 07/07/1977 : n° 76-40686 ; B. n° 480.

<sup>1062</sup> Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160 – Soc. 19/06/1990 : n° 86-45594.

<sup>1063</sup> Soc. 04/12/2001, 3 arrêts : n° 99-41265, n° 99-43440 et n° 99-44452 ; B. n° 373 ; D. 2002, 1934, H. Kenfack ; DS 2002, 162, A. Jeammaud ; CDE 3/2002, 21, D. Mainguy – Soc. 27/02/1974 : B. n° 145 – Soc. 13/01/1972 : n° 70-13211 ; B. n° 28, arrêt n° 1 ; D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis.

<sup>1064</sup> Soc. 27/02/1974 : B. n° 145 – Soc. 07/07/1977 : n° 76-40686 ; B. n° 480.

<sup>1065</sup> Soc. 13/01/1972 : n° 71-13529 ; B. n° 28, arrêt n° 4 : D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis.

<sup>1066</sup> Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160, « *obligation d'avoir un commercial itinérant et un vendeur permanent dans le local commercial* ».

<sup>1067</sup> Soc. 27/02/1974 : B. n° 145 – Soc. 13/01/1972 : n° 70-13211 ; B. n° 28, arrêt n° 1 : D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis.

<sup>1068</sup> Soc. 19/06/1990 : n° 86-45594.

<sup>1069</sup> Soc. 07/07/1977 : n° 76-40686 ; B. n° 480 – Nîmes 13/12/2006 : JurisData n° 2006-324576.

<sup>1070</sup> Soc. 19/06/1990 : n° 86-45594.

<sup>1071</sup> Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160.

<sup>1072</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 161.

<sup>1073</sup> Propos de Paul Ramadier cité par SCHAEFFER (E.), *op. cit.*, n° 15.

<sup>1074</sup> Soc. 04/12/2001, 3 arrêts : n° 99-41265, n° 99-43440 et n° 99-44452 ; B. n° 373 ; D. 2002, 1934, H. Kenfack ; DS 2002, 162, A. Jeammaud ; CDE 2002/3, 21, D. Mainguy – V. déjà : Soc. 13/01/1972 : n° 71-10736 ; B. n° 28, arrêt n° 2 : D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis, la « *loi [du 21 mars 1941] n'exige pas, pour son application, l'existence d'un lien de subordination juridique entre les personnes qu'elle protège et les entreprises qui les occupent ; qu'elle concerne les non-salariés qui sont à l'égard de celles-ci dans un état de dépendance économique* » – Pour des confirmations : Soc. 08/02/2005 : n° 03-40731 – Soc. 13/04/2005 : n° 03-40489 – Soc. 18/04/2008 : n° 06-43536 – Soc. 16/09/2009 : n° 07-45.289 ; CCC 2010, 41, N. Mathey – Soc. 09/03/2011 : n° 09-42901 – Soc. 18/01/2012 : n° 10-23921.

Par ailleurs, le fait que les conditions du statut ne soient pas remplies n'exclut pas l'existence d'un lien de subordination : Soc. 03/05/2006 : n° 05-15512 – Soc. 12/07/2006 : n° 04-47960 – V. également : Soc. 14/10/1976 : n° 75-11848 ; B. n° 493, distinguant « *les conditions prévues par [le statut] [...] quant à la dépendance économique* » et l'« *état de subordination* » caractérisé par un « *faisceau de sujétions strictes et de contrôles étroits* ».

<sup>1075</sup> Soc. 15/01/2014 : n° 11-11223 ; B. n° 22 – Soc. 12/01/2011 : n° 09-70156 ; B. n° 20 ; JCP S 2011, 1227, T. Lahalle – Soc. 08/03/2006 : n° 04-17059 ; B. n° 96 – Soc. 04/12/2001 : n° 99-44452 ; B. n° 373 – Soc. 30/01/1980 : n° 78-14199 ; B. n° 93. – V. également : Soc. 19/06/2013 : n° 12-17913 – Soc. 24/02/1977 : n° 75-14476 ; B. n° 150.

<sup>1076</sup> Soc. 12/01/2011 : n° 09-70156 ; B. n° 20 ; JCP S 2011, 1227, T. Lahalle.

travail de droit commun semble même s'opposer à l'application du statut<sup>1077</sup>.

Le pouvoir de direction du fournisseur peut donc être limité à l'agrément du local<sup>1078</sup>, à quelques contraintes sur les conditions d'exploitation et à l'imposition des prix<sup>1079</sup>.

**Application.** L'exigence de conditions d'activité imposées sera susceptible d'être satisfaite par tous les distributeurs soumis à des directives et normes d'exploitation, notamment en raison de leur intégration dans un réseau : les franchisés<sup>1080</sup>, les concessionnaires<sup>1081</sup>, les commissionnaires-affiliés<sup>1082</sup>, les distributeurs sélectifs mais aussi les agents commerciaux<sup>1083</sup>, les VRP<sup>1084</sup> et les divers gérants (gérant-mandataire du Code de commerce<sup>1085</sup> et locataire-gérant).

La condition d'imposition des prix sera alors déterminante pour l'application du statut.

**235. Appréciation des prix imposés.** La condition d'une activité aux « *prix imposés* » par le fournisseur vise, pour un intermédiaire, la fixation des prix des offres de produits ou services à la clientèle par le donneur d'ordre et, pour un revendeur, la fixation des prix de revente<sup>1086</sup>. Pour apprécier cette condition, il est nécessaire de rappeler les règles du droit de la concurrence sur les prix<sup>1087</sup>.

**Contraintes du droit de la concurrence.** Lorsque le statut est entré en vigueur, l'imposition de prix de revente était tolérée<sup>1088</sup> mais depuis le décret du 24 juin 1958<sup>1089</sup> et l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>1090</sup>, les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence et ne peuvent donc être imposés.

Ainsi, le droit français interdit *per se* « *le fait d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* »<sup>1091</sup>. Cette pratique restrictive de concurrence est sanctionnée pénalement par une amende<sup>1092</sup> et civilement par la nullité de la clause de prix minimal, voire du contrat la contenant<sup>1093</sup>.

---

<sup>1077</sup> Dans ce sens : Soc. 31/10/1989 : n° 87-13376 ; B. n° 624, « *la cour d'appel, à laquelle il appartenait de qualifier les relations juridiques ayant lié les parties, a constaté que les époux de X... ne jouissaient d'aucune liberté dans l'exploitation de leur commerce, qu'ils étaient contrôlés régulièrement et fréquemment par des inspecteurs de la société, lesquels étaient habilités à leur donner des ordres et à contrôler le moindre détail de leur mode de gestion des points de vente, et a retenu qu'ils avaient des obligations d'une précision qui ne différait en rien de celles d'un salarié, devant rendre des comptes à dates fixes, envoyer des documents comptables au jour dit, et étant passibles de sanctions en cas de modification ou de mauvaise qualité ou présentation des produits livrés ; Qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel [...] a caractérisé un lien de subordination non seulement économique, mais encore juridique entre les parties* ». Ainsi, « *la cour d'appel qui a retenu qu'il avait existé, entre les parties, un contrat de travail, a exactement décidé que l'exécution de ce contrat ne pouvait engager la responsabilité des salariés envers leur employeur qu'en cas de faute lourde* » et débouté le fournisseur de sa demande de remboursement d'un déficit d'inventaire – V. également : Soc. 04/03/2005 : n° 13-24373 – Soc. 23/01/1992 : n° 88-43275 ; JCP 1993.II.22000, P. Delebecque – Soc. 14/10/1976 : n° 75-11848 ; B. n° 493 – Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 1179.

<sup>1078</sup> *Supra* n° 233.

<sup>1079</sup> *Infra* n° 235.

<sup>1080</sup> *Supra* n° 126 s. – V. par ex. : Soc. 09/03/2011 : n° 09-42901 ; B. n° 74.

<sup>1081</sup> *Supra* n° 126 s.

<sup>1082</sup> *Supra* n° 172 s.

<sup>1083</sup> *Supra* n° 186 s.

<sup>1084</sup> *Infra* n° 290 s.

<sup>1085</sup> *Supra* n° 207 s.

<sup>1086</sup> La loi est cependant ambiguë, les prix imposés pourraient pouvant viser les prix d'achat ou les prix de revente.

<sup>1087</sup> Sur la question, voir notamment : BIOLET (J.-J.), *Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix - Actions prohibées sur le niveau des prix*, JCl. Conc., fasc. 287, 2009.

<sup>1088</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 162.

<sup>1089</sup> Décret n° 58-545 du 24/06/1958 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n° 45-1483 du 30/06/1945.

<sup>1090</sup> Ordonnance n° 86-1243 du 01/12/1986, art. 34.

<sup>1091</sup> C. com. art. L. 442-5 – Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 373 s. – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 276 s. – MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCÉ (M.), *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 191 – BIOLET (J.-J.), *op. cit.*, n° 17 s. – MAINGUY (D.), *La revente*, Préf. P. Malaurie, BDE, t. 35, Litec, 1996, n° 273 s.

<sup>1092</sup> C. com. art. L. 442-5, amende de 15.000 euros.

<sup>1093</sup> Com. 07/10/1997 : n° 95-19518 ; CCC 1998, 2, L. Leveneur ; JCP 1998.II.10110, D. Mainguy, justifie « *légalement sa décision d'annulation* » d'un contrat de franchise, la cour d'appel qui retient que « *le franchisé se trouvait dans l'obligation d'appliquer à la clientèle le tarif* ».



Parallèlement, le droit européen et le droit français des pratiques anticoncurrentielles prohibent, lorsqu'ils sont susceptibles d'affecter un marché pertinent et ont pour objet ou effet d'entraver le jeu de la concurrence, les accords entre entreprises consistant à fixer directement ou indirectement les prix de vente<sup>1094</sup> et le fait qu'une entreprise en position dominante impose directement ou indirectement de tels prix<sup>1095</sup>. En droit français, cette imposition peut également constituer un abus de dépendance économique<sup>1096</sup>. Ces pratiques sur les prix sont particulièrement combattues par le droit de la concurrence : qualifiées de restrictions caractérisées de concurrence, leur constatation s'oppose au bénéfice des exemptions d'interdiction par catégorie d'accords<sup>1097</sup> ou à une décision de non poursuite de la procédure par l'Autorité de la concurrence<sup>1098</sup>. Les clauses d'imposition de prix constituant ces pratiques anticoncurrentielles sont sanctionnées civilement par une nullité de plein droit de la clause<sup>1099</sup> voire de l'accord<sup>1100</sup> et peuvent donner lieu au prononcé de sanctions administratives ou pénales<sup>1101</sup>.

La nullité, qu'elle découle de la pratique restrictive d'imposition d'un prix minimal ou d'une pratique de prix anticoncurrentielle, sanctionne la violation de règles d'ordre public de direction car elles ont pour objet le maintien d'une concurrence par la baisse des prix<sup>1102</sup>. La nullité est donc absolue : elle peut être invoquée par tout intéressé et n'est pas susceptible d'être couverte<sup>1103</sup>.

Dans l'application de ces prohibitions, il convient cependant de distinguer la situation des distributeurs intermédiaires et celle des distributeurs revendeurs.

Les relations d'intermédiation impliquant une activité pour compte d'autrui (contrat de travail, mandat, commission et courtage), les prohibitions des prix imposés sont jugées inapplicables. Ainsi, pour les pratiques anticoncurrentielles, le fournisseur et l'intermédiaire sont, en principe, assimilés à une seule et même entreprise sur le marché des produits ou services concerné<sup>1104</sup>. Pour la pratique restrictive prohibée par le droit français, les prix imposés aux intermédiaires ne sont pas analysés comme des prix de revente visés par le texte mais comme des prix de vente d'un produit ou bien, le distributeur n'étant pas propriétaire des produits<sup>1105</sup>. La question est plus incertaine pour l'imposition d'un caractère minimal à une marge

---

déterminé et transmis par le franchiseur, le distributeur étant ainsi lié par la politique des prix établie par le franchiseur» – Sur la question : RIPERT (G.), ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 7811 – BIOLET (J.-J.), *op. cit.*, n° 53.

<sup>1094</sup> TFUE art. 101, §1, a) et C. com. art. L. 420-1, 2°.

<sup>1095</sup> TFUE art. 102, a) – A la différence du droit européen, l'article L. 420-2 du Code de commerce ne vise pas expressément l'imposition de prix, mais cette pratique peut constituer l'abus visé par le texte (Cons. conc. 30/06/1999 : n° 99-D-45).

<sup>1096</sup> C. com. art. L. 420-2.

<sup>1097</sup> Règl. UE n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010, art. 4, a) – Communication de la Commission du 19/05/2010 *lignes directrices sur les restrictions verticales* : JOUE 19/05/2010, C 130, pt 223 s., estimant cependant qu'une exemption peut être accordée à l'égard de prix imposés pendant une période de lancement d'un nouveau produit « pour inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question » ou « pour organiser, dans le cadre d'un système de franchise ou d'un système de distribution similaire appliquant un format de distribution uniforme, une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (2 à 6 semaines le plus souvent) qui profitera également aux consommateurs ».

<sup>1098</sup> C. com. art. L. 464-6-2.

<sup>1099</sup> TFUE art. 101, § 2 et C. com. art. L. 420-3.

<sup>1100</sup> V. par ex. : Com. 16/12/1997 : n° 95-21555, approuvant l'annulation d'un contrat de franchise pour abus de dépendance économique par imposition des prix.

<sup>1101</sup> C. com. art. L. 420-6 et L. 464-2.

<sup>1102</sup> Sur l'objectif de lutte contre l'inflation de la prohibition *per se* du droit français, voir notamment : MARTIN (M.), *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, Préf. L. Vogel, PUAM, 2012, n° 356 s. – BIOLET (J.-J.), *op. cit.*, n° 19 – NARAYAN-FOURMENT (H.), *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix*, PUAM, 2003, n° 278 s.

<sup>1103</sup> Sur le régime des nullités en général : TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 393 s.

<sup>1104</sup> *Infra* n° 332 s.

<sup>1105</sup> V. par ex. : Paris 18/06/2003 : CCC 2004, 19, L. Leveneur, jugeant que la prohibition de l'article L. 442-5 du Code de commerce n'est pas applicable au propriétaire de marchandises qui les fait vendre en son nom et pour son compte par un prétendu franchisé, qui, en

commercial ou au prix d'une prestation de services<sup>1106</sup>.

En revanche, les prohibitions des prix imposés s'appliquent pleinement aux contrats de distribution fondés sur l'achat pour revendre<sup>1107</sup> mais ne s'opposent pas aux prix de revente conseillés – ils n'empêchent pas la concurrence par les prix – et aux prix de vente maximaux – ils sont conformes à l'objectif de baisse des prix – tant qu'ils ne s'accompagnent pas de pressions ou d'incitations<sup>1108</sup> les transformant en prix imposés<sup>1109</sup>.

**Impossibilité de pratiquer une politique personnelle de prix.** Pour l'application du statut, la jurisprudence ne s'intéresse pas aux règles de concurrence : des prix peuvent donc être qualifiés de conseillés par les autorités et juridictions de la concurrence mais d'imposés par la jurisprudence sociale<sup>1110</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence n'exige pas une imposition stricte des prix de vente mais s'attache seulement à la possibilité du distributeur de pratiquer une « *politique personnelle de prix* »<sup>1111</sup>. Ainsi, au regard du statut, des prix maximum imposés ne sont pas assimilés à des prix imposés<sup>1112</sup> sauf si la marge de fixation des prix laissée au distributeur est « *insuffisante pour lui permettre de pratiquer une politique personnelle des prix, compte tenu de ses frais généraux, du bénéfice qu'[il] était en droit de faire sur la remise constituant*

---

réalité, ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant indépendant. – V. également : Crim. 01/06/1967 : n° 65-90571 ; B. n° 171, pour un contrat de dépôt Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 379 – BIOLET (J.-J.), *op. cit.*, n° 37 s.

<sup>1106</sup> La majorité de la doctrine n'aborde que les questions des prix de revente. – V. cependant : BIOLET (J.-J.), *op. cit.*, n° 38 s., soutenant que ces interdictions sont « *susceptibles de s'étendre à toute forme de distribution quelle que soit la nature juridique des contrats conclus, qu'il s'agisse de contrat de vente, de mandat, de commission ou d'agent commercial [...] à condition toutefois de rester dans le cadre d'une distribution indépendante, notamment lorsque la vente finale des produits et services est réalisée au nom du fournisseur dans le cadre d'un contrat qualifié de dépôt-vente passé avec un mandataire libre* » (n° 38) et ne s'appliquerait donc pas lorsqu'il existe entre « *le [...] prestataire de services [...] et son fournisseur un lien de dépendance, résultant notamment d'un contrat de travail ou d'un mandat salariés* », particulièrement, dans le cadre des statuts des gérants de succursales et des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire (n° 40).

<sup>1107</sup> La cour d'appel de Paris a néanmoins validé des clauses prohibant les ventes *discount* dans des réseaux de distribution de produits de luxe : Paris 09/12/1992 : JurisData n° 1992-023825 ; CCC 1993, 8, L. Vogel, jugeant à propos d'un réseau de distribution sélective de produits de marque Lacoste, que si une telle clause « *peut avoir pour effet de faire obstacle à la libre fixation des prix, [...] elle est en l'espèce raisonnablement justifiée eu égard au but légitime poursuivi par [la société fournisseuse] d'éviter la présentation sommaire et dépréciatrice, incompatible avec le prestige de la marque et le caractère de haut de gamme des produits qu'elle fournit, qui serait l'inévitable conséquence d'une politique de démarque ostensible et permanente* » – V. également : Paris 30/03/1992 : JurisData n° 1992-020912.

<sup>1108</sup> Synthétisant parfaitement la jurisprudence, le règlement 330/2010 prévoit que l'exemption d'interdiction des ententes ne s'applique pas aux accords verticaux ayant « *pour objet [...] de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties* » (Règl. UE n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010, art. 4, a)).

<sup>1109</sup> Il peut s'agir de menaces de rétorsions commerciales (Crim. 25/11/1991 : n° 91-8049), d'une interdiction de toute remise sur les prix indicatifs sauf accord préalable du fournisseur systématiquement refusé (Crim. 22/08/1995 : n° 94-83196 ; D. 1997, somm. p. 63, D. Ferrier), de l'imposition d'un système informatique permettant une fixation des prix par le fournisseur et nécessitant du distributeur des manipulations fastidieuses pour les modifier (Com. 16/12/1997 : n° 95-21555), de la livraison des produits avec des prix pré-étiquetés (Aut. conc. 30/06/2009 : n° 09-D-23, pt 32 et 80 s.), etc. – Sur ces questions et pour d'autres exemples : RIPERT (G.), ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *op. cit.*, n° 780-2 et les références citées. – GRANIER (T.), *Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence*, RTD com. 1991, p. 358 s.

<sup>1110</sup> Dans ce sens : Soc. 09/01/2013 : n° 11-20597, « *la circonstance que les pratiques de prix mises en œuvre par la société Yves Rocher dans ses rapports avec ses distributeurs échapperaient à la prohibition des ententes entre entreprises découlant des articles 81 et 82 du traité CE [...] [est] dépourvue de lien avec la prise en considération, au titre des dispositions de l'article L. 7321-2, 2° du code du travail, qui permettent à des gérants de succursales de bénéficier de l'application de dispositions de ce code, de l'existence de prix imposés aux gérants de ses succursales par la société Yves Rocher* », le pourvoi faisait référence à la décision n° 99-D-49 du Conseil de la concurrence du 06/07/1999 qui avait validé les pratiques de prix de la société Yves Rocher en constatant que les prix fixés par le fournisseur dans le logiciel informatique devant être utilisé par les distributeurs était modifiable (p. 8).

<sup>1111</sup> Soc. 09/11/2010 : n° 09-41898 – Soc. 26/09/2007, 2 arrêts : n° 06-44863 et n° 06-44864 – Com. 03/05/1995 : n° 93-12981 ; JCP E 1995.II.748, L. Leveneur ; D. 1997, 10, L. Amiel-Cosme, constatant un « *taux de marge [...] insuffisant pour laisser [aux distributeurs] une réelle liberté de fixation des prix* » – Soc. 18/11/1981 : n° 80-12526 ; B. n° 895 – Com. 04/11/1979 : n° 78-14071 ; B. n° 297 – Soc. 17/01/1979 : n° 77-40365 ; B. n° 48 – Soc. 14/10/1976 : n° 75-11848 ; B. n° 493 – Soc. 09/07/1974 : n° 73-11650 ; B. n° 429 – Soc. 27/02/1974 : n° 72-14664 ; B. n° 145 – Soc. 13/01/1972, 4 arrêts : n° 71-13234, 71-13529, 70-13211 et 71-10736 ; B. n° 28 ; D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis – V. également : Soc. 09/03/2011 : n° 09-42901 ; B. n° 74, (se référer aux motifs de la cour d'appel cités dans le moyen annexé), approuvant un arrêt d'appel ayant constaté des pratiques du franchiseur « *incompatibles avec une politique autonome de prix* » du franchiseur.

<sup>1112</sup> V. par ex. : Soc. 25/04/2001 : n° 99-45294 – Com. 19/11/1979 : n° 78-14071 ; B. n° 297 – Dijon 30/06/2005 : Juris-Data n° 2005-283427 – V. aussi : MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *op. cit.*, note n° 29.

sa rémunération et de l'investissement qu'[il] avait dû faire pour assurer le maintien du stock »<sup>1113</sup>. Les prix conseillés ne sont pas non plus assimilés à des prix imposés<sup>1114</sup>, à moins qu'un tarif fixe soit diffusé à la clientèle par des catalogues, listes ou publicités, le distributeur ne pouvant alors réellement pratiquer des prix différents<sup>1115</sup>.

**Application.** Finalement, la condition d'imposition des prix pourra être remplie sans difficulté par les mandataires, commissionnaires et courtiers. L'imposition des prix étant admise par le droit de la concurrence, elle est même assez classique dans ces contrats et notamment dans la commission-affiliation<sup>1116</sup>.

La satisfaction de la condition est moins évidente pour les agents commerciaux. En effet, depuis 2008, la Cour de cassation exige un pouvoir de négociation qu'elle dénie au mandataire qui s'est engagé à « *n'apporter aucune modification, de quelque nature que ce soit, aux tarifs et conditions fixés par le [fournisseur]* »<sup>1117</sup>. La juridiction saisie qui devra donc apprécier si la marge de négociation laissée à l'agent est suffisante pour qu'il puisse pratiquer une politique personnelle de prix.

S'agissant des contrats fondés sur la revente – comme souvent la franchise, la concession ou encore la location-gérance – la question est délicate. Il sera rare de constater des clauses et pratiques directes de prix de revente imposés par le fournisseur, les règles de concurrence les prohibant et prévoyant la nullité des clauses ou contrats qui en sont l'instrument. En revanche, les accords de distribution fondés sur la revente peuvent comporter des clauses orientant ou plafonnant les prix de revente. La pratique est très répandue dans les réseaux de franchise et de concession, les prix pratiqués auprès de la clientèle participant directement à l'image des produits ou service, de l'enseigne et à l'homogénéité du réseau. La juridiction saisie devra donc apprécier si, en dépit de ces clauses et incitations, le distributeur est libre de pratiquer une politique personnelle de prix<sup>1118</sup>.

Cette appréciation sera souvent déterminante car, à la différence du contrat de travail de droit commun,

---

<sup>1113</sup> Soc. 07/07/1977 : n° 76-40686 ; B. n° 480 – V. également : Com. 03/05/1995 : n° 93-12981 ; JCP E 1995.II.748, L. Leveneur ; D. 1997, 10, L. Amiel-Cosme – Soc. 18/11/1981 : n° 80-12526 ; B. n° 895 – Soc. 14/10/1976 : n° 75-11848 ; B. n° 493 – Soc. 09/07/1974 : n° 73-11650 ; B. n° 429 – Soc. 13/01/1972, 4 arrêts : n° 71-13234, 71-13529, 70-13211 et 71-10736 ; B. n° 28 ; D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis – V. également : Dijon 30/06/2005 : Juris-Data n° 2005-283427, jugeant qu'« *il ne peut être considéré que le prix maximal de revente indiqué par le fournisseur s'analyse en un prix imposé, alors qu'il n'est pas démontré que la conservation de la marge bénéficiaire rendait impossible une revente à un prix inférieur* ».

<sup>1114</sup> Soc. 19/05/2010 : n° 09-42614 – Soc. 26/09/2007, 2 arrêts : n° 06-44863 et n° 06-44864 – Soc. 08/04/1992 : n° 89-42101, approuvant une cour d'appel d'avoir considéré que la condition de prix imposés n'était pas remplie en relevant que le distributeur « *n'était pas tenu[...] de se conformer à des prix imposés, les prix des catalogues [envoyés périodiquement à chaque franchisé] étant seulement conseillés* » – Civ. 1 04/01/1982 Lainière de Ronbaix : inédit disponible sur Legifrance mais sans numéro de pourvoi, refusant l'application du statut à un franchisé au motif que « *les indications formulées quant aux prix et aux quotas par la société [franchiseur] ne constituaient que des incitations dépourvues de toute sanction entre les parties* ».

<sup>1115</sup> Soc. 13/01/2010 : n° 09-41644, l'arrêt d'appel, confirmé, a jugé « *que si la demanderesse soutient que Gaëlle X... était parfaitement libre des prix qu'elle appliquait aux produits qu'elle vendait, tous les éléments versés au dossier contredisent cette thèse dans la mesure où il est justifié que les prix étaient indiqués dans un catalogue émis par la demanderesse, que celle-ci procédait à des campagnes publicitaires informant les clients des tarifs pratiqués et fournissait régulièrement à la gérante des instructions quant à la politique tarifaire, la remise de chèques cadeau ou le recours à des rabais ; que par ailleurs, les prix fixés étaient annoncés par voie d'affiches ou de bandeaux publicitaires, ce qui ne laissait aucune latitude au gérant* » (se référer au moyen annexé) – Grenoble 14/09/2009 : n° 09/00579, « *les prix des produits étaient imposés : l'affirmation contraire de la SA YVES ROCHER, selon laquelle si la gérante est tenue de ne pas dépasser les prix promotionnels, elle peut en revanche le faire pour les prix standards, ne tient pas compte du fait qu'en réalité YVES ROCHER procédait à des campagnes publicitaires et à la diffusion de ses tarifs ne permettant pas à [la gérante] [...] de pratiquer une politique de prix autonome* » – V. aussi : Soc. 26/09/2007 : n° 06-44863, la cour d'appel devait « *se prononcer sur l'impossibilité pour l'intéressé de pratiquer une politique personnelle des prix, en raison de l'envoi à la clientèle d'une liste de prix imposés* » – Paris 19/11/1997 : Juris-Data n° 1997-024318, « *certes, il est stipulé au contrat qu'il appartiendra au franchisé de déterminer les prix de vente des Produits à ses clients, les prix figurant dans les catalogues remis n'étant que des prix "conseillés". Cependant, le franchisé se trouve, en fait, dans l'obligation d'appliquer ce tarif ainsi généralisé à l'ensemble du réseau et ne conserve pas une réelle autonomie dans la fixation du prix de revente* » – Nîmes 20/12/2002 : JurisData n° 2002-199407 ; D. 2003, 2431, D. Ferrier.

<sup>1116</sup> Les fournisseurs recourent à la commission-affiliation pour imposer au distributeur les prix de vente à la clientèle (*supra* n° 172).

<sup>1117</sup> Com. 15/01/2008 : n° 06-14698 ; B. n° 4 – *Supra* n° 186.

<sup>1118</sup> Sur la question : MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *op. cit.*, p. 9 s.

l'application du droit du travail au gérant de succursale dépend exclusivement de la satisfaction des conditions du statut ; aucun indice d'indépendance n'est susceptible de l'écarter.

### **c - L'indifférence des indices d'indépendance**

**236. Présentation.** Les indices d'indépendance pris en compte pour écarter la qualification de contrat de travail de droit commun – et, par suite, ignorer la dépendance de certains distributeurs<sup>1119</sup> – ne sont pas repris pour l'application du statut de gérant de succursale.

**237. Indifférence d'opérations réalisées par le distributeur pour son propre compte.** Ainsi, le gérant peut être soumis au statut même s'il réalise des opérations commerciales pour son propre compte<sup>1120</sup>, développe des activités annexes à son activité de distribution des produits de son fournisseur et en tire même presque la moitié de ses bénéfices<sup>1121</sup>.

**238. Indifférence de la propriété et charge des moyens d'exploitation.** Malgré la référence à une « succursale », le gérant de succursale peut être propriétaire ou avoir la charge de l'unité de distribution qu'il gère : du local<sup>1122</sup>, du droit au bail<sup>1123</sup>, du mobilier commercial, du matériel, de l'outillage, des stocks voire de la marque, de l'enseigne ou du nom commercial. L'application du statut pourra remettre en cause cette prise en charge en imposant un remboursement des frais professionnels<sup>1124</sup> mais la question n'intervient pas au stade de la qualification.

**239. Indifférence du recours à des auxiliaires.** Par ailleurs, le statut prévoit expressément que les gérants de succursale peuvent « avoir toute liberté en matière d'embauche, de licenciement et de fixation des conditions de travail de [...] salariés [placé sous leur autorité] »<sup>1125</sup>. La Cour de cassation a ainsi jugé que « le bénéfice [du statut] [...] n'est pas subordonné à la condition que l'activité professionnelle soit exercée par le seul intéressé à l'exclusion de l'emploi de salariés »<sup>1126</sup> et qu'il était donc « peu important que [l'activité soit exercée par le gérant] [...] avec le concours d'un personnel embauché et rémunéré par lui »<sup>1127</sup> et même déclaré sous son nom et sous son immatriculation auprès de l'Urssaf<sup>1128</sup>. Il a également été jugé qu'en présence d'un contrat stipulant un *intuitu personae* avec le gérant, celui-ci n'a pas besoin de démontrer qu'il assume de manière effective et personnelle la direction de l'exploitation et participe à son activité<sup>1129</sup>.

**240. Indifférence de la qualité de commerçant et de la clientèle propre.** Contractant

---

<sup>1119</sup> *Supra* n° 98 s. et 152 s.

<sup>1120</sup> Soc. 16/02/1983 : n° 82-10224 ; B. n° 88.

<sup>1121</sup> *Supra* n° 230.

<sup>1122</sup> V. par ex. : Soc. 26/10/2011 : n° 09-72836.

<sup>1123</sup> V. par ex. : Soc. 18/12/1975 : n° 74-12549 ; B. n° 621.

<sup>1124</sup> *Infra* n° 548.

<sup>1125</sup> C. trav. art. L. 7321-4

<sup>1126</sup> Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160 – Soc. 01/02/2011 : n° 08-45223 – Soc. 12/01/2011 : n° 09-70156 ; B. n° 20 ; JCP S 2011, 1227, t. Lahalle – Soc. 25/02/2009 : n° 07-40371 – V. également : Soc. 27/10/1978 : n° 77-41005 ; B. n° 730, les gérants sont « en principe des chefs d'établissement à l'égard du personnel qu'ils emploient ».

<sup>1127</sup> Soc. 16/02/1983 : n° 82-10224 ; B. n° 88 – V. également : Soc. 30/01/1980 : n° 78-14199 ; B. n° 93 – Soc. 23/11/1978 : n° 77-10146 ; B. n° 795 – Soc. 21/03/1978 : n° 77-60691 – Soc. 13/01/1972 : n° 70-13211 ; B. n° 28, arrêt n° 1 ; D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis

<sup>1128</sup> Soc. 12/01/2011 : n° 09-70156 ; B. n° 20 ; JCP S 2011, 1227, T. Lahalle.

<sup>1129</sup> Soc. 01/02/2011 : n° 09-40033, en retenant « que fante pour M. X... de démontrer, d'une part, qu'il assurait de manière effective et personnelle la direction de "l'espace SFR" exploité par la société RTC et participait à son activité et, d'autre part, qu'il entretenait un lien direct et personnel avec la société SFR, il ne peut se prévaloir [du statut] [...] alors qu'elle avait constaté que l'activité considérée remplissait les conditions cumulatives prévues par le texte et que le contrat partenaire stipulait qu'il était conclu intuitu personae, cette condition s'appliquant aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques, la cour d'appel, qui n'a pas déduit de ses constatations les conséquences légales, a violé le texte susvisé ».

personnellement avec les clients lorsqu'il est commissionnaire ou revendeur (notamment locataire-gérant), le gérant de succursale peut également avoir la qualité de commerçant<sup>1130</sup> et être propriétaire de son fonds de commerce<sup>1131</sup>. Assimilé à un salarié à l'égard de son fournisseur, il reste considéré juridiquement comme un commerçant indépendant à l'égard des tiers et notamment de sa clientèle<sup>1132</sup>.

**241. Indifférence de l'assomption des risques.** La jurisprudence se limitant aux conditions légales, la qualification de gérant de succursale est également indifférente à la répartition initiale des risques.

Si la référence à une profession suppose que le gérant exerce une activité lucrative, les modalités de rémunération du distributeur ne sont pas considérées. Le gérant peut donc avoir pour revenus ses seuls profits, des commissions, une rémunération fixe soustraite aux aléas du marché ou encore une combinaison de ces formules.

Restant indépendant à l'égard de son bailleur, de ses autres fournisseurs et des clients avec lesquels il contracte personnellement, le gérant peut, en principe, courir les risques associés sans que cela n'exclue l'application du statut.

Le gérant peut également être responsable pécuniairement de ses fautes, même simples. Il est d'ailleurs souvent stipulé que ses revenus seront amputés par les déficits d'inventaire ou de gestion<sup>1133</sup>.

L'assomption des risques pourra être modifiée par l'application des règles du droit du travail (SMIC, principe de remboursement des frais professionnels) mais il s'agit d'effets du statut qui, contrairement à la méthode retenue pour le contrat de travail de droit commun<sup>1134</sup>, ne sont pas examinés par la jurisprudence au stade de la qualification du gérant de succursale.

**242. Conclusion.** Finalement, le statut du gérant de succursale se démarque nettement de l'approche suivie pour le contrat de travail de droit commun. Il ne procède pas à une appréciation globale de la dépendance du distributeur à partir d'un faisceau d'indices multiples pouvant appartenir à des registres différents<sup>1135</sup> mais s'attache exclusivement à des critères spécifiques et déterminés de dépendance-nécessité (activité essentiellement de distribution exclusive ou quasi exclusive) et de dépendance-obéissance (fourniture ou agrément du local, définition de conditions d'exploitation, imposition des prix) dont deux apparaissent particulièrement dirimantes : l'existence d'un fournisseur principal dans l'activité de distribution et le fait qu'il fixe les prix de l'offre des produits ou services à la clientèle. À partir de ces critères, il est possible de préciser la portée du statut.

---

<sup>1130</sup> Soc. 13/01/1972, 4 arrêts : n° 71-13234, 71-13529, 70-13211 et 71-10736 ; B. n° 28 : D. 1972, 425, E. Schaeffer ; JCP 1972.II.17240 bis, « [vu] la loi du 21 mars 1941 [...] les juges du fond ont estimé exactement que le fait que [le gérant] [...] ait la qualité de gérant libre de fonds de commerce, donc de commerçant, ne pouvait l'empêcher de bénéficier de la législation du travail, dans ses rapports avec son employeur, s'il remplissait les conditions exigées à cet effet » – Soc. 09/07/1974 : n° 73-11650 ; B. n° 429 – V. également : Soc. 08/04/1992 : n° 89-13956 ; B. n° 266 – Soc. 24/02/1977 : n° 75-14476 ; B. n° 150 – Soc. 18/12/1975 : n° 74-12549 ; B. n° 621.

<sup>1131</sup> V. par ex. : Soc. 26/10/2011 : n° 09-72836 – Soc. 16/02/1983 : n° 82-10224 ; B. n° 88, relevant que le gérant agissait « dans le cadre de l'exploitation de son propre fonds » – Rapp. : LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 63 « il n'est pas interdit, en extrapolant les données qui sont à la base de l'article L. 781-1, de considérer comme des travailleurs salariés de véritables commerçants, soumis au droit commercial, ayant leurs propres clients et leur propre personnel. »

<sup>1132</sup> Dans ce sens : BOY (L.), *Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?*, RLC 23/10, p. 93 s., les gérants de succursales sont « indépendants au regard de leur clientèle, salariés à l'égard de leur employeur » – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 1168 – Soc. 18/12/1975 : n° 74-12549 ; B. n° 621, « la circonstance que les gérants libres des stations-service, tel que Coulon, relevaient à la fois des dispositions de la loi du 21 mars 1941 [statut du gérant locataire] et de celle du 20 mars 1956 [sur la location-gérance], faisait qu'il cumulait la qualité de commerçant indépendant vis-à-vis des tiers et celle d'employé vis-à-vis de la société concédante ».

<sup>1133</sup> Sur ces questions : *infra* n° 548.

<sup>1134</sup> *Supra* n° 112.

<sup>1135</sup> *Supra* n° 122.

## d - La portée du statut du gérant de succursale

**243. Présentation.** Les critères d'application du statut du gérant de succursale apparaissent susceptibles d'être satisfaits dans la plupart des formes de distribution (location-gérance, gérance-mandat, franchise, concession, commission-affiliation, agence commerciale<sup>1136</sup>, VRP, etc.) mais celui des prix imposés pose une réelle difficulté à l'égard des contrats fondés sur la revente (location-gérance, franchise ou concession sans mandat ou commission de vente).

**244. Bilan jurisprudentiel.** L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation montre que le statut est souvent appliqué à des gérants-mandataires<sup>1137</sup> même lorsque le statut de gérant-mandataire du Code de commerce serait potentiellement applicable<sup>1138</sup>, à des commissionnaires<sup>1139</sup> et à des locataires-gérants<sup>1140</sup> tenus par un mandat de vente<sup>1141</sup> ou seulement dépositaires des marchandises<sup>1142</sup>. Quelques arrêts antérieurs à 1986 font également apparaître des applications des locataires-gérants ayant la qualité de revendeurs mais tenus par un contrat de fourniture exclusive avec des prix maximaux ne leur permettant pas de pratiquer une politique personnelle de prix<sup>1143</sup>. Le statut appréhende ainsi assez facilement les distributeurs qui gèrent un fonds appartenant à leur fournisseur.

En revanche, les applications à des franchisés ou concessionnaires n'étant pas gérants-mandataires ou locataires-gérants se limitent à 7 arrêts dont 6 concernent des distributeurs agissant comme mandataires ou commissionnaires à la vente<sup>1144</sup>. Il semble donc qu'un seul arrêt de la Cour de cassation, relativement ambigu,

---

<sup>1136</sup> Sur la difficulté de distinguer l'agence commerciale et la gérance d'une unité de distribution : *supra* n° 176.

<sup>1137</sup> Gérants-mandataires de stations-services de sociétés pétrolières : Soc. 31/10/2012 : n° 11-18765 – Soc. 16/02/2012 : n° 10-12854 – Soc. 26/10/2011, 3 arrêts : n° 10-18676, n° 10-14175 et n° 09-72836 – Soc. 16/02/2011 : n° 09-68540 – Soc. 12/01/2011 : n° 09-69348 ; B. n° 21 – Soc. 17/11/2010 : n° 09-65081 ; B. n° 262 – Soc. 09/12/2009 : n° 08-44584 – Soc. 01/07/2009 : n° 07-45615 – Soc. 03/06/2009 : n° 07-44849 – Soc. 07/04/2009 : n° 07-43409 – Soc. 17/03/2009 : n° 07-21549 – Soc. 25/02/2009 : n° 07-40371 – Soc. 26/11/2008 : n° 06-45104 ; B. n° 235 – Soc. 22/10/2008, 2 arrêts : n° 07-40467 et n° 07-42595 – Soc. 2/07/2008 : n° 07-17338 – Soc. 18/10/2007 : n° 06-45768 – Soc. 27/06/2007 : n° 06-40898 – Soc. 04/04/2007, 2 arrêts : n° 06-42642 et n° 06-42932 – Soc. 21/02/2007 : n° 06-41614 – Soc. 28/11/2006 : n° 04-46055 – Soc. 22/03/2006 : n° 05-42233 ; B. n° 122 – Soc. 22/03/2006 : n° 04-43788 – Soc. 23/05/2000 : n° 97-42063 – V. antérieurement pour un contrat de gérance-mandat de station-service ayant résisté à l'application : Soc. 16/05/1989 : n° 86-15954 – Gérants-mandataires d'instituts *Yves Rocher* : Soc. 18/01/2012 : n° 10-23921 – Soc. 09/03/2011 : n° 09-42901 – Soc. 13/01/2010 : n° 09-41644 – Soc. 08/02/2005 : n° 03-40731 – Pour d'autres exemples : Soc. 19/03/2014 : n° 12-35308, magasin de décoration *Heytens* – Soc. 12/01/2011 : n° 09-70156 ; B. n° 20 : JCP S 2011, 1227, T. Lahalle, magasin de décoration *Chantemur* – Soc. 1<sup>er</sup>/02/2001 : n° 98-45868, magasin de prêt-à-porter – Soc. 04/06/1992 : n° 90-22094 ; B. n° 367, boucherie.

<sup>1138</sup> Dans ce sens : Soc. 05/12/2012 : n° 11-22168.

<sup>1139</sup> V. par ex. : Soc. 26/10/2011 : n° 09-72836 – Soc. 26/09/2006 : n° 04-46794.

<sup>1140</sup> Locataires-gérants de stations-services de sociétés pétrolières : Soc. 23/09/2014 : n° 13-17000 – Soc. 09/07/2014 : n° 12-28909 – Soc. 05/03/2014 : n° 12-27050 – Soc. 06/11/2013 : n° 10-27789 – Soc. 20/02/2013 : n° 11-21486 – Soc. 04/04/2012 : n° 10-25873 – Locataires-gérants franchisés d'instituts *Yves Rocher* : Soc. 20/02/2013 : n° 11-26855 ; B. n° 55 – Soc. 04/04/2012 : n° 10-18154 – Soc. 25/03/2009 : n° 07-41242 ; B. n° 89 – Soc. 08/02/2005 : n° 03-40731 – Pour un rejet d'application à un locataire-gérant d'un supermarché *Champion* : Soc. 11/10/2000 : n° 99-10922.

<sup>1141</sup> Soc. 23/10/2013, 2 arrêts : n° 11-10848 et n° 12-22730 – Soc. 03/07/2013 : n° 12-19473 – Soc. 05/12/2012 : n° 11-22168 ; B. n° 328 – Soc. 05/12/2012 : n° 11-20460 ; B. n° 327 – Soc. 16/02/2012 : n° 10-12854 – Soc. 11/01/2012 : n° 10-23821 – Soc. 26/10/2011 : n° 10-14175 ; B. n° 244 – Soc. 16/02/2011 : n° 09-68540 – Soc. 17/11/2010 : n° 09-65081 ; B. n° 262 – Soc. 2/06/1992 : n° 89-42038.

<sup>1142</sup> V. par ex. : Soc. 25/03/2009 : n° 07-41242 ; B. n° 89 – Soc. 08/02/2005 : n° 03-40731.

<sup>1143</sup> V. : Soc. 18/11/1981 : n° 80-12526 ; B. n° 895 – Soc. 14/10/1976 : n° 75-11848 ; B. n° 493 – Soc. 09/07/1974 : n° 73-11650 ; B. n° 429.

<sup>1144</sup> Une recherche le 01/11/2014 sur *Legifrance*, en texte intégral dans l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation, sans limite temporelle, des termes « franchise » ou « concession » et « loi du 21 mars 1941 » ne donne aucun résultat, celle de « franchise » ou « concession » et « 781-1 » ou « 7321-2 » donne 39 résultats dont 32 pertinents.

Sur ces 32 résultats, 16 concernent des franchises ou concessions de distribution (portage) de plis, colis ou journaux qui sortent de l'objet de l'étude. Le "distributeur" réalisait essentiellement des tâches de logistique à partir des entrepôts du franchiseur consistant en des tournées auprès des clients pour la distribution et l'enlèvement des plis et colis (13 arrêts pour la société *France Acheminement* : Soc. 10/02/2010 : n° 08-45319 – Soc. 16/09/2009 : n° 07-45289 – Soc. 18/06/2008 : n° 06-46478 – Soc. 18/04/2008 : n° 06-43536 – Soc. 21/02/2007 : n° 05-45048 – Soc. 14/12/2006, 3 arrêts : n° 05-40844, n° 05-40842 et n° 05-40843 – Soc. 04/12/2001, 2 arrêts : n° 99-41265 et n° 99-44452 ; B. n° 373 ; D. 2002, 1934, H. Kenfack ; DS 2002, 162, A. Jeammaud ; CDE 3/2002, 21, D. Mainguy –

ait admis l'application du statut à un revendeur franchisé<sup>1145</sup>.

Le statut est donc pour l'instant appliqué essentiellement à des distributeurs non propriétaires du fonds de distribution et à des intermédiaires.

**245. Portée prospective.** Ainsi, le statut devrait s'appliquer à la plupart des commissions-affiliations<sup>1146</sup> puisque, comme dans la franchise, le distributeur exerce généralement son activité presque exclusivement pour un fournisseur, dans un local agréé par lui, aux conditions d'exploitation et de commercialisation qui correspondent à l'image des signes distinctifs mis à sa disposition mais, à la différence de la franchise classique, n'acquière pas les produits mais est seulement dépositaire, si bien qu'il se voit généralement imposer des prix de vente<sup>1147</sup>. La technique devrait donc perdre son intérêt pour les fournisseurs qui entendaient, grâce à elle, gagner en liberté et échapper aux règles de concurrence sur les prix mais, en aucun cas, entrer dans le champ du droit du travail.

Une partie de la doctrine estime également que le statut devrait s'appliquer au gérant-mandataire du Code de commerce, la loi n'ayant pas exclu ce cumul<sup>1148</sup>.

Certains auteurs craignent aussi que l'interprétation large de la jurisprudence ne conduise à étendre le statut aux revendeurs franchisés et concessionnaires<sup>1149</sup>. Une telle évolution n'est pas impossible, la

---

Crim. 27/11/2001 : n° 01-83767 – Soc. 25/02/1998 : n° 95-44096 ; B. n° 106 – Soc. 07/11/1995 : n° 92-44749 – 2 arrêts pour la société *Fastway* : Soc. 26/09/2007, 2 arrêts : n° 06-44863 et n° 06-44864 – Pour du portage de journaux : Soc. 09/10/1997 : n° 95-43505).

Sur les 16 résultats restants, 5 arrêts concernent des gérants-mandataires (Soc. 18/01/2012 : n° 10-23921 – Soc. 08/02/2005 : n° 03-40731) ou locataires-gérants (Soc. 20/02/2013 : n° 11-26855 ; B. n° 55 – Soc. 04/04/2012 : n° 10-18154 – Soc. 25/03/2009 : n° 07-41242 ; B. n° 89) franchisés d'instituts *Yves Rocher* et 2 arrêts des locataires-gérants franchisés d'autres enseignes (Soc. 11/10/2000 : n° 99-10922, locataire-gérant franchisé d'un supermarché *Champion* – Civ. 1 4/01/1982 : inédit disponible sur *Legifrance* mais sans numéro de pourvoi, locataire-gérant franchisé de la société *Lainière de Roubaix Prouvost Masurel*).

Finalement, seuls 9 arrêts concernent des franchises ou concessions où le distributeur avait investi dans l'ouverture d'une unité de distribution. 7 jugent le statut applicable : 3 pour des franchisés *Espace SFR* de distribution d'abonnement et téléphones agissant comme mandataires (Soc. 12/02/2014 : n° 12-28160 – Soc. 09/10/2013 : n° 12-21252 – Soc. 01/02/2011 : n° 08-45223), 1 concerne un franchisé *Mondial pare-brise* réparant et remplaçant des vitrages automobiles pour le compte du franchiseur (Soc. 12/02/2014 : n° 12-27089), 1 concerne un franchisé *Bata* dont le contrat prévoyait une fourniture exclusive des marchandises par le franchiseur qui en « *fixait unilatéralement le prix de vente en en demeurant propriétaire jusqu'à la vente* » (Com. 03/05/1995 : n° 93-12981), 1 concerne un concessionnaire *Tapis Saint Maclou* vendant des revêtements de sol pour le compte d'un concédant et dont le contrat stipulait que « *les marchandises demeuraient la propriété de la société, sauf les articles de faibles valeur* » (Soc. 16/02/1983 : n° 82-10224 ; B. n° 88) et 1 concerne un franchisé d'un centre de beauté *Yves Rocher* qui, en plus d'assurer des soins, revendait des produits (Soc. 09/03/2011 : n° 09-42901 ; B. n° 74). 2 arrêts rejettent l'application du statut au motif notamment que les prix n'étaient que conseillés (Soc. 19/05/2010 : n° 09-42614, franchise *Marché Plus* – Soc. 08/04/1992 : n° 89-42101, franchise *Phildar*).

<sup>1145</sup> Soc. 09/03/2011 : n° 09-42901 ; B. n° 09-42901, application à un franchisé exploitant un centre de beauté *Yves Rocher*, qui, en plus des prestations de soin, se fournissait en produits auprès du franchiseur pour les revendre à la clientèle. L'arrêt est ambigu car la Cour de cassation juge que la cour d'appel a retenu que le franchisé « *ne pouvait disposer de la liberté de fixer le prix de vente des marchandises déposées* » alors que les motifs de la cour d'appel cités dans le moyen annexé font apparaître que les marchandises n'étaient pas en dépôt chez le franchisé mais acquises par lui pour être revendues. La Cour de cassation semble ainsi avoir implicitement requalifié les opérations de revente en opération de vente de marchandises en dépôt et donc considéré que le distributeur agissait comme mandataire ou commissionnaire à la vente et non comme revendeur.

<sup>1146</sup> Pour des exemples d'application à des contrats de commission-affiliation : Soc. 26/09/2006 : n° 04-46794 ; PA 09/07/2008, 5, *Doit-on se rendre au chevet du contrat de commission-affiliation*, O. Tiquant – V. aussi : Bordeaux 08/02/2011 : n° 10/02463 – Mettant en avance la menace du statut sur cette technique : DISSAUX (N.), *La commission-affiliation : un monstre juridique ?*, RTD com. 2011, p. 33 s. – FERRIER (D.), *La commission-affiliation : Charybde ou Scylla ?*, note ss Com. 26/02/2008, D. 2008, p. 2907 s.

<sup>1147</sup> *Supra* n° 172.

<sup>1148</sup> La loi a seulement exclu le cumul avec le statut du gérant alimentaire (*infra* n° 272), une partie de la doctrine est ainsi favorable à un cumul avec un principe de faveur en cas de conflit afin qu'aucune disposition d'ordre public ne soit enfreinte (FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 171 – CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 32). Une autre partie de la doctrine considère que ce serait tromper la cohérence des régimes (DISSAUX (N.), *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, D. 2010, 667 s., n° 23). Trois arrêts de la Cour de cassation (Soc. 18/02/2009, 3 arrêts : n° 07-42224, 07-42225 et 07-42226) ont été interprétés comme paraissant « *avoir écarté la qualification de gérant de succursale au sens du Code du travail en retenant celle de gérant mandataire* » (CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 32), ils concernent cependant des contrats ayant pris fin avant l'adoption du statut du gérant-mandataire du Code de commerce et n'excluent nullement l'application du statut des gérants de succursales du Code du travail mais seulement celle d'une de ses dispositions sur la responsabilité relative aux conditions d'hygiène et de sécurité.

<sup>1149</sup> Dans ce sens : MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 6 s. – REGNAULT (S.), *op. cit.*, p. 4 s. – V. déjà : LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 63 s., « *de nombreux commerçants détaillants pourraient un jour s'engouffrer dans cette brèche, pour peu que le groupe dont ils dépendent* ».

jurisprudence ayant déjà assoupli la condition des prix imposés en l'interprétant comme l'impossibilité de pratiquer une politique personnelle de prix<sup>1150</sup> et pourrait donc finir par admettre de plus en plus facilement la condition en présence de prix conseillés ou maximaux<sup>1151</sup>. Pour l'instant, cette application n'est pas acquise en jurisprudence et, en garantissant que les franchisés et concessionnaires disposent d'une liberté de fixation des prix, les règles de concurrence en limite la probabilité<sup>1152</sup>. Cette situation peut ainsi avoir pour effet de déconnecter partiellement la qualification de gérant de succursale du degré de dépendance du distributeur.

## **2 – La déconnexion partielle de la qualification et du degré de dépendance**

**246. Plan.** La déconnexion partielle de la qualification de gérant de succursale et du degré de dépendance du distributeur peut résulter de deux éléments combinables : le caractère restreint des critères considérés (a) et l'incertitude de leur appréciation jurisprudentielle (b).

### **a - La déconnexion liée au caractère restreint des critères de qualification**

**247. Présentation.** De manière générale, l'appréhension de la dépendance des distributeurs à travers des critères déterminés et cumulatifs conduit potentiellement, à chaque fois qu'un critère est absent, à ignorer une situation de dépendance pouvant être d'un degré égal ou supérieur à une autre situation soumise au statut. Il apparaît alors une déconnexion de la qualification et du degré de dépendance.

**248. Exclusion des services.** Un premier exemple de cette déconnexion tient au fait que le statut exclut la distribution presque exclusive de services.

Ainsi, à un degré de dépendance identique, le statut ne sera pas applicable à un distributeur de services faute d'exclusivité totale alors qu'il régira un distributeur de produits. Il s'agit certainement d'une imperfection législative et d'un archaïsme lié à l'adoption du texte à une époque où les services n'avaient pas encore pris la place prépondérante qu'ils occupent aujourd'hui dans l'économie<sup>1153</sup>.

**249. Critère des prix imposés.** Un autre exemple de déconnexion entre la qualification et le degré de dépendance tient à la condition des prix imposés.

**Caractère parfois secondaire des prix de vente.** En effet, si la faculté de suivre sa propre politique de prix est souvent conçue comme un attribut essentiel de l'indépendance dans une activité commerciale<sup>1154</sup>, elle ne l'est pas toujours.

Tout d'abord, même non maître de ses prix de vente, un distributeur peut conserver une part

---

*leur donne des fournitures et une assistance mettant à néant leur autonomie de gestion ; ainsi de nombreux gérants libres ou locataires gérants ou encore des distributeurs simplement agréés. La dépendance économique, exclue de la définition du salariat, prendrait ainsi sa revanche » – MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), op. cit., p. 5, certaines décisions « soulèvent l'émoi des praticiens du Droit de la Distribution qui se demandent si la généralisation, via la loi de 1941, du statut social à tous les distributeurs intégrés ne va pas sonner le glas de formules classiques – concessions – ou novatrices – chaînes volontaires, voire franchises – de distribution ».*

<sup>1150</sup> *Supra* n° 235.

<sup>1151</sup> Dans ce sens : LAMAZEROLLES (E.), op. cit., p. 223, soutenant que des prix conseillés ou maxima seraient suffisants pour considérer que les prix sont imposés au sens du statut.

<sup>1152</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 161, le gérant de succursale « ne peut être que mandataire ou commissionnaire à la vente puisque l'article L. 442-5 du Code de commerce réprime le fait pour un fournisseur d'imposer à un distributeur un prix minimum de revente, sauf à admettre une acception de l'imposition de prix de (re)vente beaucoup plus large pour les juridictions sociales que pour les juridictions commerciales ».

<sup>1153</sup> La même exclusion des activités de services existait pour le statut de VRP mais la loi n° 57-277 du 07/03/1957 précisant le statut professionnel des voyageurs, représentants et placiers a mis fin à cette situation. Le législateur n'est cependant pas intervenu pour les gérants de succursales.

<sup>1154</sup> *Supra* n° 147.



d'indépendance. Libre de son organisation, de ses dépenses et investissements, il peut jouer à la fois sur ses charges et sur le volume de son activité pour influencer ses résultats.

Ensuite, la liberté de déterminer les prix de vente à la clientèle est parfois secondaire dans la distribution de produits ou services. En effet, sur certains marchés, la lutte concurrentielle ne passe plus par les prix mais, au sein d'un même segment de prix, par la qualité, l'originalité ou la notoriété des produits ou services<sup>1155</sup> et par les services apportés à la clientèle.

Ainsi, dans l'habillement, la parfumerie ou le luxe en général, la concurrence entre enseignes d'une même gamme de prix réside essentiellement dans l'apparence des produits ou services, leur présentation, leur image ou la notoriété de leur concepteur.

De même, sur le marché du livre, le libraire ne fixe pas ses prix de vente<sup>1156</sup> et ne s'en trouve pas pour autant dépourvu de marge de manœuvre. Son profit dépend alors de sa possibilité de jouer sur son assortiment, ses charges et son volume de vente. La concurrence passera également par la qualité du service apporté à la clientèle (présentation, conseils, animation du point de vente, etc.) et non par les prix pratiqués. Dans ces hypothèses, l'imposition du prix n'apparaît pas comme un facteur déterminant de dépendance du distributeur.

Enfin, pour créer, développer ou maintenir une clientèle, le distributeur est souvent contraint de pratiquer les prix auxquels est habituée cette clientèle et qui correspondent au marché. Ainsi, un franchisé ou concessionnaire a intérêt à adopter le positionnement prix correspondant à l'image des produits ou services<sup>1157</sup> et donc à respecter les prix conseillés par le fournisseur sans que celui-ci ait besoin de les imposer. En présence d'une exclusivité ou quasi-exclusivité d'approvisionnement et de l'utilisation d'une enseigne, d'une marque ou d'un nom commercial, ce sont généralement les prix d'achat fixés unilatéralement par le fournisseur et les dépenses ou investissements imposés qui déterminent la marge du distributeur, bien plus que les prix de revente. Or, le statut exige impérativement une détermination des prix de vente par le fournisseur.

Par conséquent, il peut exister une indépendance avec des prix de vente imposés et une dépendance avec des prix libres, ce que le statut ne permet pas d'appréhender.

**Difficulté de preuve.** Par ailleurs, en pratique, en raison des règles de concurrence, les pratiques de prix imposées à l'égard de revendeurs sont très rares. Or, dans les réseaux, les prix seulement conseillés sont souvent observés par les distributeurs<sup>1158</sup>.

Cette observance peut tenir au pouvoir de contrôle et sanction du fournisseur. En effet, la liberté de s'écarter des prix conseillés est souvent théorique ou très réduite car les distributeurs ont, au-dessus de la tête, une épée de Damoclès : la faculté du fournisseur de résilier ou ne pas renouveler le contrat de

---

<sup>1155</sup> Sur la question : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence...*, *op. cit.*, n° 276, exposant les arguments des « *anti-prohibitions* » des prix imposés, « *le prix imposé ne constitue pas une entrave excessive à la concurrence car aujourd'hui la concurrence ne passe pas tellement par les prix (les différences de prix entre entreprises concurrentes sont faibles) mais par les services. Le marché se caractérise en effet par une rigidité des prix. Les entreprises, pour accroître leur part de marché luttent en développant la distribution par la publicité ou les innovations techniques.* »

<sup>1156</sup> Loi n° 81-766 du 10/08/1981 relative au prix du livre, art. 1, « *les détaillants doivent pratiquer un prix effectif de vente au public compris entre 95 % et 100 % du prix fixé par l'éditeur ou l'importateur* ».

<sup>1157</sup> *Supra* n° 130.

<sup>1158</sup> *Supra* n° 130.

distribution, sans motivation ou indemnisation<sup>1159</sup>. Cette rupture entraîne souvent des conséquences dramatiques pour le distributeur : perte des dépenses et investissements spécifiques, de la clientèle créée, développée ou maintenu, reconversion difficile, voire impossible<sup>1160</sup>. Le distributeur n'a donc pas intérêt à se faire remarquer par le fournisseur en rompant l'homogénéité du réseau par une pratique de prix différents des prix conseillés. La faculté de rupture unilatérale du fournisseur suffit donc généralement à assurer le respect des prix conseillés<sup>1161</sup>. Certes, la menace de rupture pourrait entraîner une requalification des prix conseillés en prix imposés mais la démonstration d'une telle pratique est extrêmement difficile. En effet, comme en droit de la concurrence, la seule observance des prix conseillés n'est pas déterminante car elle peut autant révéler des prix imposés que des prix conseillés acceptés. Le distributeur devra donc, en principe, démontrer une menace caractérisée. Or, le fournisseur se gardera de menacer par écrit du non respect des prix conseillés et se limitera à des remarques orales.

L'observance des prix conseillés peut également avoir des raisons purement économiques. Ainsi, avec le développement du commerce en ligne, il est fréquent que les fournisseurs distribuent leurs produits ou services à travers un réseau de distributeurs mais aussi directement par un site Internet<sup>1162</sup>. Or, économiquement, il sera difficile pour un distributeur juridiquement libre de sa politique tarifaire, de fixer des prix supérieurs à ceux que son fournisseur pratique directement auprès de la clientèle pour les mêmes produits ou services via son site Internet. Les clients seraient alors tentés de pratiquer ce que le marketing désigne par l'anglicisme *showrooming*, c'est-à-dire de se rendre en boutique pour tester les produits pour les commander ensuite en ligne. Pour que la vente en ligne n'entraîne pas une désertification des magasins physiques, certains réseaux mettent également en place un système dit de *store pick up* ou *click and collect* qui consiste à permettre aux clients ayant acheté en ligne de venir retirer leur commande en magasin. L'idée est que la venue du client en magasin lui permettra de découvrir l'univers de la marque, d'autres produits et induira de nouveaux achats. Or, un magasin ne pourra profiter de cette stratégie que s'il propose aux clients des produits ou services à des prix égaux ou inférieurs à ceux pratiqués sur Internet.

De plus, même si le fournisseur ne propose pas l'achat en ligne de ses produits ou services, il communique souvent sur leurs prix auprès de la clientèle en indiquant des « *prix publics conseillés* » ou des « *prix publics généralement constatés* » qui auront économiquement l'effet de prix maximaux pour les distributeurs.

Par conséquent, entre un gérant de succursale qui ne peut pratiquer une politique personnelle de prix et un gérant franchisé qui suit volontairement les prix conseillés pour respecter le positionnement de l'enseigne et assurer son maintien dans le réseau ou qui, économiquement, peut difficilement s'écarter de ces prix, le degré de dépendance est identique et pourtant seul le premier sera appréhendé par le statut.

**Aporie.** De plus, la condition des prix imposés conduit à une aporie pour les distributeurs revendeurs. En effet, même si les analyses sont formellement dissociées, la constatation que le distributeur ne peut pratiquer une politique personnelle de prix révélera souvent une pratique restrictive de concurrence ou

---

<sup>1159</sup> *Infra* n° 670 s. et 776 s..

<sup>1160</sup> *Supra* n° 141 et *infra* n° 838 s.

<sup>1161</sup> *Supra* n° 166.

<sup>1162</sup> L'ouverture d'un site Internet de vente directe pour le fournisseur ne porte pas atteinte à l'exclusivité territoriale concédée tant qu'il n'est pas « *orienté spécifiquement pour atteindre la clientèle* » de cette zone (Com. 14/02/2012 : n° 09-11689 ; CCE 2012, 65, M. Chagny – V. également : Com. 14/03/2006 : n° 03-14639 ; B. n° 65 ; JCP 2006, 153, n° 17, M. Chagny).

anticoncurrentielle d'imposition des prix et entraînera, par suite, la nullité de plein droit de la clause d'imposition des prix voire de l'accord la contenant<sup>1163</sup>. Or, l'application du statut n'ayant pas pour effet de requalifier l'accord en contrat de travail ou d'intermédiaire<sup>1164</sup>, il ne devrait pas pouvoir valider rétroactivement la clause de prix imposés ou l'accord la contenant<sup>1165</sup>. Il apparaît alors une situation absurde où une condition d'application du statut réside dans une clause ou un accord nul de plein droit et la commission d'une infraction pénale ou administrative.

Pour les revendeurs, la condition des prix imposés conduit donc soit à une aporie, soit à ignorer le degré de dépendance-obéissance et de dépendance-nécessité de certains franchisés ou concessionnaires malgré leur liberté de fixation des prix. Comparativement, un distributeur soumis au statut de gérant de succursale pourra jouir d'une indépendance plus importante qu'un franchisé ou concessionnaire qui, malgré sa liberté théorique de détermination des prix de vente, pratique les prix conseillés par le franchiseur par nécessité économique ou par peur d'une rupture de la relation de distribution. En effet, en raison de cette liberté théorique, l'exclusivité totale d'activité, l'agrément du local, l'imposition de l'ensemble des conditions de vente (enseigne, normes de vente, gestion, etc.) ne seront pas appréhendés par le statut de gérant de succursale. Ainsi, l'existence d'une dépendance-obéissance pouvant être très importante est ignorée, à l'instar de ce qui a été constaté pour le contrat de travail de droit commun<sup>1166</sup>, mais également l'existence d'une dépendance-nécessité pouvant être également très importante (exclusivité totale d'activité).

**250. Conclusion.** Finalement, le statut appréhende des situations de dépendance particulières mais qui n'ont pas nécessairement une nature et un degré supérieur à un contrat de travail de droit commun ou à une activité considérée comme indépendante malgré l'existence de pouvoirs de direction, contrôle et sanction très prononcés. Appréhendant la dépendance à travers un nombre restreint de critères, la qualification de gérant de succursale est ainsi partiellement déconnectée de la nature et du degré de dépendance du distributeur. L'incertitude des critères retenus pour cette appréhension partielle renforce cette déconnexion.

## **b - La déconnexion liée au caractère incertain des critères de qualification**

**251. Présentation.** Même si c'est au prix d'une ignorance de certaines situations de dépendance, la qualification de la dépendance à partir de critères déterminés et limités, devrait, en principe, réduire l'incertitude de l'application du droit du travail. En effet, à la différence de la qualification du contrat de travail de droit commun, les juges ne peuvent se fonder sur un faisceau d'indices mais doivent rechercher les conditions cumulatives et limitées du statut. Cependant, cette incertitude s'est déplacée au stade de l'appréciation des conditions<sup>1167</sup>.

---

<sup>1163</sup> *Supra* n° 235.

<sup>1164</sup> *Supra* n° 224.

<sup>1165</sup> La jurisprudence pourrait cependant être tentée de procéder à une requalification. – Rappr. : Soc. 09/03/2011 : n° 09-42901 ; B. n° 09-42901, la Cour de cassation juge que la cour d'appel a retenu qu'un franchisé « ne pouvait disposer de la liberté de fixer le prix de vente des marchandises déposées » alors que le terme de dépôt n'apparaît pas dans les motifs de la cour d'appel cités par le moyen annexé à l'arrêt mais qu'il en ressort, au contraire, que le franchisé achetait les marchandises au franchiseur pour les vendre ensuite aux clients, il était donc, *a priori*, revendeur et non seulement dépositaire.

<sup>1166</sup> *Supra* n° 126 s.

<sup>1167</sup> Rappr. : MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *op. cit.*, p. 4 s., « le texte est curieux dans la mesure où il multiplie des conditions (volontairement imprécises ».

La condition du local fourni ou agréé ne semble pas concernée car son admission très large<sup>1168</sup> exclut les incertitudes. En revanche, les autres conditions font naître une insécurité importante, source de déconnexion entre le degré de dépendance et la qualification.

**252. Condition de profession essentiellement de distribution presque exclusive.** Ainsi, il a déjà été constaté l'insécurité juridique importante, niée par la Cour de cassation, qui accompagnait l'interprétation jurisprudentielle de la notion d'activité essentiellement de distribution en presque exclusivité dont le taux, l'assiette temporelle et matérielle ne sont pas légalement fixés<sup>1169</sup>. Des termes incertains en eux-mêmes (« *essentiellement* » et « *presque* ») ont été abandonnés à l'interprétation des juges du fond si bien que la satisfaction de la condition nécessaire à l'application du statut dépend du juge saisi. Entre les seuils inférieurs de la presque exclusivité constatés en jurisprudence, il existe tout de même un écart de 25 points (55 % à 80 %) ! Par suite, des distributeurs connaissant un même degré de dépendance à l'égard d'un fournisseur seront ou non soumis au droit du travail selon le taux, l'assiette temporelle et l'assiette matérielle retenue par le juge saisi.

**253. Condition de conditions d'activité imposées.** Il a également été constaté qu'aucun degré de contraintes sur les conditions d'activité ne se dégageait en jurisprudence<sup>1170</sup>. La condition recouvre ainsi potentiellement une grande échelle de degrés de dépendance et laisse une importante marge d'interprétation et d'appréciation aux juges<sup>1171</sup>.

Par exemple, en 2011, dans une affaire concernant un gérant de station-service à l'enseigne *Total* devant se fournir auprès d'une filiale de ce groupe (CPO), la Cour de cassation a validé un arrêt d'appel jugeant que « *les éléments de preuve concernant les conditions imposées sont insuffisants pour permettre de retenir l'application [du statut] ; qu'en effet, Total et CPO n'imposent pas de méthode d'exploitation ; qu'il appartenait à Monsieur X... d'évaluer et de mettre en place les moyens qu'il jugeait nécessaires* » et que « *Monsieur X... embauchait des salariés pour le remplacer, prouvant sa liberté d'organisation* »<sup>1172</sup>. La distribution sous enseigne pouvait pourtant suffire à caractériser la vente aux conditions du fournisseur et la liberté d'embauche ne pouvait, en tout cas, l'exclure puisqu'elle est expressément prévue par le statut<sup>1173</sup>. Certains juges considèrent que les contraintes liées à l'utilisation d'une enseigne ou de la mise en œuvre d'un savoir-faire sont suffisantes pour satisfaire la condition<sup>1174</sup>, d'autres, au contraire, estiment que l'existence d'un contrat de franchise est insuffisante<sup>1175</sup>.

Par conséquent, à degré de contraintes égal, l'application du statut dépendra de la conception des *conditions imposées* retenue par le juge saisi.

**254. Condition de vente ou prise de commandes à des prix imposés.** Les juges disposent également d'une grande marge d'appréciation sur la condition des prix imposés.

---

<sup>1168</sup> *Supra* n° 233.

<sup>1169</sup> *Supra* n° 230.

<sup>1170</sup> *Supra* n° 234.

<sup>1171</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 161, l'application du statut devrait « *exiger un certain seuil de conditions imposées, qu'il s'agisse de conditions de travail ou de commercialisation, seuil qu'il est toutefois aujourd'hui difficile de fixer de manière générale* » – MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 3, dénonçant le peu de clarté, l'imprécision et l'ambivalence des « *conditions et prix imposés* ».

<sup>1172</sup> Soc. 26/10/2011 : n° 10-18676.

<sup>1173</sup> *Supra* n° 239.

<sup>1174</sup> V. par ex. : Soc. 09/03/2011 : n° 09-42901 ; B. n° 74.

<sup>1175</sup> V. par ex. : Soc. 19/05/2010 : n° 09-42614.

Ainsi, en présence de prix maximaux, ils devront se prononcer sur la possibilité du distributeur de fixer des prix inférieurs et donc de pratiquer une politique personnelle de prix, « *compte tenu de ses frais généraux, du bénéfice qu'[il] était en droit de faire sur la remise constituant sa rémunération et de l'investissement qu'[il] avait dû faire pour assurer le maintien du stock* »<sup>1176</sup>, ce qui les amènera nécessairement à apprécier la rémunération du distributeur, ses charges et notamment ses investissements. La réponse à cette question est très incertaine car elle suppose la détermination d'un niveau de rémunération acceptable, l'appréciation de différents choix de gestion et la détermination d'une marge caractérisant une possibilité d'une politique personnelle de prix.

En effet, à quel niveau de revenus un distributeur peut-il prétendre ? Ce niveau dépend-t-il de l'activité, de la situation du point de distribution, de la conjoncture économique, du marché et du temps de travail personnel du gérant dans l'exploitation ?

Lorsque les dépenses et investissements n'ont pas été imposés par le fournisseur, faut-il en apprécier la pertinence ?

En particulier, lorsque le distributeur a une liberté d'embauche, son recours à des salariés plutôt qu'à son travail personnel et la répartition des temps de travail pourront être appréciés. Un gérant ne travaillant que 5 heures par semaine ne devrait pouvoir prétendre au même bénéfice que celui travaillant 70 heures par semaine. Or, quand le gérant ne maîtrise pas ses horaires et périodes d'ouverture, doit-il travailler 16 heures par jour, 7 jours sur 7, 365 jours sur 365 comme peut théoriquement le faire un indépendant ?<sup>1177</sup> Peut-il seulement se limiter à 35 heures ou à 48 heures par semaine comme cela est autorisé pour un cadre et employer des salariés pour assurer une ouverture de l'exploitation le reste du temps ? Peut-il prendre des vacances, notamment la première année ? Dans l'affirmative, doit-il se limiter à 5 semaines par an, ou moins, ou plus ? Peut-il rémunérer ses salariés au-dessus du SMIC ? Lorsque le gérant maîtrise ses horaires et périodes d'ouverture, doit-il ouvrir de 8h à 22h, 7 jours sur 7 ou peut-il se limiter à 10h-12h et 14h-18h, 5 jours sur 7 ? Doit-il choisir de travailler lui-même le dimanche et d'affecter ainsi ses salariés aux autres jours de la semaine pour réduire ses charges salariales ?

Une fois déterminée la marge de baisse des prix dont dispose le gérant, le juge devra se prononcer sur sa suffisance pour pratiquer une politique personnelle de prix. Une possibilité de baisse d'un pourcent est-elle suffisante ou faut-il une marge de 2, 3 ou 5 % ? Cette marge doit-elle être fonction de l'activité considérée ?

Les réponses à ces questions sont multiples, les combinaisons infinies et les choix souvent politiques. Par suite, à un degré de dépendance donné, la qualification en gérant de succursale d'un distributeur pourra varier selon la conception que le juge saisi a du revenu auquel peut prétendre un gérant pour l'activité considérée, du temps de travail raisonnable, de la pertinence de ses choix de gestion et de la marge de baisse de prix nécessaire pour le considérer comme libre de pratiquer une politique personnelle de prix.

**255. Conclusion.** Finalement, en combinant les incertitudes liées à l'activité essentiellement de distribution presque exclusive, celles liées aux conditions imposées et celles liées aux prix imposés, le juge dispose d'une

---

<sup>1176</sup> *Supra* n° 235.

<sup>1177</sup> V. par ex. : Soc. 09/07/2014 : n° 12-28909, station-service devant être ouverte 16 heures par jour, 365 jours par an. – Soc. 23/10/2013 : n° 12-23177, station service devant être ouverte « du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre et chaque jour du matin 6 heures au soir 22 heures, y compris le dimanche ».

telle marge d'appréciation qu'à un même degré de dépendance, l'application ou non du droit du travail pourra n'être liée qu'à sa conception du champ du statut des gérants de succursales.

#### CONCLUSION SUR LE STATUT DU GÉRANT DE SUCCURSALE

**256. Incertitudes.** Adopté il y a plus de 70 ans, dans le cadre d'une économie de guerre particulièrement interventionniste et dirigiste<sup>1178</sup> et conçu originellement comme un statut catégoriel, un palliatif à une conception trop restrictive du lien de subordination à l'égard de certains travailleurs, le statut du gérant de succursale est devenu, par une interprétation jurisprudentielle extensive de ses conditions d'application, un moyen d'intégration au droit du travail de certaines formes de distribution qui se sont surtout développées postérieurement (location-gérance, gérance-mandat, commission-affiliation).

Pour l'instant, il concerne essentiellement des intermédiaires non propriétaires du fonds de distribution qu'ils exploitent. L'extension du statut pourrait cependant être poursuivie par la jurisprudence pour intégrer au droit du travail les revendeurs concessionnaires ou franchisés. Ces formes de distribution pourraient alors être remises en cause puisque l'application du droit du travail les priverait partiellement d'intérêt pour les fournisseurs en leur transférant une partie au moins des risques d'exploitation des unités de distribution<sup>1179</sup>.

**257. Infirmité de l'hypothèse.** Quoi qu'il en soit, en l'état actuel de son interprétation, le statut appréhende la dépendance à travers un nombre restreint de critères particulièrement incertains qui conduisent à déconnecter partiellement la qualification de gérant de succursale de la nature et du degré de dépendance du distributeur.

La distinction avec la gérance salariée (en vertu d'un contrat de travail de droit commun), la gérance-mandat du Code de commerce et la location-gérance n'est pas faite, les qualifications étant compatibles. Cette distinction est donc, *a fortiori*, incertaine<sup>1180</sup>.

De plus, la qualification de gérant de succursale dépend très largement d'interprétations et d'appréciations jurisprudentielles qui varient selon les juges et les espèces. Une approche restrictive du statut conduit à le réserver à certaines situations de dépendance dont le degré n'est pas nécessairement inférieur à celui susceptible de caractériser un contrat de travail de droit commun. Inversement, une approche extensive conduit potentiellement à intégrer au droit du travail la plupart des distributeurs généralement considérés comme indépendants (concessionnaires et franchisés)<sup>1181</sup>.

L'hypothèse que le statut qualifierait des situations de dépendance intermédiaires entre le contrat de travail de droit commun et la gérance indépendante est ainsi infirmée. Il reste alors à savoir si la même constatation s'impose pour le statut des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire.

---

<sup>1178</sup> Le régime de Vichy a mis en avant des valeurs économiques très traditionnelles avec notamment une remise en cause du décret d'Allarde par l'instauration de corporations contrôlées par l'État et la fixation des prix et salaires. Ces valeurs ne correspondent plus à celles de l'économie contemporaine, beaucoup plus libérale, favorisant l'émergence de marchés concurrentiels. – Rapp. : LÉLOUP (J.-M.), *La franchise*, 4<sup>e</sup> éd., Delmas, 2004, n° 1245, « *il n'est pas sain de soumettre les opérations commerciales du XXI<sup>e</sup> siècle à un texte de 1941, pris dans la situation d'un pays occupé par l'ennemi, qui n'est plus celle du commerce contemporain. [...] À chaque fois que le professionnel considéré est libre de son temps, fait acte d'entreprise par l'investissement et s'expose au risque des affaires, édifiant un fonds de commerce, conquérant une part de marché, il est illégitime de le traiter en salarié* ».

<sup>1179</sup> En application du statut, le gérant bénéficiera notamment d'une garantie de ses revenus (*infra* n° 547 s.).

<sup>1180</sup> Dans ce sens : MENDOZA-CAMINADE (A.), *Droit de la distribution*, Montchrestien, 2011, n° 188.

<sup>1181</sup> *Supra* n° 245.

## B – La qualification de la dépendance par le statut des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire

**258. Présentation.** Le régime de Vichy, par une loi du 3 juillet 1944<sup>1182</sup>, a introduit dans le Code du travail un statut des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire (ci-après gérant alimentaire). Le texte s'applique encore aujourd'hui à plusieurs milliers de supérettes<sup>1183</sup>.

Le statut est d'ordre public<sup>1184</sup> et soumet ces distributeurs au statut du gérant de succursale<sup>1185</sup>. Les gérants alimentaires bénéficient ainsi des dispositions du Code du travail dans leurs rapports avec leur fournisseur<sup>1186</sup>, sous réserve de dispositions particulières<sup>1187</sup>. Comme pour le statut du gérant de succursale, le droit du travail est appliqué sans qu'existe un lien de subordination et sans reconnaissance d'un contrat de travail de droit commun<sup>1188</sup>.

Le texte est parfois analysé comme « *un correctif* » au statut de gérant de succursale « *destiné à s'appliquer à des gérants disposant, à l'égard de leur fournisseur, d'une certaine plus grande liberté d'organisation* », d'« *une indépendance accentuée* »<sup>1189</sup>. Le statut appréhenderait ainsi une situation de dépendance inférieure à celle du gérant de succursale, qui lui-même devait appréhender une situation de dépendance inférieure à la gérance salariée<sup>1190</sup>.

**259. Plan.** Les conditions de la qualification de gérant alimentaire seront ainsi présentées (1) pour ensuite pouvoir apprécier sa distinction avec les autres gérants (2).

### 1 – Les conditions de la qualification de gérant alimentaire

**260. Définition légale.** La loi dispose qu'« *est gérant non salarié toute personne qui exploite, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des commerces de détail alimentaire [...] 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* »<sup>1191</sup>. Elle précise, en outre, que « *la clause de fourniture exclusive avec vente à prix imposé est une modalité*

---

<sup>1182</sup> Loi du 03/07/1944 précisant la situation au regard de la législation du travail, des gérants non salariés de succursales de maisons d'alimentation de détail : JORF 08/07/1944, 1742, codifiée aux articles L. 7322-1 et suivants du Code du travail.

<sup>1183</sup> En 2005, il était estimé que l'accord collectif des gérants non-salariés des succursales de commerce de détail alimentaire couvrait environ 5000 gérants dont 2300 pour le groupe Casino (CORNU (G.), *Rapport n° 333, 11/05/2005, fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises*, p. 85).

<sup>1184</sup> Sur la question : KENFACK (H.), *Gérance de fonds de commerce*, Rép. com., 2008, maj. 2014, n° 54.

<sup>1185</sup> C. trav. art. L. 7322-1.

<sup>1186</sup> Soc. 28/09/2011 : n° 10-21294, « *le gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire, qui bénéficie de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale, ne peut être privé, dès l'origine, par une clause du contrat, du bénéfice des règles de protection d'ordre public* » – V. aussi : Soc. 11/03/2009 : n° 07-40813 ; B. n° 79 ; RDT 2009, 373, G. Auzero – Soc. 14/10/2009 : n° 08-42792 – Soc. 03/05/1995 : n° 94-41208 – Soc. 19/10/1994 : n° 91-42054 – Soc. 11/06/1992 : n° 89-42667 – Soc. 14/02/1989 : n° 96-42567 ; B. n° 124 – Soc. 08/11/1988 : n° 85-12792 – Soc. 03/12/1987 : n° 85-41554 – Soc. 04/07/1985 : n° 83-16991 ; B. n° 403 – Soc. 09/01/1975 : n° 74-60131 ; B. n° 6.

<sup>1187</sup> C. trav. art. L. 7322-1 – Ces dispositions tiennent, en particulier, à certaines modalités d'adoption et d'application des accords collectifs qui doivent notamment déterminer la rémunération minimale (C. trav. art. L. 7322-3 et L. 7322-4) et à la compétence juridictionnelle (C. trav. art. L. 7322-5 et L. 7322-6).

<sup>1188</sup> Dans ce sens : Soc. 01/02/2001 : n° 99-11653.

<sup>1189</sup> CESARO (J.-F.), *Gérants de succursales*, *op. cit.*, n° 56 – Dans ce sens également : CHALARON (Y.), *op. cit.*, n° 62, soutenant que le statut est venu « *compléter les dispositions prises par la loi du 21 mars 1941, afin de tenir compte de l'indépendance particulière dont jouissent, dans des activités définies, certains gérants, indépendance que ne traduiraient pas suffisamment [le statut de gérant de succursale]* », qu'« *il s'agit ici d'un degré supplémentaire dans l'indépendance ce qui conduit le législateur à parler de « gérants non salariés »* » (n° 63).

<sup>1190</sup> *Supra* n° 216.

<sup>1191</sup> C. trav. art. L. 7322-1.

commerciale qui ne modifie pas la nature du contrat ».

Plusieurs conditions sont donc nécessaires à la qualification : l'exploitation d'une succursale de commerce de détail alimentaire, une rémunération par des remises proportionnelles au montant des ventes, une absence de fixation des conditions de travail par le contrat et une liberté d'embauche de salariés ou de remplacement. La succursale étant généralement entendue comme un « *établissement secondaire sans personnalité juridique propre mais doté d'une certaine autonomie de gestion* »<sup>1192</sup>, l'exigence d'exploitation d'une succursale implique, en principe, que le gérant ne soit pas propriétaire des moyens d'exploitation et qu'il dispose d'une certaine autonomie dans sa gestion. Par conséquent, les conditions tiennent aux produits distribués, à l'absence de propriété des moyens d'exploitation, à l'autonomie de gestion – caractérisée notamment par une absence de fixation des conditions de travail et une liberté d'embauchage et de remplacement – et aux modalités de la rémunération.

**261. Distribution de produits alimentaires au détail.** Le statut est réservé aux distributeurs qui diffusent des produits alimentaires au détail. Il suffit que cette activité existe, il importe donc peu qu'elle s'accompagne également d'une diffusion de produits alimentaires en gros<sup>1193</sup>. On ignore cependant si cette activité doit être principale ou si le statut est également totalement ou partiellement applicable au gérant d'une succursale de distribution de produits divers dont des produits alimentaires.

**262. Rémunération par des remises proportionnelles aux ventes.** Pour que le statut soit applicable, le gérant doit profiter directement de son activité par une rémunération constituée de remises proportionnelles au montant des ventes. La Cour de cassation a ainsi exclu l'application du statut pour un gérant qui percevait, en plus des remises, une rémunération fixe mensuelle<sup>1194</sup>. En revanche, elle n'écarter pas le statut en présence de clauses garantissant temporairement au gérant un salaire fixe mensuel se substituant aux remises tant qu'elles ne le dépassent pas<sup>1195</sup> ou une rémunération forfaitaire complémentaire pour l'exploitation d'un commerce accessoire<sup>1196</sup>.

**263. Absence de propriété des moyens d'exploitation.** L'application du statut suppose également que le gérant ne soit pas propriétaire de ses moyens d'exploitation. Si la loi ne précise pas expressément cette condition, elle semble découler de l'exigence de gestion d'une succursale et de la référence à « *l'entreprise propriétaire de la succursale* » gérée<sup>1197</sup>. Le statut suppose donc, en principe, qu'il soit mis à la disposition du gérant l'ensemble des éléments du fonds de commerce de distribution alimentaire au détail : un local, un mobilier, du matériel et outillage et des stocks<sup>1198</sup>.

Cette exigence a été précisée par l'accord national des gérants non salariés qui prévoit que « les

---

<sup>1192</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014 – Sur la notion de succursale, voir : CABRILLAC (M.), *Limite ou pluralité de la notion de succursale*, Mél. J. Hamel, 1961, p. 1301 s., définissant la succursale comme un « *établissement qui pourrait être théoriquement détaché de l'établissement principal et constituer un fonds distinct possédant une clientèle propre* » – GAUDU (F.), *Entreprise et établissement*, Mél. M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 47 s – V. également : MENDOZA-CAMINADE (A.), *op. cit.*, n° 184 s. – BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 134.

<sup>1193</sup> Soc. 18/05/1967 : B. n° 399.

<sup>1194</sup> Soc. 15/05/1952 : B. n° 417.

<sup>1195</sup> Soc. 19/02/1997 : n° 91-43163 – Soc. 29/03/1995 : n° 91-43163.

<sup>1196</sup> Soc. 06/10/2010 : n° 09-40133, « *le seul fait, pour cette société [Casino], de verser temporairement aux deux cogérants [de supérettes alimentaires Casino], rémunérés par des remises proportionnelles au montant des ventes, une rémunération forfaitaire complémentaire pour l'exploitation d'une station service à Masy, ne pouvait suffire à les soustraire au statut de gérants non salariés* ».

<sup>1197</sup> C. trav. art. L. 7322-2, al. 2.

<sup>1198</sup> L'activité peut également être itinérante (Rép. min. n° 13289 : JO 27/05/1954).



*entreprises confient au gérant un magasin équipé, prêt à la vente* », prennent en charge la maintenance et révocation des locaux commerciaux, du matériel et des équipements (« *matériel permettant d'accepter les nouveaux moyens de paiement du type cartes bancaires* », « *matériel nécessaire aux comptage, pesage, étiquetage...* »), fournissent gratuitement « *les sacs, papier, ficelle, nécessaires aux opérations de vente* », « *les produits nécessaires à l'entretien des succursales, y compris les vitrines et les glaces* » et assument « *les frais de chauffage et d'éclairage du magasin et de la réserve* »<sup>1199</sup>.

**264. Autonomie de gestion.** Enfin, l'application du statut suppose une certaine autonomie du gérant.

**Liberté d'embauche et de remplacement.** La loi exige ainsi qu'il ait « *toute latitude d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer* »<sup>1200</sup>. Les juges doivent donc rechercher si, dans les faits<sup>1201</sup>, les gérants ont « *la possibilité effective d'embaucher leur propre personnel* »<sup>1202</sup>. Par ailleurs, l'existence d'instructions imposant l'embauche de personnes déterminées ou un remplacement par des personnes dénommées est susceptible d'exclure le statut<sup>1203</sup>.

**Absence de fixation contractuelle des conditions de travail.** La loi conditionne également le statut à la condition que « *le contrat intervenu ne fixe pas les conditions de [...] travail [du gérant]* »<sup>1204</sup>. Le gérant doit ainsi être libre de déterminer lui-même ses conditions de travail.

Ces exigences d'autonomie ont conduit la Cour de cassation à exclure le statut en présence d'un lien de subordination juridique et donc d'un contrat de travail de droit commun<sup>1205</sup>.

**265. Absence de contrat de travail de droit commun.** L'étude exhaustive de la jurisprudence de la Cour de cassation disponible sur Légifrance<sup>1206</sup> montre d'abord que les juges s'attachent classiquement aux conditions de fait d'exercice de l'activité<sup>1207</sup>. Ainsi, un contrat ne fixant pas les conditions de travail du gérant et lui laissant une liberté d'embauche n'exclut pas la constatation d'un lien de subordination excluant la

<sup>1199</sup> Accord collectif national du 18/07/1963 *concernant les gérants non salariés des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés "gérants mandataires"*, art. 25.

<sup>1200</sup> C. trav. art. L. 7322-2.

<sup>1201</sup> Soc. 19/01/1999 : n° 97-13299, « *la cour d'appel a constaté que la clause conférant à Mme X... toute latitude pour embaucher du personnel n'avait jamais été appliquée* » et a ainsi légalement justifié l'exclusion du statut.

<sup>1202</sup> Soc. 12/06/2014 : n° 13-15066 – Excluant le statut faute de liberté effective d'embauche ou de remplacement : Soc. 15/02/2012 : n° 10-21897 – Soc. 19/01/1999 : n° 97-13299 – Soc. 19/02/1997 : n° 93-46712 – Soc. 29/10/1980 : n° 79-14352 ; B. n° 789.

<sup>1203</sup> Dans ce sens : Soc. 06/10/2010 : n° 09-40133, excluant cependant l'imposition du personnel résultant de l'application des dispositions relatives au maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise – V. également : Soc. 27/03/2013 : n° 11-27641 ; B. n° 92, « *le contrat de cogérance ne privait pas le gérant du pouvoir de licencier le personnel passé à son service* ».

<sup>1204</sup> C. trav. art. L. 7322-2.

<sup>1205</sup> Soc. 16/11/2005 : n° 04-12271, cassant une cour d'appel qui avait appliqué le statut « *sans rechercher si [l'intéressé] était sous un lien de subordination caractérisant l'existence d'un contrat de travail excluant l'application des dispositions [du statut du gérant non-salarié de succursale]* » – V. aussi : Soc. 03/05/2006 : n° 05-15512 – Soc. 13/07/2004 : n° 03-13143 – Soc. 19/01/1999 : n° 97-13299 – Soc. 10/12/1987 : n° 85-41065 – Soc. 29/10/1980 : n° 79-14352 ; B. n° 789 – Soc. 22/11/1979 : n° 78-11708 ; B. n° 890 – Le préambule de l'accord collectif national du 18/07/1963 *concernant les gérants non salariés des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés "gérants mandataires"* prévoit que le statut suppose une « *indépendance du gérant dans la gestion de l'exploitation du magasin qui lui est confié, c'est-à-dire autonomie de celui-ci dans l'organisation de son travail en dehors de toute subordination juridique* ».

<sup>1206</sup> Une recherche sur Légifrance, en texte intégral, sans limite de durée, dans l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation des termes « *lien de subordination* » ou « *requalification* » et « 782-1 » ou « 7322-2 » ou « *loi du 3 juillet 1944* » donne 33 résultats dont 17 pertinents concernant le champ d'application du statut en raison de l'absence ou de la présence d'un lien de subordination. 5 se limitent à juger qu'un lien de subordination exclut le statut ou reprochent à la cour d'appel de ne pas l'avoir recherché mais ne donnent aucune information sur son appréciation (Soc. 03/05/2006 : n° 05-15512 – Soc. 16/11/2005 : n° 04-12271 – Soc. 13/07/2004 : n° 03-13143 – Soc. 01/02/2001 : n° 99-11653 – Soc. 22/11/1979 : n° 78-11708 ; B. n° 890). Sur les 12 arrêts restants, 6 retiennent l'existence d'un lien de subordination (Soc. 15/02/2012 : n° 10-21897 – Soc. 19/01/1999 : n° 97-13299 – Soc. 19/02/1997 : n° 93-46712 – Soc. 31/10/1989 : n° 87-13376 ; B. n° 624 – Soc. 21/04/1988 : n° 86-18100 ; B. n° 244 – Soc. 29/10/1980 : n° 79-14352 ; B. n° 789), 3 l'excluent (Soc. 27/06/2012 : n° 11-10442 – Soc. 06/10/2010 : n° 09-40133 – Soc. 15/12/1993 : n° 91-18573 – Soc. 04/05/1966 : sans numéro de pourvoi ; B. n° 418), un constate simplement qu'il n'est pas démontré (Soc. 15/12/1993 : n° 91-18573) et 2 constatent une insuffisance de motivation sur cette question (Soc. 12/06/2014 : n° 13-15066 – Soc. 09/01/2008 : n° 06-41280).

<sup>1207</sup> Soc. 03/05/2006 : n° 05-15512 – Soc. 19/02/1997 : n° 93-46712 – Soc. 15/12/1993 : n° 91-18573 – Soc. 21/04/1988 : n° 86-18100 ; B. n° 244.

qualification de gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire<sup>1208</sup>. Mais l'étude de la jurisprudence révèle surtout que la subordination juridique est appréciée de façon particulière.

**Appréciation spécifique et restrictive de la subordination.** Ainsi, comme pour la franchise et la concession<sup>1209</sup>, la Cour de cassation mélange des raisonnements excluant les contraintes inhérentes aux relations entre fournisseur et gérant de succursale<sup>1210</sup>, distinguant celles de nature commerciales et celles portant sur les conditions de travail ou s'attachant à un degré de contraintes.

En application de ces deux premiers raisonnements, il a été jugé que l'obligation du gérant de tenir un état de caisse journalier transmis au fournisseur, de participer à ses campagnes publicitaires, d'être présent à des assemblées de section, de porter personnellement une blouse fournie par lui, de lui soumettre ses dates de congés et le fait que le fournisseur surveille les résultats financiers, se préoccupe des heures d'ouverture en reprochant sa fermeture les veilles de Noël et le jour de l'an et rappelle régulièrement l'existence d'une hiérarchie en adressant des notes comminatoires ou menaçantes, étaient « *impropres à caractériser un état de subordination juridique, ou inopérants au regard des dispositions régissant les modalités d'exploitation commerciales des magasins concernés* »<sup>1211</sup>. Il en est de même pour l'imposition de « *conditions de participation des gérants [d'une supérette Casino] à la politique commerciale comportant l'obligation de vendre les marchandises fournies par la société Casino ou par ses fournisseurs agréées aux prix imposés, de participer aux actions promotionnelles et publicitaires proposées, de présenter les marchandises selon l'agencement fixé par la société, de se conformer à l'utilisation de divers documents transmis par la société, de se soumettre aux contraintes de l'installation locale de la succursale, de porter une tenue vestimentaire imposée, de se conformer à des heures d'ouverture et fermeture, et d'occuper un logement de fonction* »<sup>1212</sup>. Il a encore été jugé que l'imposition aux gérants de supérettes Casino du « *recours à des professionnels, tels que comptables ou avocats, exerçant habituellement au sein de la structure Casino [...] [devaient] être considérés comme entrant dans le cadre de l'aide que la société Casino leur a apportée dans la gestion des succursales* »<sup>1213</sup>. L'accord collectif national prévoit aussi que les gérants « *doivent suivre la politique commerciale de leur entreprise et notamment : - participer obligatoirement aux actions promotionnelles et publicitaires qui leur sont proposées; - apposer le matériel publicitaire fourni par la société; - se conformer*

---

<sup>1208</sup> V. par ex. : Soc. 11/03/2009 : n° 07-40813 ; B. n° 79 ; RDT 2009, 373, G. Auzero – Soc. 19/01/1999 : n° 97-13299 – Soc. 15/12/1993 : n° 91-18573.

<sup>1209</sup> *Supra* n° 146 s.

<sup>1210</sup> Soc. 06/10/2010 : n° 09-40133, la cour d'appel a justifié son rejet de l'existence d'un contrat de travail de droit commun en faisant « ressortir que les contraintes pesant sur l'activité professionnelle [des gérants] selon les conditions d'organisation déterminées par [le fournisseur], [n'excèdent] pas les limites du cadre inhérent aux relations entre la maison mère et les gérants non salariés de succursales de maison d'alimentation »

<sup>1211</sup> Soc. 09/01/2008 : n° 06-41280.

<sup>1212</sup> Soc. 06/10/2010 : n° 09-40133, ces contraintes « *n'excédaient pas les limites du cadre inhérent aux relations entre la maison mère et les gérants non salariés de succursales de maison d'alimentation* » – V. également : Soc. 27/06/2012 : n° 11-10442, rejetant un pourvoi contre un arrêt d'appel ayant jugé que les gérants « *ne peuvent tirer des conditions d'exécution de leur travail selon l'organisation définie par la société Distribution Casino France en fonction de sa politique commerciale (notamment obligation de se soumettre au port d'une tenue vestimentaire imposée, aux heures d'ouverture et de fermeture des magasins, de respecter l'agencement particulier des produits vendus, de se soumettre à une liste de fournisseurs, aux prix imposés, de respecter la procédure de gestion des produits périmés ou retirés) la preuve de l'exécution d'un contrat de travail, étant observé qu'il résulte des éléments du dossier que les contrôles opérés par les 'managers' de la société ne portaient que sur la mise en œuvre de cette politique commerciale ; qu'excepté ces contraintes inhérentes au contrat de gérance, il est établi que [les gérants] [...] organisaient librement leur activité professionnelle ; que s'agissant notamment de l'organisation de leurs congés, s'ils pouvaient recourir à un mandataire gérant non salarié de la société pour les remplacer, ce qui nécessitait l'établissement à l'avance d'un planning, cela n'était qu'une possibilité, les intéressés pouvant également se faire remplacer par une personne de leur choix ; qu'ainsi, il n'est pas établi que [les gérants] [...] se soient trouvés dans un lien de subordination vis à vis de la société Distribution Casino France* » (se référer aux motifs de la cour d'appel cité par le premier moyen de cassation annexé).

<sup>1213</sup> Soc. 06/10/2010 : n° 09-40133.

à l'utilisation des divers documents transmis par la société »<sup>1214</sup>.

Par ailleurs, la loi dispose expressément que « la clause de fourniture exclusive avec vente à prix imposé est une modalité commerciale qui ne modifie pas la nature du contrat »<sup>1215</sup>. Appliquant cette distinction des contraintes commerciales et des contraintes sur les conditions de travail, la Cour de cassation juge que l'exclusivité d'approvisionnement, la fourniture du local et du logement par le fournisseur, l'imposition des prix et celle de la présentation des produits « sont des modalités commerciales qui ne caractérisent pas un lien de subordination »<sup>1216</sup>. Elle juge également que l'imposition des horaires d'ouverture et de fermeture de la succursale ne s'analyse pas en « une clause fixant les conditions de travail des gérants au sens du statut »<sup>1217</sup> si le gérant peut librement répartir ses heures de travail personnelles entre l'heure d'ouverture et l'heure de fermeture imposées<sup>1218</sup>.

En application du raisonnement s'attachant au degré de contraintes, l'existence d'un lien de subordination a été exclu au motif que les gérants étaient « libres d'organiser leur gestion et ne recevaient aucune directive sur l'organisation de leur travail »<sup>1219</sup> ou, au contraire, retenu au motif que les gérants « ne jouissaient d'aucune liberté dans l'exploitation de leur commerce, qu'ils étaient contrôlés régulièrement et fréquemment par des inspecteurs de la société, lesquels étaient habilités à leur donner des ordres et à contrôler le moindre détail de leur mode de gestion des points de vente, et a retenu qu'ils avaient des obligations d'une précision qui ne différait en rien de celles d'un salarié, devant rendre des comptes à dates fixes, envoyer des documents comptables au jour dit, et étant passibles de sanctions en cas de modification ou de mauvaise qualité ou présentation des produits livrés »<sup>1220</sup>.

**Indifférence des indices d'indépendance (sauf recours à des auxiliaires).** Par ailleurs, la quasi totalité les indices d'indépendance utilisés pour exclure le lien de subordination ne sont pas pris en compte.

---

<sup>1214</sup> Accord collectif national du 18/07/1963 concernant les gérants non salariés des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés "gérants mandataires", art. 34.

<sup>1215</sup> C. trav. art. L. 7322-2, al. 2.

<sup>1216</sup> V. par ex. : Soc. 15/12/1993 : n° 91-18573 – V. également : Soc. 03/03/1993 : n° 88-41219 – L'accord collectif national du 18/07/1963 concernant les gérants non salariés des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés "gérants mandataires" prévoit que « les gérants ne doivent vendre que les marchandises nécessaires à leur commerce qui leur sont fournies exclusivement par la société ou les fournisseurs agréés par elle au prix de vente imposé par celle-ci ».

<sup>1217</sup> Soc. 15/12/1993 : n° 91-18573.

<sup>1218</sup> Soc. 06/10/2010 : n° 09-40133 approuvant la cour d'appel d'avoir rejeté l'existence d'un lien de subordination en relevant que les gérants « avaient pu, sans contrôle de cette société, organiser librement l'exercice personnel de leur activité professionnelle à l'intérieur des différentes succursales en ce qui concerne la répartition des heures de travail entre ouverture et fermeture, les relations avec la clientèle et les relations avec le personnel embauché ou repris ». La cour d'appel avait par ailleurs relevé, pour rejeter la demande de paiement d'heures supplémentaires, que les gérants « ne démontraient pas que la société Casino leur avait imposé à titre individuel l'exécution d'horaires de travail déterminés, hors les horaires d'ouverture et de fermeture des succursales » – Rapp. : Soc. 12/06/2014 : n° 13-15066, « pour débouter les gérants de leur demande de requalification du contrat de gérance en contrats de travail, l'arrêt retient qu'hormis les contraintes inhérentes au contrat de gérance, les gérants organisaient librement leur activité professionnelle, notamment en ce qui concerne leurs horaires de travail personnels et que, s'agissant de leurs congés, ils avaient la possibilité, s'ils l'estimaient nécessaire, de recourir à un mandataire gérant non salarié de la société ou à une personne de leur choix ; Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les gérants bénéficiaient de la possibilité effective d'embaucher leur propre personnel et, en retenant qu'ils auraient bénéficié d'une liberté dans l'organisation de leur emploi du temps, sans préciser sur quels éléments elle se fondait pour affirmer que la présence des deux co-gérants n'était pas nécessaire pendant l'intégralité de la période d'ouverture du magasin, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». – Sur la question : JOHANSSON (A.), *La détermination du temps de travail effectif*, Préf. F. Meyer, BDS, t. 44, LGDJ, 2006, p. 251 s.

<sup>1219</sup> Soc. 11/03/2009 : n° 07-40813 ; B. n° 79 ; RDT 2009, 373, G. Auzero.

<sup>1220</sup> Soc. 31/10/1989 : n° 87-13376 ; B. n° 624 – V. également : Soc. 19/01/1999 : n° 97-13299, relevant que le gérant « ne jouissait d'aucune indépendance dans l'exécution de son travail » – Soc. 19/02/1997 : n° 93-46712, relevant le gérant « ne jouissait d'aucune liberté, concernant [...] l'exploitation de la succursale qu'il s'agisse des conditions de travail, de la gestion du stock dont le réassortiment dépendait du bon vouloir de la société qui pouvait à tout moment faire exercer des contrôles par ses inspecteurs » – Soc. 21/04/1988 : n° 86-18100 ; B. n° 244, « analysant les relations de fait ayant existé entre la société La Ruche méridionale et M. X... a relevé que des instructions écrites, fréquentes et précises sur l'ensemble de l'activité de la succursale étaient adressées par la société au gérant et que le respect de ces directives était contrôlé, sur place, plusieurs fois par mois, voire par semaine, par un représentant de la société ; qu'elle a pu estimer que le contrat bien qu'il eût été qualifié de contrat de gérance non salariée comportait un lien de subordination qui faisait de M. X... le salarié de la société La Ruche méridionale »

L'existence ou non d'une exclusivité de fourniture semble indifférente<sup>1221</sup>.

L'absence de moyens de travail propres n'est pas non plus prise en compte. Ainsi, le fait que le fournisseur mette à disposition le local, le logement, le matériel, reste propriétaire des marchandises, supporte les impôts, les frais d'éclairage ainsi que l'assurance du matériel et des marchandises est insusceptible de caractériser un lien de subordination s'opposant à l'application du statut<sup>1222</sup>. La solution est logique puisque le statut suppose cette absence de propriété<sup>1223</sup>.

Le fait que le gérant exerce l'activité à ses risques et périls n'apparaît pas non plus entrer en compte dans l'appréciation du lien de subordination<sup>1224</sup>. La solution est également logique puisque l'étendue des risques pouvant être assumés par le gérant dépendra de l'application ou non du statut<sup>1225</sup>.

L'analyse de l'existence ou non d'une clientèle propre semble aussi éludée<sup>1226</sup>.

Par conséquent, au titre des indices d'indépendance excluant le contrat de travail de droit commun, seule la possibilité de recours à des auxiliaires est prise en compte. Cette possibilité est souvent relevée pour exclure l'existence d'un contrat de travail de droit commun<sup>1227</sup>. Inversement, l'absence de recours à des auxiliaires ou de possibilité d'y recourir – impossibilité excluant, par ailleurs, à elle seule, l'application du statut<sup>1228</sup> – est souvent relevée pour déduire l'existence d'un lien de subordination<sup>1229</sup>.

**266. Conclusion.** Finalement, le statut appréhende une situation très particulière de dépendance où un gérant exploite une succursale alimentaire qui ne lui appartient pas, est rémunéré par des commissions, peut embaucher des salariés ou se faire remplacer, est libre de ses horaires personnels de travail mais peut se voir imposer de nombreuses contraintes de gestion et d'exploitation jusqu'à un degré qui n'est pas clairement déterminé et qui sera donc fixé par le juge saisi.

À partir de ces constatations, il est possible de comparer le gérant alimentaire et les autres gérants.

## **2 – La comparaison du gérant alimentaire et des autres gérants**

**267. Présentation.** Dans l'échelle de dépendance, le gérant alimentaire aurait un degré de dépendance très supérieur au locataire-gérant (gérant libre) (a), supérieur à celui du gérant-mandataire du Code de

---

<sup>1221</sup> La clause d'exclusivité de fourniture ne modifie pas la nature du contrat (*infra* n° 260) et la jurisprudence n'offre aucun exemple d'une absence d'exclusivité relevée pour exclure la subordination juridique. – Une partie de la doctrine soutient que le statut est applicable au gérant distribuant des produits d'autres fournisseurs que le propriétaire de la succursale (FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 147).

<sup>1222</sup> V. par ex. : Soc. 03/03/1993 : n° 88-41219 – Sur la fourniture du local et du logement : Soc. 15/12/1993 : n° 91-18573.

<sup>1223</sup> *Supra* n° 263.

<sup>1224</sup> Dans ce sens : Soc. 22/11/1979 : n° 78-11708 ; B. n° 890, reprochant à une cour d'appel d'avoir qualifié le contrat en gérance salariée « *alors qu'il résultait de ses constatations que le contrat ne fixait pas les conditions de travail de dame X... qui gérât la succursale à ses risques et périls en supportant les déficits, et alors qu'elle n'a pas recherché s'il y avait ou non existé en fait un lien de subordination entraînant l'application en la cause de l'ensemble des dispositions relatives aux salariés et pas seulement de celles [des gérants non-salariés de succursale de commerce de détail alimentaire]* ». Il semble ainsi résulter de l'arrêt que le fait d'exploiter à ses risques et périls n'exclut pas, a priori, l'application du statut du gérant non-salarié.

<sup>1225</sup> *Infra* n° 547.

<sup>1226</sup> Un seul des arrêts précités mentionne la clientèle de la succursale mais sans se prononcer sur son caractère propre ou non : Soc. 06/10/2010 : n° 09-40133, « *la cour d'appel a retenu que M. et Mme X... ne pouvaient tirer des conditions d'exécution de leur travail selon l'organisation définie par la société Casino la preuve de l'existence d'un contrat de travail alors qu'ils avaient pu, sans contrôle de cette société, organiser librement l'exercice personnel de leur activité professionnelle à l'intérieur des différentes succursales en ce qui concerne la répartition des heures de travail entre ouverture et fermeture, les relations avec la clientèle et les relations avec le personnel embauché ou repris* ».

<sup>1227</sup> V. par ex. : Soc. 27/06/2012 : n° 11-10442, se référer aux motifs de la cour d'appel cités par le premier moyen de cassation du moyen annexé – Soc. 06/10/2010 : n° 09-40133 – Soc. 09/01/2008 : n° 06-41280.

<sup>1228</sup> *Supra* n° 264.

<sup>1229</sup> Soc. 15/02/2012 : n° 10-21897 – Soc. 19/02/1997 : n° 93-46712 – Soc. 29/10/1980 : n° 79-14352 ; B. n° 789 – V. également : Soc. 19/01/1999 : n° 97-13299 – L'absence de liberté d'embauche est considérée dans 4 des 6 espèces où la requalification a été admise.

commerce (b), inférieur à celui du gérant de succursale (c) et très inférieur à celui du gérant salarié (d)<sup>1230</sup>.

### a - La comparaison du gérant alimentaire avec le locataire-gérant ou gérant-libre

**268. Présentation.** La loi soumet au statut de la location-gérance, « *nonobstant toute clause contraire, tout contrat ou convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls* »<sup>1231</sup>. Ayant la qualité de commerçant<sup>1232</sup> et exploitant à ses risques et périls, le locataire-gérant est conçu comme un indépendant<sup>1233</sup> ; les praticiens et la doctrine le désignent ainsi souvent sous le vocable de *gérant libre*. Cependant, pour que le gérant relève du statut de la location-gérance, la loi n'exige pas qu'il dispose d'un certain degré d'autonomie ou d'indépendance dans sa gestion du fonds exploité<sup>1234</sup> mais seulement qu'il soit locataire de ce fonds et l'exploite à ses risques et péril.

**269. Location d'un fonds.** La notion de concession d'une location renvoie à celle de conclusion d'un bail<sup>1235</sup> et suppose donc qu'une personne puisse jouir d'un bien, pendant une certaine durée, contre un prix<sup>1236</sup>.

Ces conditions sont systématiquement remplies par le gérant alimentaire : il jouit du fonds de commerce, pendant la durée du contrat de gérance et le propriétaire perçoit une contrepartie résidant dans la part du chiffre d'affaires de la succursale qui lui revient.

**270. Exploitation par le locataire à ses risques et périls.** La notion d'exploitation à ses risques et périls n'est pas précisée par la loi et semble conçue assez largement par la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation a admis le cumul de la qualité de locataire-gérant et de gérant de succursale<sup>1237</sup> alors que l'application du droit du travail réduit nettement les risques et périls assumés par le gérant puisqu'il doit toujours percevoir une rémunération égale au SMIC et peut se faire rembourser ses frais professionnels<sup>1238</sup>.

Si la condition est remplie par le gérant de succursale, elle l'est, *a fortiori*, par le gérant alimentaire. En effet, le statut du gérant alimentaire exige la variabilité de la rémunération du gérant et la jurisprudence exclut ainsi du statut les gérants bénéficiant d'une rémunération en partie fixe<sup>1239</sup>. Par ailleurs, elle admet que gérant alimentaire assume les déficits de gestion dans la limite du SMIC et les déficits d'inventaire sans

---

<sup>1230</sup> *Supra* n° 216.

<sup>1231</sup> C. com. art. L. 144-1. – Sur la location-gérance, voir notamment : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, n° 31609 s. – PÉDAMON (M.) et KENFACK (H.), *Droit commercial*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 357 s. – RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 472 s. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), *Droit commercial*, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2010, n° 675 s. – KENFACK (H.), *Location-gérance de fonds de commerce*, Rép. com., 2006, maj. 2014.

<sup>1232</sup> C. com. art. L. 144-2.

<sup>1233</sup> Dans ce sens : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31609 – RIPERT (G.), ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *op. cit.*, n° 472 – KENFACK (H.), *op. cit.*, n° 43.

<sup>1234</sup> Dans ce sens : CUIF (P.-F.), *Contrat de gestion d'entreprise et contrat de gérance-mandat*, JCl. Distrib., fasc. 1425, 2006, n° 7, « *il n'est pas rare que soient stipulées dans les contrats de location-gérance des clauses de "direction d'activité" qui soumettent les gérants à un certain contrôle du propriétaire du fonds* ».

<sup>1235</sup> Sur la question : KENFACK (H.), *op. cit.*, n° 18 s.

<sup>1236</sup> C. civ. art. 1709 « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.* » – Sur les conditions de la qualification de bail : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 614 s. – BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 510 s. – DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 21103 s.

<sup>1237</sup> *Supra* n° 240.

<sup>1238</sup> *Infra* n° 547 s.

<sup>1239</sup> *Supra* n° 262.

limite<sup>1240</sup>. Le gérant alimentaire exploite ainsi, au moins en partie, à ses risques et périls.

**271. Conclusion.** Finalement, il n'existe pas nécessairement de différence de nature ou degré de dépendance entre le gérant alimentaire et le locataire-gérant, les statuts paraissent même cumulables, ce qui infirme l'hypothèse d'une qualification en fonction d'une nature ou d'un degré de dépendance.

Il reste à savoir si cette constatation s'impose également pour le degré de l'échelle où se trouverait le gérant-mandataire du Code de commerce.

## **b - La comparaison du gérant alimentaire avec le gérant-mandataire du Code de commerce**

**272. Distinction formelle des statuts.** Contrairement au gérant alimentaire, le gérant-mandataire du Code de commerce (ci-après gérant-mandataire) n'est pas soumis au droit du travail. Son statut a justement été adopté pour mettre fin aux requalifications en contrats de travail<sup>1241</sup>.

Par ailleurs, le Code de commerce a expressément prévu que les dispositions du statut du gérant-mandataire sont inapplicables au gérant alimentaire<sup>1242</sup> et visait précisément à évincer l'application du droit du travail<sup>1243</sup>. Les deux qualifications semblent donc incompatibles<sup>1244</sup>.

**273. Quasi identité des conditions d'application des statuts.** On s'attendrait donc à ce que les facteurs de dépendance retenus soient très différents. Les définitions légales sont pourtant très proches :

« est gérant non salarié toute personne qui exploite, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des commerces de détail alimentaire [...] 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 »<sup>1245</sup>

« sont qualifiées de "gérants-mandataires" » « 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 »<sup>1246</sup>

Ainsi, bien que respectivement soumis au droit du travail et au droit économique, gérants alimentaires et

<sup>1240</sup> *Infra* n° 549.

<sup>1241</sup> *Supra* n° 206.

<sup>1242</sup> C. com. art. L. 146-1, al. 4, « 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 » (« Gérants-non salariés des succursales de maisons d'alimentation de détail »). Le Code de commerce n'ayant pas été modifié suite à la renumérotation du Code du travail, ces références visent des textes abrogés. S'agissant d'une codification à droit constant, il faut considérer que les références visent dorénavant le Titre II, du Livre III de la partie VII du Code du travail (« Gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire ») – Sur l'absence d'effet substantiel de l'abrogation d'une loi suite à sa codification à droit constant : Com. 30/11/2010 : n° 09-70810 ; B. n° 185 – Civ. 1 27/02/2001 : n° 99-04169 ; B. n° 50 – Com. 04/04/2006 : n° 05-10403 ; B. n° 93 –

<sup>1243</sup> *Supra* n° 206.

<sup>1244</sup> La formule légale est maladroite car si elle prévoit que les dispositions du Code de commerce ne sont pas applicables aux gérants alimentaires du Code du travail, elle n'interdit pas formellement que les dispositions du Code du travail sur le gérant alimentaire soient applicables au gérant-mandataire du Code de commerce. Cette interprétation reviendrait cependant à priver d'effet une partie du statut du gérant-mandataire du Code de commerce lorsque le gérant a une activité alimentaire. Par ailleurs, en présence de qualifications quasi-identiques (n° 273), admettre l'application du Code du travail à un gérant soumis au Code de commerce revient à admettre l'application du Code de commerce à un gérant soumis au Code du travail. La doctrine exclut le cumul entre les deux statuts (MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1216 – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 171 – DISSAUX (N.), *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, D. 2010, p. 667 s., n° 23, note 48) – Sur le cumul entre le statut des gérants-mandataires du Code de commerce et celui des gérants de succursales : *infra* n° 276.

<sup>1245</sup> C. trav. art. L. 7322-1.

<sup>1246</sup> C. com. art. L. 146-1.

gérants-mandataires ont des statuts aux conditions d'application quasi identiques : absence de propriété du fonds géré, rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires, liberté dans les conditions de travail, liberté d'embauche du personnel ou de substitution par un remplaçant.

De même, la loi prévoit que « *la mission [fixée au gérant-mandataire] 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* » et que « *ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat* »<sup>1247</sup>, ce qui fait écho au Code du travail qui prévoit que « *la clause de fourniture exclusive avec vente à prix imposé est une modalité commerciale qui ne modifie pas la nature du contrat* »<sup>1248</sup> et à la jurisprudence qui estime que les contraintes de gestion, d'exploitation et les contrôles afférents n'excluent pas le statut de gérant alimentaire<sup>1249</sup>.

Il semble exister seulement trois différences entre les deux gérants.

La première réside dans le fait que le gérant alimentaire doit être libre « *d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer* » alors que le gérant-mandataire doit être libre « *d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants* ». Cette différence, dont on perçoit mal la raison d'être, pourrait être gommée par la jurisprudence. Elle paraît, en tout cas, mineure. Par ailleurs, la conjonction *ou* étant classiquement à la fois inclusive et exclusive, la condition prévue pour le gérant alimentaire inclut, en principe, les situations visées par celle prévue pour le gérant-mandataire.

La deuxième différence tient dans l'exigence légale que le propriétaire de la succursale exploitée par le gérant-mandataire du Code de commerce assume les risques liés à l'exploitation. Cette différence est cependant très incertaine et ambiguë : d'une part, la notion de risques liés à l'exploitation n'est pas définie<sup>1250</sup> et, d'autre part, les deux statuts ont des incidences sur l'imputation des risques<sup>1251</sup>. Par ailleurs, le statut du gérant alimentaire étant, semble-t-il, indifférent à l'imputation initiale des risques, il n'exclut pas, *a priori*, la situation visée par le statut du gérant-mandataire.

Par conséquent, la seule véritable différence tient au fait que la succursale du gérant alimentaire doit avoir, au moins partiellement, pour activité la vente de produits alimentaires au détail alors que celle du gérant-mandataire peut avoir tout type d'activité.

**274. Conclusion.** Finalement, il apparaît que deux gérants connaissant un degré et une nature de dépendance identique pourront avoir les qualités de gérant alimentaire ou gérant-mandataire et être soumis au droit du travail ou seulement au droit économique uniquement si l'activité a pour objet, dans une proportion non déterminée, la distribution au détail de produits alimentaires. Or, la distribution de produits alimentaires ne paraît pas entraîner, en elle-même, une dépendance particulière qui ne pourrait se retrouver dans d'autres activités de distribution<sup>1252</sup>. Par conséquent, l'application ou non du droit du travail dépend de

---

<sup>1247</sup> C. com. art. L. 146-1, al. 2 – *Supra* n° 207.

<sup>1248</sup> C. trav. art. L. 7322-2, al. 2.

<sup>1249</sup> *Supra* n° 265.

<sup>1250</sup> *Supra* n° 210 et *infra* n° 555.

<sup>1251</sup> *Infra* n° 547 s. et 552 s.

<sup>1252</sup> Le préambule de l'accord national du 18/07/1963 concernant les gérants non salariés des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés "gérants mandataires" expose que les « garanties, reconnues aux gérants non salariés en application des articles [...] du code du travail, tiennent compte du caractère spécifique de leur profession » et que « cette spécificité est liée au fait qu'en vue d'assurer le plus souvent un indispensable service de proximité, les succursales sont disséminées sur le territoire et fort éloignées, dans bien des cas, des directions des sociétés qui en sont propriétaires ». Il faut constater que

la nature des produits distribués et non de la nature ou du degré de dépendance du distributeur. Le gérant alimentaire apparaît ainsi placé au même degré de dépendance que le gérant-mandataire, ce qui infirme partiellement l'hypothèse posée.

Il reste alors à savoir s'il se place à un degré d'indépendance supérieur au gérant de succursale.

### c - La comparaison du gérant alimentaire avec le gérant de succursale

**275. Présentation.** Le gérant alimentaire est présenté comme un gérant de succursale particulier, jouissant d'une plus grande indépendance<sup>1253</sup>.

**276. Différences de conditions d'application.** Cependant, les conditions d'application des statuts de gérant alimentaire et de gérant de succursale sont différents sans qu'il soit possible de distinguer clairement des natures et degrés de dépendance différents. En effet, les conditions du statut de gérant de succursale sont indifférentes pour l'application du statut de gérant alimentaire et réciproquement.

|                                                                                                                        | Gérant de succursale               | Gérant alimentaire                        |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|-------------------------------------------|
| Activité essentiellement de distribution exclusive ou presque exclusive des produits ou services d'un seul fournisseur | Nécessaire                         | Indifférent                               |
| Local fourni ou agréé                                                                                                  | Nécessaire                         | Nécessairement fourni                     |
| Conditions de vente imposées                                                                                           | Nécessaire                         | Indifférent                               |
| Prix de vente imposés                                                                                                  | Nécessaire                         | Indifférent                               |
| Non propriété des moyens d'exploitation                                                                                | Indifférent<br>(sauf local fourni) | Nécessaire                                |
| Liberté d'embauche de salariés                                                                                         | Indifférent                        | Nécessaire                                |
| Liberté de se faire remplacer                                                                                          | Indifférent                        | Nécessaire                                |
| Absence de lien de subordination (direction, contrôle, sanction)                                                       | Indifférent                        | Nécessaire mais appréciation particulière |
| Activité de commerce de détail alimentaire                                                                             | Indifférent                        | Nécessaire                                |

Par ailleurs, les conditions ne s'excluant pas les unes les autres, les qualifications peuvent potentiellement entrer en conflit<sup>1254</sup>.

**277. Conclusion.** Finalement, il apparaît impossible d'affirmer que le gérant alimentaire serait plus ou moins dépendant que le gérant de succursale. Ces gérants peuvent être à un degré de dépendance identique ou comparable. La distinction peut également être totalement impossible et les qualifications entrer en conflit. Ces constatations complètent l'infirmité de l'hypothèse d'une distinction entre les gérants par des différences de degré de dépendance.

Reste à comparer les degrés de dépendance du gérant alimentaire et du salarié de droit commun.

---

cette spécificité n'en est plus une puisqu'elle existe aujourd'hui dans pratiquement tous les secteurs de la distribution et pas seulement dans la distribution alimentaire.

<sup>1253</sup> *Supra* n° 258.

<sup>1254</sup> V. par ex. : Soc. 13/04/2005 : n° 03-40489, la cour d'appel avait jugé que « le respect des dispositions de l'article L. 782-1 du Code du travail [statut du gérant alimentaire] interdit [au gérant] [...] de solliciter la requalification de son engagement sur le fondement de l'article L. 781-1, alinéa 2, du Code du travail [(statut du gérant de succursale)] », la Cour de cassation juge « qu'en statuant ainsi alors qu'il lui appartenait de rechercher si les conditions énoncées par l'article L. 781-1, alinéa 2, du Code du travail n'étaient pas en fait réunies, la cour d'appel a violé le texte susvisé » – Un cumul est envisageable mais a peu d'intérêt car la loi prévoit que les règles du statut des gérants de succursales s'appliquent aux gérants alimentaires sous réserve des dispositions particulières de son statut (C. trav. art. L. 7322-1).



## **d - La comparaison du gérant alimentaire avec le gérant salarié de droit commun**

**278. Présentation.** Lorsqu'un contrat de travail de droit commun est caractérisé, le gérant est qualifié de gérant salarié et le statut du gérant alimentaire est inapplicable<sup>1255</sup>.

**279. Critique des raisonnements de distinction.** Il a été mis en évidence que les approches du lien de subordination excluant le statut de gérant alimentaire étaient comparables à celles retenues pour la franchise et la concession<sup>1256</sup>. Elles appellent les mêmes critiques<sup>1257</sup>.

Tout d'abord, des pouvoirs caractérisant une subordination juridique sont ignorés car considérés comme inhérents à la gérance de succursale. Pourtant, il apparaît impossible de distinguer la direction et le contrôle qui seraient caractéristiques du contrat de travail de la direction et du contrôle qui seraient inhérents aux relations entre le propriétaire d'une succursale et son gérant non salarié. De plus, en principe, la nature des relations n'importe pas pour qualifier la subordination juridique.

Ensuite, la distinction des contraintes portant sur l'aspect commercial de l'activité et de celles portant sur les conditions de travail du gérant est artificielle, ces deux aspects étant liés et difficilement dissociables. Le raisonnement conduit également à ignorer la dépendance commerciale dans une activité commerciale et décale le raisonnement sur les sujétions périphériques au travail alors même que le gérant peut être privé d'indépendance technique (approvisionnement, prix, présentation et publicité imposés). Par ailleurs, le statut exclut la subordination juridique lorsque le gérant est libre de ses horaires personnels et dispose d'une liberté d'embauche alors même qu'un cadre salarié – qualification supposant l'existence d'un lien de subordination<sup>1258</sup> – peut avoir ces mêmes libertés. L'approche est manifestement datée, en décalage avec l'évolution du lien de subordination.

Enfin, il est difficile de déterminer un degré de contraintes à partir duquel un gérant alimentaire devrait être qualifié de gérant salarié<sup>1259</sup>. Raisonner en termes de degrés conduit ainsi à faire dépendre l'application du statut de la conception qu'a le juge saisi de l'indépendance du gérant alimentaire.

**280. Conclusion.** Finalement, il apparaît impossible de distinguer entre, d'une part, un cadre salarié rémunéré à la performance ayant pour mission de gérer une ou plusieurs succursales de vente au détail alimentaire qui sera considéré comme lié par un contrat de travail de droit commun et subordonné juridiquement et, d'autre part, un gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire qui sera considéré comme non lié par un contrat de travail de droit commun et non subordonné juridiquement. L'hypothèse d'une distinction entre les gérants par des différences de degré de dépendance est ainsi totalement infirmée. La qualification de la dépendance par le statut du gérant alimentaire caractérise plutôt un rattachement au droit du travail lié à des considérations sectorielles dépassées.

### **CONCLUSION DU PARAGRAPHE 1**

**281. Constatation.** L'étude des conditions des statuts spéciaux du droit du travail met en évidence des

---

<sup>1255</sup> *Supra* n° 265.

<sup>1256</sup> *Supra* n° 265

<sup>1257</sup> Sur ces critiques : *supra* n° 147 s.

<sup>1258</sup> *Supra* n° 91.

<sup>1259</sup> Comparer les arrêts cités *supra* n° 265.

chevauchements importants entre les qualifications.

**282. Exemple.** Considérons une personne dont la seule activité consiste à gérer la supérette de distribution alimentaire et non alimentaire d'une enseigne nationale. Le gérant n'est pas propriétaire de la supérette et ses revenus sont constitués par des commissions sur les ventes. Affilié à une centrale d'achat, il est tenu à une exclusivité d'approvisionnement auprès de fournisseurs sélectionnés par l'enseigne – notamment pour des produits de marque de distributeur – et 80 % du chiffre d'affaires est constitué par la vente de ces produits dont les prix de vente à la clientèle sont fixés par l'enseigne. Celle-ci fournit d'ailleurs un logiciel de caisse spécifique permettant d'automatiser une partie de la gestion. De plus, afin d'assurer une certaine uniformité de ses supérettes arborant son logo et distribuant ses marques de distributeur à l'égard de la clientèle, l'enseigne impose le respect d'un livre de normes portant notamment sur l'agencement du magasin, la présentation des produits, la gestion des stocks, la tenue vestimentaire du personnel, la manière d'aborder les clients et la tenue de la comptabilité. Le contrat prévoit également que la supérette doit être ouverte de 8 heures à 22 heures du Lundi au Samedi et de 9 heures à 13 heures le Dimanche mais le gérant dispose d'une liberté d'embauche et de remplacement et est libre de ses horaires personnels de travail. Il est prévu qu'il assume les déficits de gestion et les déficits d'inventaire. Différentes informations sont transmises quotidiennement au siège de l'enseigne (chiffre d'affaires, produits vendus, état des stocks, etc.) afin notamment de calibrer la production, les livraisons, d'adapter la politique commerciale et de calculer les commissions. Régulièrement, des inspecteurs viennent contrôler le bon respect des normes, la bonne tenue du magasin dans le but notamment de préserver l'image de l'enseigne. Les inspecteurs rédigent des rapports comportant, le cas échéant, des recommandations et avertissements en cas d'écarts constatés. Le contrat du gérant précédant a d'ailleurs été rompu après de multiples avertissements non suivis d'effet.

Ce gérant remplit à la fois les conditions du contrat de travail de droit commun (prestation de travail à titre onéreux, pouvoir de direction, de contrôle et de sanction, absence de moyens matériels propres, absence de clientèle propre, ambiguïté de la charge des risques, ambiguïté de la liberté d'embauche), du statut du gérant de succursale (activité essentiellement de vente de produits fournis presque exclusivement par un fournisseur ou les fournisseurs agréés par lui, local fourni, conditions et prix de vente imposés par ce fournisseur), du statut du gérant alimentaire (activité partielle de distribution alimentaire, non propriété des moyens d'exploitation, rémunération à la commission, liberté d'embauche et de remplacement, absence de fixation des conditions de travail et donc de subordination stricte), du statut du gérant-mandataire du Code de commerce (rémunération à la commission, liberté de détermination des conditions de travail, liberté d'embauche et de remplacement, indifférence des normes et contrôles imposés) et du statut du locataire-gérant (exploitation à ses risques et périls d'un fonds de commerce appartenant au cocontractant qui en donne la jouissance au gérant moyennant une contrepartie pécuniaire). Aucune qualification ne s'impose de façon évidente. La qualification dépendra de l'importance que le juge saisi décidera d'accorder au pouvoir direction, contrôle et sanction ou à la marge de liberté laissée au gérant, à la part de l'activité concernant des produits alimentaires, à son choix de retenir la répartition des risques opérée par les parties comme un indice ou de la remettre en cause et à sa conception de l'exploitation aux *risques et périls*.

**283. Infirmerie de l'hypothèse.** Par conséquent, alors que les statuts spéciaux des gérants du Code du travail sont présentés comme appréhendant des situations de dépendance intermédiaires entre le contrat de

travail de droit commun et l'indépendance, il n'en est rien. Les conditions des statuts se chevauchent et détachent, partiellement ou totalement, la qualification de la nature ou du degré de dépendance du distributeur. L'hypothèse d'une appréhension par les statuts spéciaux de natures ou degrés de dépendance intermédiaires et de l'existence d'une échelle de degrés de dépendance est donc infirmée.

**284. Obsolescence des statuts.** Les statuts spéciaux des gérants apparaissent, en réalité, comme la subsistance d'une prise en compte de situations catégorielles de distributeurs qui étaient, pour le législateur, exclus à tort du droit du travail dans les années 40. Or, ces distributeurs y seraient certainement intégrés aujourd'hui puisque le lien de subordination a connu, en 70 ans, un assouplissement considérable ayant notamment conduit, à partir des années 2000, à soumettre au droit du travail de nombreux gérants-mandataires sans passer par les statuts spéciaux mais en requalifiant directement leurs conventions en contrat de travail de droit commun<sup>1260</sup>.

Il reste à savoir si ce constat concerne aussi le statut du voyageur, représentant ou placier adopté en 1937.

## **§2 – La qualification de la dépendance par le statut du voyageur, représentant ou placier**

**285. Présentation.** Depuis une loi du 18 juillet 1937<sup>1261</sup>, le Code du travail prévoit que ses dispositions « *sont applicables au voyageur, représentant ou placier sous réserve des dispositions particulières* »<sup>1262</sup> de son statut d'ordre public<sup>1263</sup>. Ce statut est souvent présenté comme appréhendant une situation de dépendance intermédiaire entre le représentant salarié de droit commun et le représentant indépendant<sup>1264</sup>.

**286. Plan.** Or, pour être qualifié de VRP, le travailleur doit satisfaire à des conditions distinctes de la subordination juridique (A) et qui ne permettent pas de le distinguer clairement de l'agent commercial qui exerce une profession comparable de représentation commerciale mais à titre indépendant (B).

### **A – Les conditions de la qualification de VRP**

**287. Définition légale.** L'article L. 7311-3 du Code du travail qualifie de VRP « *toute personne qui :*

- 1° Travaille pour le compte d'un ou plusieurs employeurs ;*
- 2° Exerce en fait d'une façon exclusive et constante une profession de représentant ;*
- 3° Ne fait aucune opération commerciale pour son compte personnel ;*
- 4° Est liée à l'employeur par des engagements déterminant :*
  - a) La nature des prestations de services ou des marchandises offertes à la vente ou à l'achat ;*
  - b) La région dans laquelle il exerce son activité ou les catégories de clients qu'il est chargé de visiter ;*
  - c) Le taux des rémunérations ».*

---

<sup>1260</sup> *Supra* n° 86 s. et 206.

<sup>1261</sup> Loi du 18/07/1937 *instituant le statut légal des voyageurs, représentants et placiers du commerce et de l'industrie* : JORF 20/07/1937, 8162, codifiée aux articles L. 7311-1 et suivants du Code du travail.

<sup>1262</sup> C. trav. art. L. 7311-1.

<sup>1263</sup> C. trav. art. L. 7313-4.

<sup>1264</sup> *Infra* n° 289.

**288. Maladresses législatives.** La loi utilise plusieurs fois le terme d'« *employeur* » ce qui pourrait laisser penser que, pour bénéficier du statut, le travailleur doit être lié par un contrat de travail et connaître une subordination juridique. Cette interprétation ferait cependant perdre toute utilité à l'article L. 7311-1 du Code du travail qui prévoit que « *les dispositions du présent code sont applicables au voyageur, représentant ou placier, sous réserve des dispositions du [statut]* » et surtout à l'article L. 7313-1 qui prévoit que « *toute convention dont l'objet est la représentation, conclue entre un voyageur, représentant ou placier et un employeur est, nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, un contrat de travail* ». Ce dernier texte est lui-même contradictoire car si le contrat est conclu avec un « *employeur* », c'est que le rapport entre les parties a déjà été qualifié de contrat de travail, la présomption irréfragable serait donc sans intérêt. Il faut ainsi ignorer ces maladresses rédactionnelles et entendre le terme d'« *employeur* » comme celui plus générique de *donneur d'ordre* afin de ne pas préjuger de la qualification du contrat<sup>1265</sup>. L'application des dispositions du Code du travail et la présomption irréfragable de contrat de travail apparaissent alors logiquement comme des effets de la qualification de VRP.

**289. Indifférence de la subordination juridique.** Par ailleurs, jusqu'au début des années 70, la jurisprudence distinguait le représentant salarié de droit commun et le VRP<sup>1266</sup>. La doctrine exposait ainsi qu'une direction ou un contrôle trop strict de la prospection était un obstacle à l'application du statut et que le VRP devait donc être dans une situation intermédiaire entre le salarié et l'indépendant<sup>1267</sup>. Sur le fondement de ces arrêts – aujourd'hui anciens –, la majorité de la doctrine continue à soutenir que le VRP doit bénéficier d'une « *autonomie dans la conduite de sa prospection* » qui « *suppose l'absence d'un lien étroit de subordination* »<sup>1268</sup> mais qui serait moins importante que celle d'un agent commercial<sup>1269</sup>. Il

<sup>1265</sup> Contra : LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, 6<sup>e</sup> éd., Delmas, 2005, n° 323, soutenant que « l'article L. 751-1 en visant, à trois reprises, l'employeur implique un pouvoir de direction et un lien de subordination » et que « l'emploi de ce mot est incompatible avec une relation entre entreprises indépendantes ». Cette interprétation est très critiquable car elle rend inutile la présomption de contrat de travail, elle en plus clairement rejetée par la jurisprudence qui juge que l'absence de lien de subordination n'exclut pas la qualification de VRP (n° 289).

<sup>1266</sup> V. par ex. : Soc. 20/05/1966 : B. n° 479, l'intéressé « *exerçait ses fonctions à l'intérieur de l'entreprise selon un horaire fixe et ne travaillait à l'extérieur que pour y visiter les clients qui lui avaient été indiqués par [le donneur d'ordre] qu'il s'ensuivait qu'il ne pouvait prétendre à l'application [du statut de VRP]* » – Soc. 10/06/1965 : B. n° 447, « *les visites à faire par le salarié étaient imposées par la société, dans un cadre strict et conformément à des fiches préétablies, ce qui excluait toute véritable prospection* » – Soc. 2/02/1962 : B. n° 151 – Soc. 21/04/1961 : B. n° 439 – Com. 20/02/1959 : B. n° 227 – V. également : Soc. 18/03/1970 : n° 69-40127 ; B. n° 206.

<sup>1267</sup> DESPAX (M.), *Représentants statutaires et représentants salariés de droit commun après la promulgation de la loi n°73-463 du 9/05/1973 précisant le statut professionnel des VRP*, in Mél. A. Brun, Institut d'études du travail et de la sécurité sociale, 1974, p. 165 s., « *ce qui caractérise la condition juridique du V.R.P. statutaire c'est, d'une part « l'absence de subordination juridique stricte » mais aussi « le maintien d'une dépendance relative » (p. 176), « encore qu'il soit difficile de tirer de la jurisprudence des conclusions définitives, tant les circonstances de fait sont variables d'une espèce à l'autre, il apparaît assez nettement que pour les tribunaux l'existence d'un contrôle patronal extrêmement étroit, sur l'organisation des tournées du représentant, permet de considérer que celui qui en fait l'objet est un salarié ordinaire et non pas un V.R.P. statutaire » (p. 178) mais « la difficulté provient, en la matière, de ce que les représentants « statutaires » sont eux aussi des salariés. En tant que tels, ils peuvent recevoir des instructions et directives auxquelles ils sont tenus de se conformer, tout en jouissant d'une certaine liberté d'action » (p. 179). « Un salarié, fut-il V.R.P. statutaire, ne peut refuser de rendre compte de son activité. Par contre, une surveillance constante et minutieuse et un contrôle a priori de l'activité ne paraît pas, en jurisprudence, compatible avec le minimum d'indépendance dont il est, compte tenu de sa qualification, en droit de jouir dans ses rapports avec son employeur » (p. 179). – Voir également : COLICHE (E.), *La condition des représentants, voyageurs et placiers du Commerce et d'Industrie*, SAIEN, 1938, p. 44 s., les VRP sont des « *attachés non étroitement subordonnés* ».*

<sup>1268</sup> GRIGNON (P.), *VRP*, Rep. trav. Dalloz, 2007, maj. 2012, n° 33, citant uniquement des sources antérieures aux années 70 à l'exception d'un arrêt d'appel de 1983 et d'un arrêt de cassation hors sujet (Soc. 13/03/2001 : n° 99-41812).

<sup>1269</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 919, soutenant que si le représentant « *prospector à sa guise, il est un agent commercial et non un VRP* » en se référant exclusivement à un arrêt de 1959 (Soc. 09/01/1959 : JCP 1959.II.1195, P. Bizière) – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 109 s., le VRP « *bénéficie d'une autonomie en ce sens qu'il a le pouvoir de déterminer lui-même les conditions d'accomplissement de sa prospection* » et que « *sans cette autonomie, le VRP doit être traité comme un salarié soumis aux règles communes du droit du travail* ». Les auteurs citent comme seules sources l'article de Despax de 1974 (op. cit.) et un arrêt jugeant que « *les VRP, du fait que leur activité s'effectue en dehors de tout établissement et de l'indépendance dont ils bénéficient dans l'exercice de leurs fonctions, ne sont, en principe, pas soumis aux dispositions légales relatives à la réglementation de la durée du travail* » (Soc. 08/06/2011 : n° 09-41000 ; B. n° 49). Ils soutiennent néanmoins ensuite que cette autonomie doit être « *limitée, sans quoi le VRP ne se trouverait plus dans un état de dépendance qui justifie précisément l'application du droit social* » si bien qu'il « *doit en particulier être tenu de se conformer aux instructions données par son employeur, d'effectuer des tournées selon les consignes fixées par l'employeur en respectant notamment [...] le « cycle de représentation » [...] et rendre compte de ses diligences* » (n° 110) et que « *l'autonomie du VRP, très grande en 1937*

existerait ainsi trois degrés de dépendance : le plus prononcé correspondrait à celui du représentant salarié de droit commun, le degré intermédiaire à celui du VRP et le degré le plus faible à celui de l'agent commercial.

Cependant, outre le fait que la distinction entre ces degrés est extrêmement confuse en doctrine<sup>1270</sup>, elle ne semble plus correspondre à la jurisprudence postérieure aux années 60. Depuis, la Cour de cassation a clairement affirmé que « l'existence ou non d'un lien de subordination » était indifférente<sup>1271</sup>. Pour elle, l'imposition d'une liste des clients à visiter<sup>1272</sup>, de directives ou instructions<sup>1273</sup> ou d'un contrôle de l'activité du représentant<sup>1274</sup> et notamment d'une obligation de rendre compte<sup>1275</sup>, même journalière<sup>1276</sup>, n'exclut pas la qualité de VRP<sup>1277</sup>. « L'inobservation [...] réitérée des instructions de son employeur », le « non-respect des itinéraires prescrits par son employeur, et l'établissement de faux rapports de visite de clients » par un VRP est même susceptible de constituer une faute grave justifiant son licenciement sans préavis et indemnité<sup>1278</sup>.

Inversement, la Cour de cassation juge de façon constante et claire, depuis un arrêt publié de 1972, que

---

quand son éloignement de l'entreprise entraînait une totale indépendance dans son activité, se trouve aujourd'hui considérablement réduite par les techniques de communication directe (téléphonie portable, géolocalisation) et les procédures de télétraitement des commandes (ordinateur portable établissant une liaison immédiate avec l'entreprise) » (n° 111). Par ailleurs, les auteurs soutiennent l'« autonomie » dont il jouit « permet de distinguer l'agent commercial d'un diffuseur lié par un contrat de travail et notamment d'un VRP » (n° 191) – CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Statut - Conclusion du contrat*, JCl. Distrib., fasc. 3440, 2012, « le VRP n'est pas un indépendant. L'existence d'un lien de subordination juridique à l'égard de l'employeur, même s'il est atténué, existe [sic]. Il conduit notamment, à distinguer le VRP d'autres représentants, notamment des agents commerciaux » (n° 1). L'auteur semble ensuite se contredire en soutenant que « le représentant dispose fréquemment, de fait, pour accomplir efficacement sa mission de prospection d'une certaine liberté d'action » mais que « cette circonstance, qui parfois affecte le lien de subordination, ne saurait cependant conduire les juges à lui dénier la qualité de représentant statutaire » et que la présence d'un « contrôle de l'activité du salarié, qu'elle s'exerce en amont de la prospection ou en aval – obligation de rendre compte, rapport d'activité – n'est pas incompatible avec le bénéfice du statut légal » et ajoute que « dès lors que les conditions objectives énoncées par l'article L. 7311-3 du Code du travail sont réunies peu importe "l'existence ou non d'un lien de subordination juridique" » (n° 24) – MENDOZA-CAMINADE (A.), *Droit de la distribution*, Montchrestien, 2011, n° 138, soutenant, sans fondement légal ou jurisprudentiel, que « dans l'organisation de son travail, cette indépendance permet de distinguer le VRP du salarié de droit commun » mais qu'elle « est relative : le VRP est libre de déterminer les conditions de mise en œuvre de sa prospection mais il doit respecter les instructions données par son employeur et lui rendre compte de son activité » – GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, 12<sup>e</sup> éd., Economica, 2003, n° 803, « le VRP, à la différence de l'agent commercial, doit être placé sous la subordination de son employeur, dont il exécute les directives. Mais ce lien est moins étroit que celui qui pèse sur un salarié ordinaire, du fait notamment que le représentant exerce son activité à l'extérieur » et citant un unique arrêt concernant la distinction entre VRP et agent commercial (Soc. 06/12/1990 : n° 88-13686 ; B. n° 624) – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 403 s., distinguant « le salarié de droit commun » qui « n'exerce pas son activité de manière indépendante », le VRP dont « l'autonomie [...] est un peu plus grande que celle d'un quelconque salarié, car il travaille en dehors de locaux de l'entreprise » et les mandataires qui sont indépendants bien que jouissant d'une « autonomie relative » – Comp. : DISSAUX (N.), *Agent commercial*, JCl. Com., fasc. 324, 2012, maj. 2014, n° 9, constatant que « le lien de subordination ne permet [...] que malaisément de distinguer [...] l'agent commercial et le VRP » et proposant de le compléter par des critères tenant à la liberté de créer une entreprise et de la transmettre.

<sup>1270</sup> Note préc. – Dans ce sens pour la distinction entre VRP et agent commercial : GRIGNON (P.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Préf. J.-M. Mousseron et D. Ferrier, BDE, t. 44, Litec, 2000, n° 171.

<sup>1271</sup> Soc. 04/01/1979 : n° 77-41163 ; B. n° 9, « peu important l'existence ou non d'un lien de subordination et les stipulations du contrat, la cour d'appel [...] a estimé que X... exerçait sa profession dans les conditions requises par la loi pour bénéficier du statut de représentant ».

<sup>1272</sup> Soc. 08/11/1972 : n° 71-40689 ; B. n° 318, « les juges du fond énoncent que si une liste des clients à visiter avait été remise à Talandier, [...] l'indépendance totale du représentant n'est pas nécessaire pour qu'il puisse prétendre au bénéfice du statut légal ».

<sup>1273</sup> V. par ex. : Soc. 2/06/2010 : n° 08-43525 – Soc. 27/02/1992 : n° 89-21375 ; B. n° 139 – Soc. 04/01/1979 : n° 77-41163 ; B. n° 9/

<sup>1274</sup> V. par ex. : Soc. 11/01/2012 : n° 10-17599, « l'exercice d'un contrôle par l'employeur de l'activité des représentants » n'est pas de nature à écarter à lui seul le statut de VRP – Soc. 15/01/2002 : n° 99-45694, « le salarié bénéfici[e] du statut de VRP nonobstant le fait qu'il était soumis à un contrôle de son activité ».

<sup>1275</sup> Soc. 12/12/2000 : n° 98-43898, « l'exigence [...] de rendre compte n'exclu[t] nullement l'application du statut des VRP » – Soc. 04/01/1979 : n° 77-41163 ; B. n° 9, reddition de compte hebdomadaire – L'article 2 de l'Accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 03/10/1975 prévoit d'ailleurs qu'il s'applique aux représentants de commerce « qui rendent effectivement compte de leur activité à leurs employeurs dès lors que ceux-ci en ont fait la demande » (pour une application : Soc. 22/01/1998 : n° 94-44192).

<sup>1276</sup> Dans ce sens : Soc. 18/02/2015 : n° 13-26317, constitue « une faute grave rendant impossible le maintien dans l'entreprise » le refus d'un VRP de « fournir des rapports journaliers d'activité » conformément aux prévisions de son contrat.

<sup>1277</sup> En revanche, une embauche pour une durée de travail hebdomadaire déterminée pourrait être prise en compte pour exclure le statut : Soc. 12/04/2012, 2 arrêts : n° 10-27076 et n° 10-27075, en relevant notamment qu'« alors que le négociateur immobilier VRP ne relève pas de la réglementation de la durée du travail, l'intéressé avait été embauché pour une durée de travail hebdomadaire de 35 heures, la cour d'appel a pu en déduire que l'intéressé ne pouvait prétendre au statut de VRP ». Il s'agit cependant vraisemblablement d'un arrêt d'espèce car la Cour de cassation se limite à un contrôle léger (« a pu ») et avait jugé en 2011 que « si les conditions particulières de l'exercice de l'activité de VRP et principalement l'indépendance dont ils jouissent dans l'organisation de leur travail ne rendent pas nécessaire la mention dans le contrat de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou, le cas échéant, les semaines du mois, les conditions de la modification éventuelle de cette répartition et les limites dans lesquelles peuvent être effectuées les heures complémentaires, en revanche la durée hebdomadaire ou le cas échéant mensuelle du travail, qui seule permet de qualifier le contrat à temps partiel, doit y figurer » (Soc. 18/01/2011 : n° 09-41073) – Sur la question : *infra* n° 547.

<sup>1278</sup> Soc. 26/05/1981 : n° 79-42010 ; B. n° 478.

« l'absence de lien de subordination entre les parties n'est pas à elle seule exclusive du statut légal de VRP » et qu'il appartient donc aux juges du fond de « rechercher [...] si dans l'exercice effectif de son activité [le représentant] rempli[t] les conditions pour bénéficier de ce statut »<sup>1279</sup>. En l'état actuel de la jurisprudence, le VRP peut donc être ou non dans un état de subordination juridique à l'égard de ses donneurs d'ordres.

**290. Plan.** Par suite, la qualification est uniquement attachée à la satisfaction des facteurs de dépendance posés par la loi<sup>1280</sup>. Ceux-ci concernent à la fois l'activité professionnelle exercée (1) et le contenu des engagements liant le travailleur avec ses donneurs d'ordres (2).

## **1 – Les conditions tenant à l'activité professionnelle exercée**

**291. Conditions cumulatives.** Pour être susceptible de relever du statut de VRP, le distributeur doit exercer une activité professionnelle satisfaisant plusieurs conditions légales cumulatives.

**292. Exercice en fait d'une façon exclusive et constante de la profession de représentant.**

Premièrement, il doit « *exerce[r] en fait d'une façon exclusive et constante une profession de représentant* » « *pour le compte d'un ou plusieurs* » donneurs d'ordres<sup>1281</sup>.

La loi ne définit pas la notion de « *représentant* » et ne précise pas si elle suppose l'existence d'un contrat de représentation parfaite (mandat) ou imparfaite (commission). La doctrine et la jurisprudence ont entendu la notion dans un sens plus général et économique de prospection de la clientèle et de négociation et passation de contrats avec elle<sup>1282</sup>. La représentation commerciale supposerait ainsi, d'une part, la recherche d'une clientèle<sup>1283</sup> et, d'autre part, la prise d'ordres<sup>1284</sup>, c'est-à-dire la prise de commandes mais la jurisprudence exige parfois un pouvoir de conclure le contrat<sup>1285</sup>.

En principe, le travailleur doit se livrer exclusivement à cette activité mais le législateur a ajouté une

---

<sup>1279</sup> Soc. 13/01/2009 : n° 08-40157 ; B. n° 10 – Soc. 26/11/2002 : n° 01-40121, « l'absence de lien de subordination entre les parties n'est pas à elle seule exclusive de statut légal de VRP » – Soc. 16/07/1987 : n° 84-43516, « l'existence d'un lien de subordination n'est pas exclusive de la qualité de VRP, la cour d'appel qui aurait dû rechercher si M. X... remplissait les conditions du statut de VRP » – Soc. 04/01/1979 : n° 77-41163 ; B. n° 9 – Soc. 18/02/1976 : n° 74-40737 ; B. n° 104, « l'absence d'un lien de subordination n'était pas à elle seule exclusive du statut légal » de VRP – Soc. 29/06/1972 : n° 71-40700 ; B. n° 479, « le lien de subordination n'est pas exigé pour le voyageur, représentant, placier » – V. également : Soc. 23/04/1980 : n° 77-14625 ; B. n° 340, reconnaissant le statut de VRP à un représentant « *peu important [...] qu'il eut bénéficié d'une certaine liberté d'action* » – Soc. 03/01/1974 : n° 71-12056 ; B. n° 1, reconnaissant la qualité de VRP à une personne dont la « *mission de prospection qui s'exerçait à l'étranger supposait par elle-même des initiatives importantes* » – Soc. 30/01/1967 : B. n° 102, rejetant le moyen soutenant que les juges avaient reconnu la qualité de VRP sans rechercher « *si l'indépendance laissée à l'intéressé, ainsi que l'absence de tout lien de subordination n'étaient pas incompatibles avec un contrat de louage de services* ».

<sup>1280</sup> Dans ce sens : CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Statut - Conclusion du contrat*, JCl. Distrib., fasc. 3440, 2012, n° 24.

<sup>1281</sup> C. trav. art. L. 7311-3, 1° et 2°.

<sup>1282</sup> Le représentant de commerce est « *un professionnel de la distribution qui a pour mission de proposer ou passer des contrats* » (CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014) – GRIGNON (P.), *VRP, op. cit.*, n° 22 s.

<sup>1283</sup> Dans ce sens : Soc. 15/03/2006 : n° 04-40541, « *la cour d'appel, qui a constaté que les salariés n'apportaient aucune preuve d'une activité personnelle de prospection, a pu en déduire qu'ils ne pouvaient prétendre à la qualité de VRP* ».

<sup>1284</sup> Dans ce sens : Soc. 18/10/2006 : n° 04-48025, excluant le statut au motif notamment que « *le salarié ne [...] ne prenait pas des ordres [...] et n'avait pas développé une clientèle personnelle* » – Soc. 10/05/2005 : n° 03-42391 – Soc. 27/10/1999 : n° 97-41935 – Soc. 03/06/1998 : n° 94-40143 – Soc. 02/03/1989 : n° 86-43667 ; B. n° 177

<sup>1285</sup> Exigeant un pouvoir de conclure : Soc. 12/01/2011 : n° 09-70191 – Soc. 18/07/2001 : n° 99-43339, « *la prise d'ordre est une condition nécessaire à l'application du statut de VRP ; que la personne chargée seulement de visiter les clients que lui indique son employeur sans pouvoir conclure elle-même un contrat n'exerce pas une activité de VRP* » – Se contentant d'un pouvoir de prise de commandes : Soc. 12/07/2007 : n° 06-40248 – Soc. 16/05/2007 : n° 05-44978 ; RLDA 2008, 1423, P. Grignon ; JCP S 2007, 1675, J.-F. CESARO, « *la nécessité de l'acceptation par l'entreprise des commandes transmises par le salarié ne modifiait pas la nature de ses fonctions qui consistaient à démarcher une clientèle sur un secteur contractuellement défini pour prendre et transmettre des ordres* » Soc. 29/01/2003 : n° 01-40288 – Sur la question : CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Statut - Conclusion du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-10, 2012, n° 23 – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *op. cit.*, n° 629. – GRIGNON (P.), *VRP, op. cit.*, n° 34 s.

exception en 1973<sup>1286</sup> en précisant que le statut s'applique « *au voyageur, représentant ou placier exclusif, ainsi qu'au salarié qui, conjointement à l'exercice effectif et habituel de la représentation, accepte de se livrer à d'autres activités, quelle qu'en soit la nature, pour le compte d'un ou plusieurs de ses employeurs* »<sup>1287</sup>. Le représentant peut donc réaliser diverses tâches n'entrant pas dans la représentation commerciale à condition qu'elle soit pour le compte de ceux qu'il représente et que l'activité de représentation commerciale soit prépondérante<sup>1288</sup>.

**293. Absence d'opération commerciale pour son compte personnel.** La deuxième condition tenant à l'activité professionnelle exercée est que le représentant ne fasse « *aucune opération commerciale pour son compte personnel* »<sup>1289</sup>. Par conséquent les donneurs d'ordres doivent absorber l'ensemble de l'activité du distributeur qui renonce ainsi sa liberté d'entreprendre<sup>1290</sup>.

**294. Conclusion.** Finalement, la combinaison de ces conditions revient à exiger une dépendance économique au sens où l'entendait Cuche<sup>1291</sup> : le distributeur doit tirer de son activité de distribution son unique ou principal moyen d'existence et le fournisseur absorber intégralement et régulièrement son activité, à la nuance que cette dépendance peut être atténuée par une activité pour plusieurs donneurs de travail<sup>1292</sup>.

Cette dépendance est cependant insuffisante à emporter la qualification de VRP, la loi exigeant, en outre, la satisfaction de conditions tenant au contenu des engagements pris avec les donneurs d'ordres.

## **2 – Les conditions tenant au contenu des engagements**

**295. Exigence d'engagements déterminant la nature des biens ou services, la région ou clientèle prospectée et le taux des rémunérations.** La loi subordonne la qualification de VRP au fait que les « *engagements* » avec les donneurs de travail déterminent trois éléments : la nature des biens ou services offerts à la vente, la région d'exercice de l'activité ou la catégorie de clientèle prospectée et le taux des rémunérations<sup>1293</sup> dont les modalités sont, par ailleurs, indifférentes (commissions, rémunération fixe, rémunération hybride)<sup>1294</sup>.

Ainsi, le représentant qui n'a pas de zone fixe de prospection<sup>1295</sup>, qui est affecté dans les points de vente du donneur d'ordre selon ses instructions n'est pas un VRP<sup>1296</sup> mais un attaché commercial, un salarié de droit

---

<sup>1286</sup> Loi n° 73-463 du 09/05/1973, l'objectif du législateur était de « *rendre à certains salariés le bénéfice d'un statut dont ils étaient indûment privés, [...] [et] de supprimer des inégalités choquantes entre les membres d'une même profession* » (Rapport n° 244 fait par le sénateur M. J. Cauchon au nom de la Commission des affaires sociale : seconde session ordinaire du Sénat de 1972-1973, p. 12.)

<sup>1287</sup> C. trav. L. 7311-2.

<sup>1288</sup> Soc. 09/05/1990 : n° 86-45317 ; B. n° 212 – Rapp. : Soc. 11/01/2012 : n° 10-17599, « *le caractère partiel de l'activité de prospection* » n'est pas de nature à écarter à lui seul le statut de VRP.

<sup>1289</sup> C. trav. art. L. 7311-3, 3° – V. par ex. : Soc. 18/02/1998 : n° 94-44388 – L'article L. 7313-2 précise par ailleurs que « *l'absence de clauses interdisant soit l'exercice d'une autre profession, soit l'accomplissement d'opérations commerciales personnelles ne peut faire obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 7313-1* » qui prévoit la présomption de contrat de travail au profit du VRP (*supra* n° 288).

<sup>1290</sup> En effet, les opérations commerciales personnelles ne peuvent pas non plus être réalisées hors de la profession de représentant (CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Statut - Conclusion du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-10, 2012, n° 29).

<sup>1291</sup> *Supra* n° 69.

<sup>1292</sup> C. trav. art. L. 7313-6.

<sup>1293</sup> C. trav. art. L. 7311-3, 4° – Soc. 07/03/2012 : n° 09-71012.

<sup>1294</sup> Sur la question : GRIGNON (P.), *VRP*, Rép. trav. Dalloz, 2007, maj. 2012, n° 67 – CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Statut - Conclusion du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-10, 2012, n° 20.

<sup>1295</sup> V. par ex. : Soc. 26/09/2002 : n° 00-43978.

<sup>1296</sup> Soc. 12/04/2012, 2 arrêts : n° 10-27075 et 10-27076.

commun<sup>1297</sup>. De même, la fixation du taux des rémunérations suppose qu'un accord préalable soit intervenu sur la rémunération<sup>1298</sup>, le statut est donc exclu si elle est déterminée après la conclusion de chaque affaire<sup>1299</sup>.

**296. Primauté des conditions effectives d'exercice de l'activité sur l'instrumentum.** Cependant, ces éléments n'ont pas à être expressément stipulés. En effet, la loi prévoit qu'« *en l'absence de contrat de travail écrit, toute personne exerçant la représentation est présumée être un voyageur, représentant ou placier soumis aux règles particulières du [statut]* »<sup>1300</sup>. En l'absence d'écrit, la jurisprudence s'attache donc aux conditions factuelles d'exercice de l'activité<sup>1301</sup>. C'est également le cas en présence d'un écrit puisque, le statut étant d'ordre public, les juges font primer les conditions effectives d'exercice de l'activité sur les conditions prévues par l'instrumentum<sup>1302</sup>.

Ainsi, la stipulation d'une possibilité de modification unilatérale du secteur par le donneur d'ordre est insuffisante à écarter l'application du statut si le secteur n'a jamais été modifié<sup>1303</sup>. De même, la stipulation expresse de « *l'absence de tout secteur exclusif* » n'exclut pas la qualification de VRP, les juges devant « *vérifier dans les faits, [...] l'existence d'un secteur géographique de prospection de l'intéressé* »<sup>1304</sup>. Inversement, la stipulation d'un secteur ensuite modifié à de nombreuses reprises révèle l'absence de secteur fixe et exclut donc le statut<sup>1305</sup>. Il en va de même pour la catégorie de clientèle<sup>1306</sup> et, en principe, pour la nature des biens ou services distribués et la rémunération.

Il existe cependant une certaine confusion entre la qualification et le régime du contrat. Ainsi, la Cour de cassation juge que « *le secteur étant une condition d'application du statut des VRP, sa détermination dans le contrat constitue un élément nécessaire que l'employeur ne peut valablement se réserver de modifier unilatéralement* »<sup>1307</sup> et en déduit donc la nullité des clauses de variation du secteur géographique<sup>1308</sup>. Or, en

---

<sup>1297</sup> Soc. 12/05/1982 : n° 80-40721, « *l'arrêt attaque a relevé que Deschamps était non VRP mais attaché commercial ce dont il résultait qu'il ne pouvait prétendre à une affectation définitive dans un secteur particulier* ».

<sup>1298</sup> Soc. 07/03/2012 : n° 09-71012.

<sup>1299</sup> Soc. 05/01/1990 : n° 87-10070 ; B. n° 7.

<sup>1300</sup> C. trav. art. L. 7313-2.

<sup>1301</sup> V. par ex. : Soc. 07/03/2012 : n° 09-71012.

<sup>1302</sup> Dans ce sens : Soc. 15/06/1999 : n° 96-42714, « *la qualité de VRP résulte, quelle que soit la dénomination donnée au contrat par les parties, de l'existence d'un secteur de prospection, d'une clientèle auprès de laquelle l'intéressé prend des commandes et de l'exercice, en fait, de cette profession de façon exclusive ; [...] en statuant comme elle l'a fait, en se fondant sur les termes du contrat et sans rechercher, en fait, comment M. Y..., qui avait un secteur et qui était rémunéré par des commissions, exerçait sa profession, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » – Soc. 13/01/2009 : n° 08-40157 ; B. n° 10 – Soc. 05/04/2006 : n° 04-46439 – Soc. 03/06/1998 : n° 94-40143 – Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338 – Soc. 13/12/1979 : n° 78-12448 ; B. n° 996.

<sup>1303</sup> Soc. 14/05/2003 : n° 01-42648 – Soc. 10/11/1999 : n° 97-43117 – Soc. 08/04/1998 : n° 95-43965 – Soc. 19/07/1995 : n° 92-40544, ayant relevé « *que la stipulation du contrat de travail autorisant l'employeur à modifier le secteur n'avait jamais reçu application, de sorte que ce secteur revêtait une fixité suffisante* », la cour a pu retenir la qualité de VRP – Soc. 29/04/1970 : n° 69-40375 – V. également : Soc. 08/06/1994 : n° 89-44192 – Soc. 02/03/1989 : n° 86-43667 ; B. n° 177.

<sup>1304</sup> Soc. 06/10/2010 : n° 08-45106. – V. également : Soc. 06/03/1974 : n° 72-13795 ; B. n° 157, la stipulation que le représentant pouvait « *étendre son secteur* » est « *sans influence sur la qualité professionnelle de représentant [VRP], des lors qu'il n'avait jamais usé de ces possibilités* ».

<sup>1305</sup> Soc. 12/07/1999 : n° 97-41432 – Rapp. : Soc. 08/03/2012 : n° 10-18004, « *ayant relevé, [...] que le salarié n'avait pas de secteur déterminé puisqu'il prospectait dans de très nombreux départements, au-delà de la zone dont il prétendait qu'elle constituait son secteur, la cour d'appel a pu [...] décider que le salarié ne pouvait revendiquer le statut de VRP* ».

<sup>1306</sup> Dans ce sens : Soc. 13/10/1988 : n° 85-45093 ; B. n° 520, « *la stipulation du contrat permettant à la société de modifier la liste des clients n'avait jamais reçu application* » si bien que la cour a pu qualifier l'intéressé de VRP – V. également : Soc. 05/01/2000 : n° 97-44489.

<sup>1307</sup> Soc. 14/05/2004 : n° 01-44964 – Soc. 13/03/2001, 2 arrêts : n° 99-41293 et n° 99-741294 – Soc. 23/01/2001 : n° 98-46377 ; B. n° 23 – V. également, jugeant que le secteur est un élément du contrat de travail du VRP ne pouvant être modifié sans son accord : Soc. 10/05/2005 : n° 03-41616 – Soc. 16/10/2002 : n° 00-44307 – Soc. 31/10/2000 : n° 98-44670 – Soc. 11 févr. 1998 : n° 95-41373.

<sup>1308</sup> Soc. 14/05/2004 : n° 01-44964, « *pour rejeter les demandes du salarié visant à obtenir le bénéfice du statut de VRP ainsi que le paiement de l'indemnité de clientèle et de la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence, la cour d'appel a retenu que le contrat d'agent commercial de M. X... comportait une clause de variation des collections et des secteurs géographiques et qu'une telle clause, licite, était de nature à exclure le statut légal de VRP ; Attendu cependant que le secteur étant une condition d'application du statut des VRP, sa détermination dans le contrat constitue un élément nécessaire que l'employeur ne peut valablement se réserver de modifier unilatéralement ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la clause de variation de secteur géographique stipulée au contrat était nulle et de nul effet, la cour d'appel a violé [les articles 1134 du Code civil et L. 751-1 du Code du travail]* » –



principe, si la fixité du secteur est une condition du statut, soit il existe une stipulation d'un secteur fixe et le représentant est un VRP qui ne peut voir son secteur modifié unilatéralement, soit il existe une clause de variation et alors le représentant n'est pas un VRP mais un salarié de droit commun dont le secteur peut valablement être modifié unilatéralement. En toute logique, la clause de variation du secteur ne peut tantôt exclure l'application du statut et tantôt être annulée pour ne pas l'exclure.

**297. Conclusion.** Finalement, le contenu des engagements importe peu, il suffit de constater que le distributeur est un représentant à titre onéreux qui, dans les faits, ne prospecte que pour certains types de produits ou services, dans un secteur ou pour une catégorie de clientèle (grossiste, détaillants, particuliers) qui apparaissent fixes<sup>1309</sup>, pour une rémunération négociée au préalable<sup>1310</sup>.

Ces conditions ne caractérisent donc pas un degré de dépendance spécifique au VRP. Elles sont d'ailleurs assez classiques dans l'agence commerciale qui a aussi pour objet la représentation commerciale ce qui pose la question de la distinction de l'agent commercial et du VRP<sup>1311</sup>.

## B – La distinction incertaine entre le VRP et l'agent commercial

**298. Exercice permanent et exclusif d'une profession de représentant.** Le VRP doit exercer « d'une façon exclusive et constante une profession de représentant [...] pour le compte d'un ou plusieurs » donneurs d'ordres<sup>1312</sup> et l'agent commercial est défini comme une personne « qui, à titre de profession [...] est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux »<sup>1313</sup>. L'objet des contrats d'agence commerciale et de VRP est donc identique, ce qui est constaté tant par la doctrine<sup>1314</sup> que par la jurisprudence<sup>1315</sup>.

Il est aussi très fréquent que l'agent commercial exerce exclusivement cette profession de représentant<sup>1316</sup>, ce qui ne permet donc pas de le distinguer du VRP.

La jurisprudence exige parfois que le VRP ait une activité itinérante même si la condition n'est pas posée par la loi<sup>1317</sup>. Ce sera cependant souvent le cas pour l'agent commercial, une partie de la doctrine soutenant

---

Soc. 16/10/2002 : n° 00-44307, « d'une part, le secteur de prospection constituant un élément du contrat de travail d'un VRP ne peut être modifié sans son accord et [...], d'autre part, la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement en tout ou partie le contrat de travail est nulle » – Soc. 05/12/2001 : n° 99-45451, « la clause de modification unilatérale par l'employeur du secteur incluse dans le contrat de travail était contraire aux dispositions d'ordre public du statut de voyageur représentant placier ».

<sup>1309</sup> V. par ex. : Soc. 2/03/1989 : n° 86-43667 ; B. n° 177 – Soc. 03/01/1974 : n° 71-12056 ; B. n° 1.

<sup>1310</sup> Dans ce sens : Soc. 07/03/2012 : n° 09-71012, *a contrario*.

<sup>1311</sup> Sur la question : SAVATIER (R.), *Agents commerciaux et VRP (Problèmes de délimitation et de cumul)*, JCP 1959.I.1512.

<sup>1312</sup> *Supra* n° 291 s.

<sup>1313</sup> C. com. art. L. 134-1.

<sup>1314</sup> Dans ce sens : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31121, « l'objet de l'une ou l'autre des convention est identique. Ainsi, la tâche de l'agent commercial, qui représente en tant que mandataire indépendant, et de façon régulière, une ou plusieurs entreprises pour opérer la vente de leurs produits, est voisine de celle d'un salarié qui démarché la clientèle pour le compte de son employeur à titre de voyageur, représentant et placier, ou VRP. Ils assurent une fonction de distribution identique » – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 678 – GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 172 et 173

<sup>1315</sup> Soc. 06/12/1990 : n° 88-13686 ; B. n° 624, « les professions de VRP et d'agent commercial ayant l'une et l'autre pour objet la représentation » – Soc. 05/01/1990 : n° 87-10070 ; B. n° 7 ; RTD com. 1990, 463, B. Bouloc.

<sup>1316</sup> En l'absence d'exercice à titre principal ou déterminant, il est prévu une possibilité de renonciation au statut (C. com. art. L. 134-15) ce qui montre que celui-ci a été essentiellement destiné à des personnes exerçant principalement sinon exclusivement cette activité.

<sup>1317</sup> Dans ce sens : Soc. 08/06/2011 : n° 09-41000 ; B. n° 4, « les VRP, du fait que leur activité s'effectue en dehors de tout établissement et de l'indépendance dont ils bénéficient dans l'exercice de leurs fonctions, ne sont, en principe, pas soumis aux dispositions légales relatives à la réglementation de la durée du travail » – Soutenant que le VRP présente l'originalité d'avoir une activité qui se déroule en dehors de l'entreprise : MENDOZA-CAMINADE (A.), *op. cit.*, n° 123.

même qu'il s'agirait du propre de son activité<sup>1318</sup>.

**299. Détermination du taux de la rémunération, des produits ou services et du secteur ou de la clientèle prospectée.** En général, l'agent commercial, comme le VRP, est rémunéré et distribue certains types de produits ou services, dans un secteur de prospection déterminé ou pour une catégorie de clientèle déterminée. La loi prévoit d'ailleurs expressément le cas où l'agent commercial « *est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminé* »<sup>1319</sup> et organise son droit à commission<sup>1320</sup>. Ainsi, la jurisprudence a clairement jugé pour un agent commercial que des « *limitations convenues quant aux marchandises à vendre, à son secteur géographique et à sa clientèle, ne suffisaient pas à mettre obstacle à l'exercice d'une profession indépendante* »<sup>1321</sup>. Elle a même déjà exclu la qualité d'agent commercial à des représentants au motif notamment que leur contrat ne précisait pas l'objet du mandat, le secteur de prospection et le taux des commissions<sup>1322</sup>.

De plus, pour le statut de l'agent commercial, comme pour celui du VRP, les conditions effectives d'exercice de l'activité priment sur les stipulations contractuelles<sup>1323</sup>. Ainsi, l'absence de détermination dans le contrat des produits ou services, du secteur ou de la clientèle prospectée ou encore du taux des rémunérations n'exclut aucun des deux statuts<sup>1324</sup>.

Par ailleurs, la modification unilatérale, par le donneur d'ordre, des produits ou services, de la clientèle attribuée, du secteur concédé ou du taux des commissions de l'agent commercial est une violation du contrat pouvant s'analyser en une rupture imputable au donneur d'ordre<sup>1325</sup>, comme pour le VRP<sup>1326</sup>.

Le contenu des engagements ne permet donc pas de distinguer le VRP et l'agent commercial.

**300. Forme du contrat.** Les contrats de l'agent commercial et du VRP sont généralement établis par écrit. En l'absence de contrat écrit, le statut du VRP prévoit une présomption simple de qualification de VRP<sup>1327</sup> et le statut de l'agent commercial une faculté d'ordre public d'exiger un écrit<sup>1328</sup>. Par conséquent, dans cette hypothèse, la jurisprudence s'attache aux conditions effectives de l'activité pour écarter le jeu de la présomption<sup>1329</sup>. Il est donc impossible de trancher à partir de la forme du contrat<sup>1330</sup>.

---

<sup>1318</sup> Dans ce sens : GRIGNON (P.), *Le fondement...*, op. cit., n° 170, « la prospection d'une clientèle en dehors des locaux de l'employeur ou du mandant pour prendre des commandes constitue, précisément, le propre de l'activité d'agent commercial ou de VRP ».

<sup>1319</sup> C. com. art. L. 134-6, al. 2.

<sup>1320</sup> C. com. art. L. 134-5 s.

<sup>1321</sup> Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338.

<sup>1322</sup> Soc. 05/03/1981 : n° 79-16869 ; B. n° 196, approuvant une cour d'appel d'avoir exclu la qualification d'agent commercial au motif « qu'aucun des contrats ne précisait la nature de l'activité pas plus que l'objet du mandat, ni ne permettait de savoir si l'agent devait acheter, vendre ou louer, que la rémunération elle-même restait imprécise compte tenu des taux variables de commission mentionnés sans indication des articles concernés ».

<sup>1323</sup> *Supra* n° 182 (agent commercial) et 296 (VRP).

<sup>1324</sup> V. not. : Soc. 15/06/1999 : n° 96-42714, une cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de refuser de requalifier un agent commercial en VRP, « en se fondant sur les termes du contrat et sans rechercher, en fait, comment M. Y..., qui avait un secteur et qui était rémunéré par des commissions, exerçait sa profession ».

<sup>1325</sup> Dans ce sens : Com. 19/02/2002 : n° 98-17332, pour une réduction de secteur de prospection. – Sur la question : VOGEL (L.) et VOGEL (J.), op. cit., n° 556.

<sup>1326</sup> V. par ex. : Soc. 16/11/2011 : n° 10-13438, prise d'acte s'analysant en un licenciement en raison de la modification unilatérale du taux des commissions – Soc. 03/06/2009 : n° 08-40275, prise d'acte s'analysant en un licenciement en raison de la modification unilatérale du secteur de prospection.

<sup>1327</sup> C. trav. art. L. 7313-3, « en l'absence de contrat de travail écrit, toute personne exerçant la représentation est présumée être un voyageur, représentant ou placier soumis aux règles particulières du [statut] » – Sur le caractère simple de la présomption : Soc. 13/10/1988 : n° 84-45069 ; B. n° 519 ; JCP 1988.VI.395.

<sup>1328</sup> C. com. art. L. 134-2 « chaque partie a le droit, sur sa demande, d'obtenir de l'autre partie un écrit signé mentionnant le contenu du contrat d'agence, y compris celui de ses avenants » – Sur le caractère d'ordre public : C. com. art. L. 134-16. – Pour des décisions admettant des contrats d'agence commerciale non écrits : Com. 12/11/1997 : n° 95-19960 – Com. 09/07/2002 : n° 00-21500.

<sup>1329</sup> V. par ex. : Soc. 21/02/1978 : n° 77-40030 ; B. n° 132.

**301. Existence d'une personne morale.** A la différence du VRP, l'agent commercial peut être une personne morale<sup>1331</sup>. Néanmoins, la jurisprudence admet l'application du statut de gérant de succursale et la caractérisation d'un contrat de travail de droit commun malgré l'existence d'une personne morale s'il existe un lien direct avec le gérant pouvant être déduit d'une relation *intuitu personae*<sup>1332</sup>. Or, le statut de VRP étant également d'ordre public, l'exercice sous forme sociale ne devrait pas s'opposer à son application au gérant d'une société sachant qu'il existe, en principe, un *intuitu personae* dans la représentation<sup>1333</sup>.

Par conséquent, la forme sociale ne devrait pas être un obstacle à une requalification en VRP.

**302. Inscription au registre des agents commerciaux.** A la différence du VRP, l'agent commercial est, en principe, inscrit sur un registre spécial emportant une présomption d'absence de contrat de travail<sup>1334</sup>.

La présomption est cependant simple<sup>1335</sup> et se heurte à la présomption irréfragable de contrat de travail posée par le statut du VRP au profit du représentant remplissant ses conditions<sup>1336</sup>. Par ailleurs, l'inscription à ce registre n'est plus une condition d'application du statut d'agent commercial<sup>1337</sup> et la jurisprudence s'attache uniquement, pour les deux statuts, aux conditions effectives d'exercice de l'activité<sup>1338</sup>.

L'inscription ou non au registre spécial des agents commerciaux ne permet donc pas de distinguer l'agent commercial et le VRP<sup>1339</sup>.

**303. Possibilité de cession du contrat.** Une partie de la doctrine soutient que l'agent commercial se distinguerait du VRP par sa liberté de céder son entreprise, de patrimonialiser son contrat<sup>1340</sup>.

Or, si la loi admet que l'agent commercial « cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence » elle impose l'« accord du mandant »<sup>1341</sup> et la jurisprudence valide la pratique de la cession de carte pour le VRP<sup>1342</sup>. Les deux représentants sont donc dans une situation identique.

**304. Accomplissement d'opérations commerciales personnelles.** La doctrine souligne qu'à la différence du VRP, l'agent commercial peut effectuer des opérations commerciales pour son compte personnel<sup>1343</sup>.

Il s'agit cependant d'une simple faculté<sup>1344</sup>, limitée, de surcroît, à des opérations non-concurrentes<sup>1345</sup>.

---

<sup>1330</sup> Dans le même sens : GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 174.

<sup>1331</sup> C. com. art. L. 134-1, l'agent commercial « peut être une personne physique ou une personne morale ».

<sup>1332</sup> *Supra* n° 81.

<sup>1333</sup> *Infra* n° 840.

<sup>1334</sup> C. trav. art. L. 8221-6.

<sup>1335</sup> *Supra* n° 80 et 183.

<sup>1336</sup> C. trav. art. L. 7313-1 – *Supra* n° 288.

<sup>1337</sup> *Supra* n° 183. – V. antérieurement : Soc. 02/03/1989 : n° 86-43667 ; B. n° 177.

<sup>1338</sup> *Supra* n° 182 et 276.

<sup>1339</sup> V. par ex. : Soc. 15/06/1999 : n° 96-42714 – Dans ce sens : GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 174.

<sup>1340</sup> DISSAUX (N.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 9 – LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, *op. cit.*, n° 322.

<sup>1341</sup> C. com. art. L. 134-13, 3°.

<sup>1342</sup> V. par ex. : Soc. 17/12/2002 : n° 01-01188 ; B. n° 397 ; DS 2003, 335, J. Mouly ; JCP 2003.II.10157, S. Vicente, « un VRP peut être autorisé à céder la valeur de la clientèle qu'il a apportée, créée ou développée pour son entreprise, sous réserve qu'il renonce au bénéfice de l'indemnité de clientèle à laquelle il peut prétendre et que l'employeur ait donné son accord à ladite cession » – Soc. 28/10/1992 : n° 89-43805, « ayant ainsi constaté que le représentant avait, de son propre chef et sans opposition de son employeur, vendu sa clientèle à son successeur, la cour d'appel a pu décider qu'il ne pouvait réclamer à son employeur la réparation du préjudice résultant de la perte d'une clientèle dont il avait négocié la valeur avec un tiers qui lui en avait versé la contrepartie » – Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 136 – CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Rupture du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-30, 2012, n° 101 – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1151 – MENDOZA-CAMINADE (A.), *op. cit.*, n° 166 s. – GRIGNON (P.), *VRP*, *op. cit.*, n° 254 s.

<sup>1343</sup> C. com. art. L. 134-15 – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 942 – GUYON (Y.), *op. cit.*, n° 804.

<sup>1344</sup> V. par ex. : Soc. 09/06/1994 : n° 91-18618, admettant la qualification d'agent commercial d'un représentant en précisant qu'il est « peu important qu'il ait pu n'avoir pas effectué d'opérations pour son compte personnel [...], ces circonstances n'étant pas incompatibles avec la qualification d'agent commercial ».

Par ailleurs, le statut du VRP prévoit que « *l'absence de clauses interdisant soit l'exercice d'une autre profession, soit l'accomplissement d'opérations commerciales personnelles ne peut faire obstacle à l'application [de la présomption de contrat de travail du VRP]* »<sup>1346</sup> et la jurisprudence précise que l'existence d'une clause autorisant le représentant à effectuer des opérations pour son compte personnel n'exclut pas le statut de VRP, les conditions factuelles d'exercice de la profession devant primer<sup>1347</sup>.

Par conséquent, si le représentant n'a pas accompli d'opérations commerciales pour son compte personnel, la distinction devient impossible à partir de ce critère.

Si le représentant réalise des opérations commerciales en cours de relation, le critère est ambigu. Il peut autant être soutenu qu'il s'agit d'une violation du statut de VRP<sup>1348</sup> que d'une révélation de la qualification véritable initiale d'agent commercial ou d'un passage du statut de VRP et à celui d'agent commercial.

**305. Exercice personnel de l'activité, recours à des auxiliaires.** La jurisprudence exige que le VRP exerce personnellement son activité ce qui exclut son recours à des salariés et, *a fortiori*, à des remplaçants<sup>1349</sup> alors que l'agent commercial peut avoir recours à des salariés ou à des sous-agents<sup>1350</sup>. Cette faculté est soulignée par une partie de la doctrine comme marquant l'indépendance de l'agent commercial par rapport au VRP<sup>1351</sup>.

Cependant, une autre partie de la doctrine soutient que « *celui qui emploie du personnel le secondant dans la vie quotidienne sans participer à l'exercice de la représentation, du personnel prothèse en quelque sorte, un chauffeur, une secrétaire, ne sort pas du statut des VRP* »<sup>1352</sup>.

Quant au recours à des sous-agents, il n'est pas d'ordre public, la jurisprudence a ainsi déjà admis que le mandant puisse l'interdire à l'agent commercial et une partie de la doctrine le soutient également<sup>1353</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence, faisant primer les conditions factuelles, a jugé que l'existence d'une clause qui « *autorisait l'intéressé à engager des sous-agents à ses frais* » était « *sans influence sur la qualité de représentant [VRP]* » dès lors qu'il n'avait jamais usé de cette possibilité<sup>1354</sup>.

De plus, le recours effectif à des sous-agents rémunérés par un agent commercial n'exclut pas une requalification en salarié de droit commun, les sous-agents devenant alors salariés du mandant principal<sup>1355</sup>. La même situation peut donc être envisagée pour une requalification en VRP.

Quoi qu'il en soit, il arrive souvent que l'agent commercial exerce personnellement et seul son activité,

---

<sup>1345</sup> *Supra* n° 190.

<sup>1346</sup> C. trav. art. L 7313-2.

<sup>1347</sup> Dans ce sens : Soc. 15/06/1999 : n° 96-42714 – Soc. 04/01/1979 : n° 77-41163 ; B. n° 9 – Soc. 06/03/1974 : n° 72-13795 ; B. n° 157.

<sup>1348</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 920, soutenant que l'intérêt de la distinction entre le VRP et l'agence commerciale réside dans la possibilité de faire des opérations commerciale pour son propre compte.

<sup>1349</sup> Dans ce sens : Soc. 30/05/1979 : n° 77-41386 ; B. n° 487, le représentant, « *utilisait à son profit l'activité de collaborateurs, ce dont il suivait que, même si ceux-ci ne pouvaient être qualifiés de sous-agents [(il s'agissait d'une secrétaire et de personnes pouvant lui fournir des adresses de clients ou le renseigner sur des affaires à traiter)], [il] [...] exploitait une entreprise personnelle et indépendante, exclusive du bénéfice du statut de voyageur, représentant et placier* » – V. également : Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338, relevant notamment « *la faculté de recruter des sous-agents* » pour rejeter la requalification d'un agent commercial en VRP – Soc. 23/04/1980 : n° 77-14492 ; B. n° 339, relevant notamment que le représentant avait « *toute latitude [...] pour le recrutement éventuel du personnel pour l'assister* » pour exclure la requalification d'un agent commercial en VRP – Soc. 28/04/1960 : B. n° 413 ; DS 1961, 107, J. Savatier.

<sup>1350</sup> *Supra* n° 193.

<sup>1351</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1103 – DISSAUX (N.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 9 – LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, *op. cit.*, n° 322.

<sup>1352</sup> LELOUP (J.-M.), *La franchise*, *op. cit.*, n° 322.

<sup>1353</sup> *Supra* n° 193.

<sup>1354</sup> Soc. 06/03/1974 : n° 72-13795 ; B. n° 157.

<sup>1355</sup> *Supra* n° 168.

sans avoir recours à des salariés ou sous-agents, ce qui rend alors impossible sa distinction avec le VRP à partir de ce critère.

**306. Indifférence des clauses contraires au statut de VRP.** En raison de la primauté des conditions factuelles d'exercice, l'étude du contrat apparaît inutile pour distinguer le VRP et l'agent commercial. En effet, la stipulation pour le représentant d'une absence de secteur fixe<sup>1356</sup>, d'une absence de clientèle fixe<sup>1357</sup>, d'une possibilité d'engager des sous-agents à ses frais<sup>1358</sup>, de réaliser des opérations commerciales personnelles<sup>1359</sup>, n'excluent pas la qualité de VRP si elles n'ont pas reçu effectivement application<sup>1360</sup>.

**307. Clause de ducroire.** L'existence ou l'application d'une clause de ducroire est parfois prise en compte pour retenir ou exclure la qualité de VRP<sup>1361</sup>. Pourtant, elle devrait être indifférente. En effet, c'est la qualité de VRP qui entraîne la présomption de contrat de travail<sup>1362</sup> et, par suite, l'impossibilité pour l'intermédiaire de se porter ducroire car un salarié ne peut, en principe, courir les risques liés aux résultats de son travail<sup>1363</sup>. Ainsi, si le représentant a la qualité de VRP, la clause de ducroire devrait être nulle car insérée dans un contrat de travail<sup>1364</sup> et, au contraire, si le représentant a la qualité d'agent commercial, cette clause devrait être valable<sup>1365</sup>. La validité de la clause de ducroire est donc un effet de la qualification. Par suite, cette clause ne devrait pas être un élément de qualification. En d'autres termes, la seule existence ou exécution d'une clause de ducroire ne devrait pouvoir entraîner sa validité et exclure le statut de VRP. Inversement, l'absence de clause de ducroire ne devrait pas être susceptible d'écarter la qualification d'agent commercial<sup>1366</sup>.

La Cour de cassation est pourtant relativement contradictoire sur la question. Elle a d'abord jugé que la clause de ducroire était incompatible avec le statut même si elle n'avait pas été exécutée<sup>1367</sup>. Cependant, un avenant à l'accord interprofessionnel des VRP<sup>1368</sup> ayant prévu la nullité de la clause de ducroire, elle a ensuite jugé que sa stipulation ne faisait pas obstacle au statut pour les représentants relevant de cet accord<sup>1369</sup> avant d'analyser la stipulation de cette clause, même non appliquée et non assortie d'une rémunération spécifique, comme une opération commerciale personnelle excluant le statut<sup>1370</sup>. Pour les autres VRP, elle a exclu le statut en présence d'une clause de ducroire exécutée, analysée alors en une opération commerciale

---

<sup>1356</sup> *Supra* n° 296.

<sup>1357</sup> *Supra* n° 305.

<sup>1358</sup> *Supra* n° 296.

<sup>1359</sup> *Supra* n° 304.

<sup>1360</sup> Dans ce sens malgré plusieurs clauses incompatibles avec le statut : Soc. 06/03/1974 : n° 72-13795 ; B. n° 157, « *même si la convention intervenue [...] autorisait l'intéressé à engager des sous-agents à ses frais, à étendre son secteur et à effectuer pour son compte toutes opérations quelconques, ces clauses étaient sans influence sur la qualité professionnelle de représentant [VRP], des lors qu'il n'avait jamais usé de ces possibilités* ».

<sup>1361</sup> V. par ex. : Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338. — Sur la clause de ducroire : VIVANT (M.) et ROBIN (A.), *Convention de ducroire*, JCl. Distrib., fasc. 2940, 2005.

<sup>1362</sup> *Supra* n° 288.

<sup>1363</sup> *Supra* n° 113 s.

<sup>1364</sup> L'accord national interprofessionnel des VRP du 03/10/1975 retient cette solution en prévoyant qu'« est nulle et de nul effet toute clause de ducroire incluse dans un contrat de travail ayant pour conséquence de rendre le salarié pécuniairement responsable du recouvrement des créances de son employeur à l'égard de tiers » (art. 5-3).

<sup>1365</sup> Dans ce sens : Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338. — Sur la possibilité de se porter ducroire du mandataire :

<sup>1366</sup> V. par ex. : Soc. 09/06/1994 : n° 91-18618, admettant la qualification d'agent commercial d'un représentant en précisant qu'il est « *peu important qu'il ait pu [...] n'être pas garant de l'exécution [...] [des opérations commerciales] qu'il avait conclues, ces circonstances n'étant pas incompatibles avec la qualification d'agent commercial* ».

<sup>1367</sup> Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338, relevant l'existence d'une clause de ducroire pour exclure une requalification en VRP alors que le moyen du pourvoi soutenait qu'elle n'avait pas été effectivement appliquée. — Soc. 26/06/1980 : n° 77-40878 ; B. n° 583.

<sup>1368</sup> Avenant n° 4 du 12/01/1982.

<sup>1369</sup> Dans ce sens : Soc. 22/12/1988 : n° 85-45094.

<sup>1370</sup> Dans ce sens : Soc. 18/02/1998 : n° 94-44388.

personnelle<sup>1371</sup> mais a admis la qualité de VRP en présence d'une clause de ducroire jamais appliquée<sup>1372</sup>.

Finalement en présence d'une telle clause, tous les raisonnements semblent possibles. La clause, appliquée ou non, peut être considérée comme incompatible avec la qualité de VRP. La qualification d'agent commercial s'imposera alors. Au contraire, la clause peut être considérée comme n'excluant pas la qualité de VRP car elle sera frappée de nullité si son statut est applicable. Elle n'est plus alors d'aucune utilité pour distinguer le VRP et l'agent commercial.

**308. Degré d'autonomie ou de liberté.** Se fondant sur l'exigence d'indépendance et d'absence de contrat de louage de services, une partie importante de la doctrine distingue l'agent commercial du VRP à partir du critère de la subordination juridique ou du degré d'autonomie du représentant<sup>1373</sup>. De même, la Cour de cassation continue à rechercher, parmi d'autres indices, l'existence de directives et contrôles ou, au contraire, d'une liberté dans l'activité, pour distinguer le VRP et l'agent commercial<sup>1374</sup>.

Pourtant la Cour de cassation a clairement jugé que la subordination juridique n'était pas une condition d'application du statut de VRP<sup>1375</sup> et, dans la loi, l'existence d'un contrat de travail est seulement un effet du statut<sup>1376</sup>. La Cour de cassation fait d'ailleurs parallèlement référence à « l'indépendance dont [les VRP] bénéficient dans l'exercice de leurs fonctions » pour les priver de la législation sur la durée du travail<sup>1377</sup>.

De surcroît, il a été démontré que l'agent commercial pouvait subir les pouvoirs caractéristiques de la subordination juridique sans que sa qualification ne soit remise en cause. En effet, ces pouvoirs étant

---

<sup>1371</sup> Dans ce sens : Soc. 23/06/1994 : n° 89-44418.

<sup>1372</sup> Dans ce sens : Soc. 27/11/1991 : n° 87-45712.

<sup>1373</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 191, l'« autonomie [dont bénéficie l'agent commercial] permet de le distinguer d'un diffuseur lié par un contrat de travail et notamment d'un VRP » – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *op. cit.*, n° 510 – HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux – Qualité d'agent*, JCl. Distrib., Fasc. 3490, 2013, n° 13, « ce qui distingue l'agent commercial du VRP c'est que le premier "n'est pas soumis à des directives générales de la part de l'entreprise qui lui donne son pouvoir d'agir" [...]. L'agent jouit d'une certaine autonomie dans la conduite des négociations qui lui sont confiées et c'est précisément cette autonomie qui le distingue du VRP » – GUYON (Y.), *op. cit.*, n° 803, « le VRP, à la différence de l'agent commercial, doit être placé sous la subordination de son employeur, dont il exécute les directives » – V. aussi : COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 678, « la frontière est parfois mince, mais l'un est salarié, tandis que l'autre ne l'est pas » – *Supra* n° 289.

<sup>1374</sup> V. par ex. : Soc. 12/04/2012 : n° 10-27076 – Soc. 07/03/2012 : n° 10-13939, en ayant notamment « relevé que l'intéressée [...] disposait d'une entière indépendance et liberté dans l'organisation de son travail de prospection, faisant ainsi ressortir qu'elle ne remplissait pas les conditions d'application du statut des VRP, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » – Soc. 28/06/1994 : n° 90-45836, en relevant notamment que le représentant « exerçait ses fonctions en toute indépendance, sans recevoir de directives de la société, à laquelle, en qualité de mandataire, il était normal qu'il rende compte de son activité ; [...] [la cour d'appel] a pu, dès lors, décider [...] que M. Y... n'était pas tenu par un lien de subordination » et exclure sa qualité de VRP – Soc. 09/06/1994 : n° 91-18618, se fondant notamment sur le fait que l'intéressé « prospectait la clientèle à sa convenance, qu'il décidait librement de l'organisation et de la fréquence de ses tournées, sans être tenu de rendre compte » pour retenir la qualité d'agent commercial et exclure celle de VRP – Soc. 05/01/1990 : n° 87-10070 ; B. n° 7, relevant notamment que « l'intéressée organisait librement son activité sans être soumise à des obligations d'horaire, d'itinéraire, de quota ou de compte-rendu » pour retenir la qualification d'agent commercial plutôt que celle de VRP – Soc. 06/12/1990 : n° 88-13686 ; B. n° 624, rejetant le pourvoi qui reprochait à la cour d'appel d'avoir retenu la qualification d'agent commercial de l'intéressé au détriment de celle de VRP « aux motifs inopérants qu'il organisait librement son travail, n'était astreint à aucun chiffre d'affaires minimum, assumait ses frais professionnels, fiscaux et de personnel auxiliaire ou encore s'était fait immatriculer au registre spécial des agents commerciaux et que ce faisant » – Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338, relevant notamment que le représentant « n'était soumis à aucun contrôle, à aucune obligation d'horaire, d'itinéraire de quota ou de comptes rendus » pour rejeter la requalification d'un agent commercial en VRP – Soc. 21/02/1978 : n° 77-40030 ; B. n° 132, relevant notamment que l'intéressé « n'avait jamais fait de comptes rendus périodiques ni reçu d'observation sur son rendement » pour retenir la qualification d'agent commercial et non de VRP – Soc. 10/05/1972 : n° 71-40514 ; B. n° 339, relevant notamment pour retenir la qualité de VRP et non d'agent commercial que l'intéressé « avait immédiatement commencé sa prospection, visitant des clients éventuels et rendant compte de son activité à son employeur qui lui donnait des directives après lui avoir adressé le 5/05/1966 une circulaire destinée à ses représentants » – V. également : Soc. 2/06/2010 : n° 08-43525, « la cour d'appel a retenu que si entre le 01/06/1994 et le 1er avril 1999, M. X..., qui avait été engagé en 1979, avait vu son statut de VRP transformé en celui d'agent commercial, en fait, il n'avait jamais cessé d'exercer son activité de manière similaire en se conformant aux instructions de son employeur ; qu'elle en a déduit à bon droit que son ancienneté au service de la société JG diffusion, en qualité de salarié, était de vingt-sept ans et non de six ans ».

<sup>1375</sup> *Supra* n° 289.

<sup>1376</sup> *Supra* n° 288.

<sup>1377</sup> Soc. 08/06/2011 : n° 09-41000 ; B. n° 149, « les VRP, du fait que leur activité s'effectue en dehors de tout établissement et de l'indépendance dont ils bénéficient dans l'exercice de leurs fonctions, ne sont, en principe, pas soumis aux dispositions légales relatives à la réglementation de la durée du travail » – V. aussi : Soc. 18/01/2011 : n° 09-41073 « les conditions particulières de l'exercice de l'activité de VRP et principalement l'indépendance dont ils jouissent dans l'organisation de leur travail ne rendent pas nécessaire la mention dans le contrat de la répartition de la durée du travail » – Sur la question : *infra* n° 544.

analysés comme inhérents à sa qualité de mandataire, il est parfois impossible de distinguer l'agent commercial et le salarié de droit commun qui, en raison de l'assouplissement du lien de subordination, peut jouir d'une grande autonomie dans son travail<sup>1378</sup>.

L'agent commercial et le VRP peuvent ainsi disposer d'une autonomie comparable dans l'organisation de leur prospection et dans la négociation des contrats. Ils peuvent également connaître les mêmes contraintes en étant soumis aux obligations classiques du mandataire qui doit suivre les directives de son mandant et lui rendre compte sous peine de rupture de la relation<sup>1379</sup>. Il apparaît donc impossible de définir un seuil de direction, de contrôle ou de sanction qui permettrait de distinguer ces intermédiaires<sup>1380</sup>.

Constatant la difficulté de mise en œuvre du critère de la subordination juridique – qu'il analyse comme se rapportant à une « *liberté d'agir* » –, Monsieur Dissaux a ainsi proposé de le compléter par celui de la « *liberté d'organiser son entreprise* » et de la céder dont seul l'agent commercial disposerait et qui se caractériserait notamment par sa possibilité de recruter du personnel<sup>1381</sup>. Cependant, il a déjà été démontré que cette possibilité était un critère insuffisant, surtout en l'absence de recrutement effectif de personnel<sup>1382</sup> et que la possibilité de céder l'entreprise n'était pas non plus pertinente<sup>1383</sup>. De plus, ces composantes mises à part, la *liberté d'organiser son entreprise* n'apparaît pas d'une mise en œuvre plus aisée que la *liberté d'agir*. Il est tout aussi difficile de définir un seuil de liberté d'organisation qu'un seuil de direction, contrôle et sanction pour distinguer le VRP et l'agent commercial. Cela est d'autant plus difficile que la jurisprudence admet que le mandant fasse peser des contraintes organisationnelles sur l'agent commercial, le cas échéant, en doublant le contrat d'agence d'un contrat de franchise<sup>1384</sup>.

Il a également été mis en évidence d'importantes divergences de conception du degré de dépendance caractérisant le lien de subordination juridique excluant la qualité d'agent commercial<sup>1385</sup>.

Par suite, lorsqu'elle se fonde sur l'existence d'une subordination juridique, la distinction entre l'agent commercial et le VRP dépend essentiellement de la conception que se fait le juge de l'indépendance minimale nécessaire à la qualité d'agent commercial ou, en d'autres termes, du degré de direction, contrôle et sanction admissible dans le mandat.

Par ailleurs, si la subordination juridique n'est pas évidente ou absente, le juge devra nécessairement se fonder sur d'autres éléments pour déterminer le statut applicable. Il sera alors tenté de recourir à des critères non pertinents ou détachés du degré de dépendance du distributeur.

---

<sup>1378</sup> *Supra* n° 91.

<sup>1379</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 9.

<sup>1380</sup> Dans ce sens : GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 171, démontrant que « l'existence d'un "plafond d'indépendance au-dessus duquel on monte de l'état de VRP à l'étage de l'agent commercial" paraît [...] tout à fait illusoire » et que « les modalités d'exercice de la profession par l'intermédiaire ne sont donc pas un critère décisif de distinction entre V.R.P. et agent commercial ».

<sup>1381</sup> DISSAUX (N.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 9, « contrairement au salarié, l'entrepreneur est celui qui a une certaine liberté d'agir afin d'organiser son entreprise pour, le cas échéant, la transmettre. Par où l'on obtient ici deux autres critères permettant de prendre le relais de la subordination. Le lien de subordination concerne en effet principalement la liberté d'agir. À supposer dès lors que le critère tiré de ce lien soit trop difficile à mettre en œuvre, les deux autres dimensions de l'indépendance peuvent utilement être convoquées au soutien de l'analyse. Et cela fonctionne très bien à propos du VRP. Et cela fonctionne très bien à propos du VRP : le VRP est un salarié alors même qu'il ne subirait aucune subordination juridique. De fait, le VRP jouit d'une grande indépendance dans la conduite de son activité. Pour autant, le VRP se distingue fort bien de l'agent commercial, qui lui est mandataire. Pourquoi ? Tout simplement parce que le VRP ne peut créer aucune entreprise : il ne peut recruter de personnel destiné à le substituer dans sa mission, ni céder la clientèle au contact de laquelle il travaille. L'agent commercial, lui, est à la tête d'une véritable entreprise qu'il peut organiser et céder » – V. également : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1103 – LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, *op. cit.*, n° 322.

<sup>1382</sup> *Supra* n° 305.

<sup>1383</sup> *Supra* n° 303.

<sup>1384</sup> *Supra* n° 186.

<sup>1385</sup> *Supra* n° 197 s.

Par exemple, le droit de représenter d'autres mandants a déjà été pris en compte pour exclure la qualité de VRP<sup>1386</sup> alors qu'il s'agit d'une faculté expressément reconnue par la loi au VRP<sup>1387</sup>. De même, malgré l'affirmation jurisprudentielle constante que les qualifications de VRP et d'agent commercial ne dépendent pas de la volonté exprimée par les parties<sup>1388</sup>, s'est toujours observée une prise en compte importante d'éléments formels comme les termes employés dans le contrat<sup>1389</sup>, l'inscription ou non au registre des agents commerciaux<sup>1390</sup>, l'existence antérieure d'une carte de VRP<sup>1391</sup>, le statut fiscal choisi<sup>1392</sup>, l'organisme social de cotisation<sup>1393</sup>, le montant de la rémunération<sup>1394</sup>, les inscriptions du papier à lettres<sup>1395</sup>, etc.<sup>1396</sup>

**309. Conclusion.** Finalement, il existe un chevauchement important entre les qualifications de VRP et d'agent commercial, particulièrement dans des cas non marginaux où le représentant exerce seul son activité et n'accomplit pas d'opération commerciale pour son propre compte. Les conditions légales de la qualification de VRP apparaissent alors insuffisantes pour permettre de distinguer cet intermédiaire – présumé légalement et de façon irréfragable comme lié par un contrat de travail – de l'agent commercial – défini légalement comme un indépendant non lié par un contrat de travail<sup>1397</sup> –. Dans ces hypothèses, la qualification repose sur la caractérisation d'un lien de subordination dont l'appréciation dépend de la conception qu'a le juge saisi de l'indépendance de l'agent commercial, ce qui rattache la qualification à la subjectivité du juge et non à un degré de dépendance objectif. La qualification peut également reposer sur des éléments formels non liés à la nature et au degré de dépendance du distributeur à son fournisseur.

## CONCLUSION DU PARAGRAPHE 2

**310. Infirmer l'hypothèse.** L'étude de la qualification de VRP révèle ainsi que ce distributeur n'est pas distingué du représentant salarié de droit commun par une nature ou un degré de dépendance particulier,

<sup>1386</sup> V. par ex. : Soc. 07/03/2012 : n° 10-13939 – Soc. 09/06/1994 : n° 91-18618.

<sup>1387</sup> *Supra* n° 292.

<sup>1388</sup> *Supra* n° 306.

<sup>1389</sup> V. par ex. : Soc. 30/01/1967 : B. n° 102, relevant notamment, pour retenir la qualification de VRP, que « la lettre d'engagement de Breard datée du 9 octobre 1931, n'employait pas le terme mandat ».

<sup>1390</sup> Relevant une inscription au registre des agents commerciaux ou une immatriculation au registre du commerce et des sociétés : Soc. 28/06/1994 : n° 90-45836 – Soc. 09/06/1994 : n° 91-18618 – Soc. 05/01/1990 : n° 87-10070 ; B. n° 7 ; RTD com. 1990, 463, B. Bouloc – Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338 – Soc. 21/02/1978 : n° 77-40030 ; B. n° 132 – Relevant une absence d'immatriculation ou d'inscription : Soc. 03/01/1974 : n° 71-12056 ; B. n° 1 – Soc. 30/01/1967 : B. n° 102.

<sup>1391</sup> V. par ex. : Soc. 10/05/1972 : n° 71-40514 ; B. n° 339.

<sup>1392</sup> V. par ex. : Soc. 30/01/1967 : B. n° 102

<sup>1393</sup> V. par ex. : Soc. 09/06/1994 : n° 91-18618, relevant que l'intéressé « cotisait aux régimes de protection sociale des travailleurs non salariés » – Soc. 05/01/1990 : n° 87-10070 ; B. n° 7 ; RTD com. 1990, 463, B. Bouloc – Soc. 23/04/1980 : n° 77-14417 ; B. n° 338 – Soc. 30/01/1967 : B. n° 102, relevant au que l'intéressé « ne s'était fait immatriculer aux caisses d'allocations familiales et d'assurance vieillesse ».

<sup>1394</sup> V. par ex. : Soc. 21/02/1978 : n° 77-40030 ; B. n° 132, relevant notamment que l'intéressé « avait perçu des commissions supérieures à celles accordées en général aux représentants » pour exclure sa qualité de VRP.

<sup>1395</sup> V. par ex. : Soc. 21/02/1978 : n° 77-40030 ; B. n° 132

<sup>1396</sup> Pour une décision, certes ancienne, se fondant exclusivement sur des éléments formels : Soc. 30/01/1967 : B. n° 102, « les juges du fond ont observé, tant dans la décision de la commission de première instance que dans l'arrêt attaqué qui la confirme, que la lettre d'engagement de Breard datée du 9 octobre 1931, n'employait pas le terme mandat et que ce n'était que bien plus tard que la société Suchard avait entendu donner à cette convention une interprétation toute personnelle ; qu'ils ont constaté, en outre, que Breard n'avait jamais eu l'attitude d'un travailleur indépendant, qu'il ne payait pas patente, qu'il n'était pas inscrit au registre du commerce ; que, pas davantage, il ne s'était fait immatriculer aux caisses d'allocations familiales et d'assurance vieillesse ; qu'il n'avait effectué aucune diligence pour se soumettre au statut légal des agents commerciaux ; que la société avait déclaré à plusieurs reprises ses commissions comme des salaires ; qu'elle lui avait délivré une attestation pour lui permettre d'obtenir sa carte professionnelle de représentant statutaire ; que Breard remplissait toutes les conditions prévues par l'article 29 k du livre 1er du code du travail et que la société Suchard, qui le contestait, n'avait pu fournir aucune indication susceptible d'établir qu'il ne pouvait pas bénéficier du statut des représentants ; attendu que de l'ensemble de ces constatations concordantes, la cour d'appel a déduit à bon droit [...] que Breard était un représentant statutaire au service de la société anonyme Suchard ».

<sup>1397</sup> Une difficulté de distinction pourrait également exister entre le VRP et l'agent général d'assurance. En effet, la Cour de cassation a jugé « qu'aucune disposition légale n'empêche un démarcheur en assurances de relever du statut de VRP, dans la mesure où les conditions d'application de ce statut sont réunies » (Soc. 20/11/2001 : n° 99-40765).



l'existence d'un lien de subordination étant indifférente<sup>1398</sup>.

Elle révèle également qu'il est impossible de déterminer une nature ou un degré de dépendance objectif permettant de distinguer le VRP – salarié – de l'agent commercial – indépendant –<sup>1399</sup>.

L'hypothèse d'une hiérarchie à trois niveaux entre le représentant salarié, le VRP et l'agent commercial fondée sur une nature ou un degré de dépendance doit ainsi être infirmée.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**311. Éclatement, incertitude et incohérence.** L'étude des qualifications de la dépendance des distributeurs dans le droit spécial du travail révèle l'existence de plusieurs statuts aux contours incertains qui se chevauchent et s'entremêlent sans réelle logique et cohérence, brouillant ainsi la frontière déjà très floue entre le salariat et l'activité indépendante<sup>1400</sup>. Les conditions d'application retenues par ces différents statuts conduisent à soumettre au droit du travail des distributeurs pouvant jouir d'une autonomie importante alors qu'inversement la dépendance d'autres distributeurs sera ignorée faute de correspondre aux situations visées.

**312. Prise en compte d'intérêts catégoriels.** Cette soumission au droit du travail résulte de la prise en compte d'intérêts catégoriels par le législateur et la jurisprudence<sup>1401</sup>. Ainsi, certains acteurs du droit de la distribution sont parvenus à ce que soit adopté ou étendu un statut spécial les soumettant au droit du travail (les voituriers, les représentants et les placiers dans les années 30, les gérants des succursales de commerce de détail alimentaire, les gérants de *Relais H* et autres petits commerces sous le régime Vichy, puis les gérants de stations-service à partir des années 60), d'autres ont été exclus du droit du travail mais ont néanmoins obtenu un statut d'inspiration travailliste (agents généraux d'assurance en 1949, 1950 et 1996<sup>1402</sup>, agents commerciaux en 1958 puis 1991<sup>1403</sup>, gérant-mandataire en 2005<sup>1404</sup>), d'autres encore ont, pour l'instant, échoué à obtenir un statut (tel est le cas des concessionnaires et franchisés malgré plusieurs propositions de loi<sup>1405</sup>, un militantisme d'une partie de la doctrine<sup>1406</sup> et l'application<sup>1407</sup> ou l'adoption de

---

<sup>1398</sup> *Supra* n° 289.

<sup>1399</sup> *Supra* n° 298 s.

<sup>1400</sup> Dans ce sens : FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, 4<sup>e</sup> ed., LGDJ, 2014, n° 488 – JEAMMAUD (A.), *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail*, DS 2001, p. 227 s., n°3, « une analyse économique souligne la diversification des modes de mobilisation du travail, qui se traduit par la multiplication de conditions intermédiaires et complexes entre ces formes polaires du salariat et du travail indépendant » – SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s., p. 131 « l'opposition jadis si nette entre le travailleur subordonné et le professionnel indépendant apparaît aujourd'hui beaucoup plus floue » – MOUSSERON (J.-M.), *op. cit.*, p. 4, « dans l'activité commerciale [...] de nombreuses positions, aux dessins plus ou moins précisés par le Droit, s'échelonnent entre les deux pôles extrêmes que constituent les situations de commerçant libre et indépendant, d'une part, de salarié et dépendant, d'autre part ».

<sup>1401</sup> Dans ce sens : SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007, p. 167, « l'assimilation légale de certaines catégories de travailleur à des salariés [...] a pu viser deux objectifs. Soit remédier à des situations d'exploitation manifeste de certaines catégories de travailleur (ce fut le cas particulier du travail à domicile), soit satisfaire les revendications de catégories professionnelles qui souhaitaient accéder aux sécurités du salariat, tout en conservant le bénéfice d'une certaine indépendance. Ici les candidats furent nombreux (mandataires commerciaux, artistes, journalistes, etc.) et le succès de cette revendication a varié selon l'intensité du lobbying. » – Rapp. : RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), *Droit du travail*, PUF, 1993, p. 36, le droit du travail « plus que la plupart des autres disciplines, est déterminé par le jeu des forces en présence, et par les données de la politique, de l'économie, de la technique, et de la psychologie collective ».

<sup>1402</sup> Relevant l'inspiration travailliste des statuts des agents généraux d'assurance : BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *L'intermédiation d'assurance*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009, n° 616.

<sup>1403</sup> Relevant l'inspiration travailliste du statut de l'agence commerciale : TEYSSIE (B.) et ANTONMATTEI (P.-H.), *A propos de la force de vente de l'entreprise : du droit commercial au droit du travail, in La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. B. Teyssie, Litec, 1992, p. 5 s., spéc. n° 21.

<sup>1404</sup> Relevant l'inspiration travailliste du statut de la gérance-mandat : DISSAUX (N.), *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, D. 2010, p. 667.

<sup>1405</sup> Proposition de loi LAURIOL et ANSQUER n° 529 tendant à définir un statut juridique du concessionnaire revendeur de produits de marque, déposée le 28/06/1978 à l'Assemblée nationale – Proposition de loi TURCO n° 979 tendant à définir la situation du commerçant-distributeur, déposée le 29/05/1974 à l'Assemblée nationale – Proposition de loi GLON et COUSTE n° 891 tendant à réglementer la situation juridique des franchisés et concessionnaires, déposée le 11/12/1973 à l'Assemblée nationale – Proposition de loi DALADIER et CUPFER n° 5087, tendant à

statuts protecteurs dans d'autres pays d'Europe<sup>1408</sup>). La question de l'adoption de nouveaux statuts spéciaux continuera à se poser car elle apparaît comme une solution pour sortir d'une approche binaire opposant les dépendants et les indépendants<sup>1409</sup> et des incertitudes de cette distinction<sup>1410</sup>. Mais une partie de la doctrine milite plutôt pour la création d'un véritable droit de la dépendance ou du travail non salarié<sup>1411</sup> ou d'un droit du travail commun à toutes les formes de travail<sup>1412</sup>. Pour l'instant, *de lege lata*, il existe des statuts spéciaux du droit du travail, justifiés par la volonté de prendre en compte la nature ou le degré de dépendance particulier de certains distributeurs non appréhendés par le contrat de travail de droit commun et créant ainsi des rattachements catégoriels au droit du travail.

**313. Absence de corrélation avec la nature et le degré de dépendance.** Or, si ces statuts spéciaux appréhendaient effectivement, dans les années 30 et 40, des situations particulières entre le salariat et l'indépendance, l'assouplissement progressif qu'a connu depuis le lien de subordination les a rattrapé, de même que l'évolution des règles de concurrence (en particulier, pour le statut de gérant de succursale, celles régissant la fixation des prix<sup>1413</sup>) et des techniques de distribution (développement de l'agence commerciale, de la franchise, de la concession, de la commission-affiliation).

Face à ces évolutions, les statuts auraient pu disparaître ou être cantonnés à des cas marginaux. Au contraire, ils ont été maintenus par le législateur et globalement élargis par la jurisprudence (extension du statut du gérant de succursale<sup>1414</sup>, admission de l'indifférence du lien de subordination pour le statut de VRP<sup>1415</sup>) ce qui a conduit à détacher les qualifications et la soumission au droit du travail qu'elles entraînent,

*préciser les conséquences juridiques du mandat du concessionnaire du commerce et de l'industrie*, déposée en 1957 à l'Assemblée nationale – Proposition de loi LACHÈVRE n° 7, Conseil de la République, session 195-1957 – Proposition de loi DALADIER n° 11283, *tendant à créer un statut des agents concessionnaires du commerce et de l'industrie*, déposée le 21/07/1955 à l'Assemblée nationale. – Sur ces propositions : DE BOÛARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, n° 246 s. – LATTI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, n° 543 s. – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 48 s. – BUHAGIAR (T.), *Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive ?*, JCP CI 1975.II.11636 – THREARD (J.), *Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ?*, RTD com., 1972, p. 537 s., n° 69 s. – CHAMPAUD (C.), *La concession commerciale*, RTD com. 1963, p. 453 s.

<sup>1406</sup> V. : BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, Mél. P. le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37 – HUHTAMAKI (M.), *Protection contractuelle des distributeurs - Proposition de modification de la directive 86/653/CEE du Conseil*, RDC 2008, p. 949 s. – GUYENOT (J.), note ss Amiens 29/11/1973, GP 1974.I.190, n° 8 – V. aussi : DE BOÛARD (F.), *op.cit.*, n° 316 s. – LICARI (F.-X.), *L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé*, RLDA 07/13, p. 97 – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, BDE, t. 58, Litec, 2002 – DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Préf. F. Collart Dutilleul et G. J. Martin, L'Harmattan, 1997, p. 209 s.

<sup>1407</sup> Le régime de l'agence commerciale est appliqué aux contrats de concession et de franchise par l'Allemagne, la Suisse, le Danemark et l'Autriche (LICARI (F.-X.), *L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé*, RLDA 07/13, p. 97) – *Infra* n° 1180.

<sup>1408</sup> Loi belge n° 1961072709 du 27/07/1961 *relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, modifiée par la loi belge n° 1971041302 du 13/04/1971 – V. THREARD (J.), *Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ?*, RTD com. 1972, p. 537 s., n° 86 s. – THIRION (N.) et BENOIT-MOURY (A.), *Les concessions de vente en droit belge*, in PINCHART (B.) et J.-P. TRIAILLE (J.-P.), *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, Larcier, 1996, p. 173 s.

<sup>1409</sup> Dans ce sens notamment : SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, *op. cit.*, p. 141 s., « traiter ces problèmes en termes de déplacement de frontières conduit à maintenir entre le salariat et l'indépendance une opposition en noir et blanc qui ne correspondant nullement aux évolutions actuelles. Une approche plus subtile consiste à introduire dans le tableau du droit un troisième terme : à reconnaître l'existence d'une zone grise entre indépendance et salariat ».

<sup>1410</sup> TOMASIN (D.), *A la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail*, in Mél. M. Despax, PU Toulouse, 2002, p. 203 s., n° 27,

<sup>1411</sup> V. not. : GAUDU (F.), *L'application du droit du travail à des travailleurs non salariés*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz 1996, p. 181 s., n° 37, concluant que « la technique du rattachement de non-salariés au droit du travail continuera très vraisemblablement d'être parfois employée, car elle est très simple, mais l'émergence d'un droit de la dépendance ou d'un droit du travail non salarié paraît une solution plus moderne » – V. également : ANTONMATTEI (P.-H.) et SCIBERRAS (J.-C.), *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008.

<sup>1412</sup> Sur cette question : GARDES (D.), *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, Préf. L. Casaux-Labrunée, PUTC, 2013 – SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s., spéc. p. 143 s.

<sup>1413</sup> *Supra* n° 235.

<sup>1414</sup> *Supra* n° 243 s.

<sup>1415</sup> *Supra* n° 289.

de la nature et du degré de dépendance du distributeur. L'étude des conditions d'application des différents statuts spéciaux a donc permis d'infirmer l'hypothèse d'un classement des statuts sur une échelle de degrés de dépendance du distributeur à l'égard de son fournisseur.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**314. Remise en cause du droit du travail par l'évolution de la distribution.** Finalement, il apparaît que l'évolution des techniques de distribution tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle (développement de la représentation commerciale, du succursalisme, de la concession et de la franchise) et qui se poursuit aujourd'hui (développement de la commission-affiliation) procède de la volonté des fournisseurs d'étendre la diffusion de leurs produits ou services par une multiplication des points de vente et des distributeurs. Les fournisseurs ont cependant voulu que cette multiplication ne s'accompagne pas d'une perte de maîtrise de la distribution de leurs produits ou services et notamment de leur image et prix. Or, si le salariat permet cette multiplication sans perte de maîtrise, il est coûteux (nécessité de financer les frais de prospection, le salaire et les charges sociales d'un représentant commercial ou les coûts matériels et humains d'ouverture et de fonctionnement d'une succursale, jusqu'à ce qu'ils génèrent des produits suffisants pour les amortir) et implique une prise de risques (perte des sommes engagées en cas d'échec de la prospection ou du point de vente). Ainsi, les fournisseurs ont cherché à externaliser la diffusion de leurs produits ou services sans perdre sa maîtrise et sans recourir au contrat de travail. Les évolutions du mandat, de la commission, le développement de la concession, de la franchise et des formes de gérance s'expliquent par cette recherche.

Le droit du travail, droit par excellence de la maîtrise de l'activité d'autrui, développé initialement sur le modèle de l'ouvrier des manufactures du début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1416</sup>, a ainsi été confronté à ces évolutions des techniques de distribution et, plus généralement, à une évolution globale des formes de travail<sup>1417</sup> et des méthodes de management<sup>1418</sup> remettant en cause son modèle de référence<sup>1419</sup>.

**315. Réaction insuffisante et maladroite du droit du travail.** Face à l'évolution des procédés de distribution, le droit du travail n'a su réagir que partiellement et maladroitement<sup>1420</sup>.

Il s'est accroché à une conception du contrat de travail à travers son économie d'échange d'une liberté contre une sécurité mais, accusé d'être rigide, de manquer de modernité, de brider la liberté des acteurs économiques<sup>1421</sup>, la compétitivité des entreprises et ainsi d'être une source d'inefficacité économique<sup>1422</sup>, il a

---

<sup>1416</sup> Sur la question : RADÉ (C), *Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ?*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 589 s., p. 592 –RAY (J.-E.), *De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail*, DS 1995, p. 634 s. – SCHELLE (G.), *Le Droit ouvrier*, 2<sup>e</sup> éd., A. Colin, 1929, p. 2.

<sup>1417</sup> *Supra* n° 212. – Rappr. : Comm. Livre vert *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle* : COM(2006) 708 final, constatant que « l'apparition de formes de travail atypique variées a estompé les frontières entre le droit du travail et le droit commercial. La distinction binaire traditionnelle entre « salarié » et « travailleur indépendant » n'est plus le reflet fidèle de la réalité économique et sociale du travail. Des différends peuvent survenir à propos de la nature juridique d'une relation de travail lorsque celle-ci est déguisée ou lorsque de véritables difficultés se posent pour faire coïncider de nouvelles modalités de travail dynamiques avec la relation de travail traditionnelle » (4., b.).

<sup>1418</sup> *Supra* n° 89.

<sup>1419</sup> Dans ce sens : RADÉ (C), *Peut-on dire...*, *op. cit.*, p. 599 s. mettant en évidence une « obsolescence du modèle de référence [...] de l'ouvrier des industries mécanisées ».

<sup>1420</sup> Sur les remises en cause et les évolutions du droit du travail en général : SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007 – SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s.

<sup>1421</sup> Constatant ces critiques : TOMASIN (D.), *op. cit.*, n° 3.

<sup>1422</sup> Sur ces critiques, voir notamment : LEROY (Y.), *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Préf. C. Marraud, BDS, t. 55, LGDJ, 2011, n° 148 s.

admis de plus en plus d'entorses<sup>1423</sup>, brouillant la distinction entre le salariat et l'indépendance.

Il a assoupli le lien de subordination (déplacement vers la périphérie du travail, intégration dans un service organisé, etc.)<sup>1424</sup> et l'a complété par des indices d'indépendance tirés du régime du contrat de travail (imputation des risques, moyens matériels propres, recours à des auxiliaires, clientèle propre)<sup>1425</sup>, conduisant, pour certains distributeurs, à des situations incohérentes ou incertaines soit d'autonomie dans la subordination (cadres <sup>1426</sup>), soit d'allégeance dans l'indépendance (concessionnaires et franchisés <sup>1427</sup>, mandataires, commissionnaires ou courtiers<sup>1428</sup>).

Ayant retenu initialement une conception du contrat de travail trop restrictive, il s'est enrichi de statuts spéciaux rattachant des distributeurs au droit du travail par des critères différents du contrat de travail de droit commun (VRP, gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire), créant ainsi des droits catégoriels qui ont été progressivement rattrapés par l'assouplissement du lien de subordination et qui se sont étendus, éclatant, par suite, le droit du travail et augmentant l'incertitude des frontières entre le salariat et l'indépendance<sup>1429</sup>.

Ayant parfois retenu une conception du salariat considérée comme trop extensive ou apparaissant comme inadaptée pour certains distributeurs, le droit du travail a été confronté à des statuts spéciaux excluant son application (agence commerciale, agents généraux d'assurance, gérant-mandataire du Code de commerce)<sup>1430</sup> qui se sont heurtés aux statuts travaillistes ayant un champ d'application comparable <sup>1431</sup> et à l'assouplissement du lien de subordination<sup>1432</sup>, augmentant encore l'éclatement, les incertitudes et les incohérences des frontières entre le distributeur salarié et le distributeur indépendant.

**316. Infirmerie de l'hypothèse.** Du fait de ces insuffisances, éclatements, incertitudes et incohérences, l'hypothèse d'une corrélation entre la nature ou le degré de dépendance d'un distributeur à son fournisseur et sa soumission au droit du travail ou au droit économique est infirmée tant par l'étude du contrat de travail de droit commun que par celle des statuts spéciaux du droit du travail<sup>1433</sup>.

**317. Existence d'une dépendance hors du droit du travail.** Finalement, le droit du travail n'apparaît pas comme le seul droit de la dépendance-obéissance ou de la dépendance-nécessité, de la subordination juridique ou de la dépendance économique. Ces dépendances au fournisseur peuvent entraîner l'application du droit du travail mais existent également dans des relations de distribution qui échappent à ce droit du fait d'appréciations jurisprudentielles restrictives ou d'exclusions légales. Ces rapports de distribution échappant au droit du travail relèvent alors, en principe, du droit économique.

---

<sup>1423</sup> Sur la question, v. notamment : PASQUIER (T), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 220 s.

<sup>1424</sup> *Supra* n° 86 s.

<sup>1425</sup> *Supra* n° 83 et 98 s.

<sup>1426</sup> *Supra* n° 91.

<sup>1427</sup> *Supra* n° 126 s.

<sup>1428</sup> *Supra* n° 155 s.

<sup>1429</sup> Section 2 – *Supra* n° 318 s.

<sup>1430</sup> *Supra* n° 175 s.

<sup>1431</sup> *Supra* n° 267 s.

<sup>1432</sup> *Supra* n° 279.

<sup>1433</sup> Rappr. : LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, n° 5, « la distinction [entre subordination et indépendance], sans être fautive ne reflète pas fidèlement la réalité. Dominante en droit positif, elle n'est employée que faute de mieux. On peut tenter de cerner mieux le concept d'indépendance : il reste toujours fuyant ».

## CHAPITRE 2 – LA QUALIFICATION DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS PAR LE DROIT ÉCONOMIQUE

**318. Hypothèse.** L'étude de la qualification de la dépendance des distributeurs par le droit du travail a révélé qu'il n'appréhendait pas la dépendance de certains distributeurs à l'égard de leur fournisseur (en particulier leur dépendance-obéissance<sup>1434</sup>)<sup>1435</sup>. Peut ainsi être posée l'hypothèse que cette dépendance serait appréhendée par le droit économique et sa qualification corrélée à une nature ou à un degré de dépendance.

**319. Diversité des qualifications.** Le droit économique comporte de multiples qualifications faisant référence à la dépendance : la *dépendance économique* en droit de la concurrence, l'*activité professionnelle indépendante* dans les procédures collectives<sup>1436</sup>, l'*autonomie de gestion* et les *contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité* dans la jurisprudence sur le fonds de commerce, etc. Cependant beaucoup de ces qualifications sont embryonnaires ou n'entrent pas dans le champ de cette étude.

**320. Professionnel indépendant.** Ainsi, les qualifications de *professionnel indépendant* ou d'*activité indépendante* sont utilisées dans le cadre de la détermination de la compétence du Tribunal de commerce et pour circonscrire le champ d'application des procédures collectives. Il s'agit de viser des personnes non commerçantes (professionnels libéraux)<sup>1437</sup> ou n'exerçant pas leur activité au nom d'une société<sup>1438</sup>, dont la qualité de non-salarié est postulée<sup>1439</sup> et renvoie au droit du travail.

**321. Contrôle et immixtion en droit des sociétés.** En droit des sociétés, les notions de contrôle<sup>1440</sup> et d'immixtion<sup>1441</sup> visent des situations spécifiques de dépendance d'une personne à l'égard d'une autre.

---

<sup>1434</sup> Il est rappelé que la dépendance-obéissance renvoie à la soumission aux pouvoirs de direction, contrôle et sanction pouvant caractériser la subordination juridique (*supra* n° 69, 84).

<sup>1435</sup> *Supra* n° 317.

<sup>1436</sup> Les procédures de sauvegarde, redressement et liquidation sont applicables notamment à « toute personne [...] physique exerçant une activité professionnelle indépendante » (C. com. art. L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2).

<sup>1437</sup> V. par ex. : Com. 11/03/2008 : n° 06-20089 ; JCP E 2008, 2050, C. Lebel, l'« arrêt retient que M. X... travaillait seul, sans l'apport d'une main d'œuvre interne ou externe, qu'il exerçait de manière prépondérante une activité de production, transformation et prestation de services dont il tire l'essentiel de sa rémunération, et que l'achat pour revendre de marchandises représentait, pour l'année 2004, pour lui seulement l'équivalent d'environ 5 % de son résultat d'exploitation, c'est-à-dire était accessoire et marginale ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a fait ressortir que M. X... était un travailleur indépendant dont les gains provenaient essentiellement du produit de son travail personnel et qu'il ne spéculait ni sur les marchandises ni sur la main d'œuvre, a pu statuer comme elle a fait ». Le fait qu'une personne tire ses revenus essentiellement du produit de son travail personnel et ne recourt pas à la main d'œuvre d'autrui est ainsi pris en compte pour retenir sa qualité de travailleur indépendant plutôt que celle de commerçant alors que ces critères sont des indices du contrat de travail (*supra* n° 108 s.).

<sup>1438</sup> V. par ex. : Com. 12/11/2008 : n° 07-16998 ; B. n° 191 ; D. 2008, 2929, A. Lienhard ; JCP E 2009, 1023, concl. R. Bonhomme, « la cour d'appel, qui a énoncé que le gérant d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce, en a exactement déduit que M. X... ne pouvait pas être mis en redressement judiciaire » – V. également : Com. 09/02/2010, 3 arrêts : n° 08-15191, 08-17144 et 08-17670 ; B. n° 35 à 37 ; D. 2010, 434, A. Lienhard ; JCP E 2010, 1267, A. Cerati-Gauthier, « l'avocat, qui a cessé d'exercer son activité à titre individuel pour devenir associé d'une société civile professionnelle, n'agit plus en son nom propre mais exerce ses fonctions au nom de la société ; qu'il cesse dès lors d'exercer une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce » – V. également : Civ. 2 21/01/2010 : n° 08-19984 ; JCP E 2010, 1357, C. Lebel. – Sur la question : JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 8<sup>e</sup> éd., Litec, 2013, n° 163 s. – SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 338 s.

<sup>1439</sup> Dans ce sens : PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 276.

<sup>1440</sup> Le Code de commerce définit plusieurs hypothèses de contrôle et des présomptions, selon l'étendue des droits de vote dont dispose la personne considérée (C. com. art. L. 233-3 et L. 233-16). – Sur la question : LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2015, n° 1510 s. – MERLE (P.) et FAUCHON (A.), *Sociétés commerciales*, 18<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 759 s. – MESTRE (J.), VELARDOCCIO (D.) et MPINDI (I.), *Le Lamy Sociétés Commerciales*, Lamy, 2013, n° 2135 s. – MONSERIE-BON (M.-H.), *Groupes de sociétés - Filiales, participation et sociétés contrôlées - Régime juridique*, JCl. Soc., fasc. 165-10, 2012, maj. 2013, n° 41 s. – LECOURT (A.), *Groupe de sociétés*, Rép. soc. Dalloz, 2011, n° 30 s. – STORCK (M.), *Définition légale du contrôle d'une société en droit français*, RS 1986, p. 385 s.

<sup>1441</sup> Sur la question, voir notamment : LE FUR (V.), *Les nouvelles formes d'immixtion ou l'émergence d'une immixtion non fautive en droit des sociétés*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 295 s. – PASQUIER (I.), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 173 – GAUTIER (P.-Y.), *Des ricochets profitables, provoqués par le droit des sociétés sur les autres*

Cependant, en recourant à des distributeurs, c'est-à-dire en externalisant la diffusion de leurs produits ou services, les fournisseurs cherchent généralement à ne pas investir dans cette fonction et à ne pas courir les risques associés. En prenant une participation dans la société du distributeur, le fournisseur réaliserait un tel investissement qui limiterait l'intérêt de l'externalisation. Ces prises de participation sont ainsi exceptionnelles : elles visent généralement à acquérir une maîtrise sur un actif stratégique comme un emplacement particulièrement attractif<sup>1442</sup> ou sont réalisées en vue d'une revente à court terme<sup>1443</sup>. Ces hypothèses particulières mises à part, les relations de distribution ont essentiellement pour support des opérations contractuelles non sociétaires. La qualification de la dépendance des sociétés de distribution dans lesquelles un fournisseur a pris une participation ne sera donc pas spécifiquement étudiée<sup>1444</sup>. La notion de contrôle sera cependant abordée dans le droit des concentrations en droit de la concurrence<sup>1445</sup>.

**322. Direction de fait et immixtion caractérisée dans la gestion.** En droit des procédures collectives, la dépendance d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur peut être appréhendée à travers les notions d'*immixtion dans la gestion* et de *direction de fait*.

**Immixtion caractérisée dans la gestion.** Lorsqu'une procédure collective est ouverte, la loi prévoit que « *les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf [...] immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur* »<sup>1446</sup>. Par suite, un fournisseur qui consentirait des prêts ou délais de paiement à un distributeur en procédure collective pourrait engager sa responsabilité s'il s'est immiscé de façon caractérisée dans la gestion de celui-ci.

Depuis son adoption en 2005, l'immixtion caractérisée dans la gestion n'a jamais eu à être examinée par la Cour de cassation à propos d'un distributeur franchisé, concessionnaire, commissionnaire, mandataire ou courtier<sup>1447</sup>. La doctrine soutient que la notion serait voisine de la direction de fait<sup>1448</sup>.

**Direction de fait.** La loi prévoit que « *lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion* »<sup>1449</sup>. La direction de fait suppose qu'une personne ait exercé en fait en toute indépendance une

---

*contrats spéciaux : à propos des concepts « d'immixtion » et de « contrôle »*, RTD com. 1994, p. 881 s. — V. également : Com. 12/06/2012 : n° 11-16109 ; B. n° 121 ; JCP E 2012, 1513, N. Dissaux.

<sup>1442</sup> Dans ce sens : DONDERO (B.), *L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative*, JCP E 2012, 1671, spéc. n° 19 s.

<sup>1443</sup> Sur cette hypothèse : Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations du 10/07/2013, §630.

<sup>1444</sup> Sur l'étude du pouvoir et de la dépendance dans les sociétés, voir notamment : Ass. H. Capitant, *Le pouvoir dans les sociétés*, Bruylant, 2014 — LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004 — DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Préf. F. Collart Dutilleul et G. J. Martin, L'Harmattan, 1997 — V. également : KASPARIAN (P.), *Le contrôle conjoint*, Préf. H. Synvet, Joly, 2014 — CHATARD (D.), *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés*, Préf. B. Teyssié, LexisNexis, 2013.

<sup>1445</sup> *Infra* n° 325.

<sup>1446</sup> C. com. art. L. 650-1.

<sup>1447</sup> Une recherche sur *Legifrance*, le 01/02/2015, dans l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation des termes « L. 650-1 » et « immixtion » et « concession » ou « concessionnaire » ou « commissionnaire » ou « courtier » ou « agent commercial » ne donne aucun résultat. Une recherche avec les deux premiers termes et « franchise » aboutit à un seul arrêt où la Cour de cassation se prononce en réalité sur une direction de fait (Com. 23/09/2014 : n° 12-35120).

<sup>1448</sup> Dans ce sens : PÉROCHON (F.), *op. cit.*, n° 1684 — PASQUALINI (F.), *Responsabilité du banquier*, Rép. com., 2005, maj. 2015, n° 134 — SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *op. cit.*, n° 1363 — SIMON (F.-L.), *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éd., 2009, n° 800 — Rapp. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 547.

<sup>1449</sup> C. com. art. L. 651-2.

activité positive de direction d'une société dont elle n'était pas le dirigeant de droit<sup>1450</sup>.

Un fournisseur qui pourrait être qualifié de dirigeant de fait de la société distributrice serait ainsi susceptible de supporter, seul ou solidairement avec le dirigeant de droit, l'insuffisance d'actif s'il y a contribué en participant à une faute de gestion. La jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question est très rare<sup>1451</sup> mais semble retenir une interprétation restrictive de la direction de fait. Ainsi, l'exercice des pouvoirs de direction et de contrôle du fournisseur sur un franchisé ou un concessionnaire n'apparaît pas suffisant à caractériser une direction de fait<sup>1452</sup>. Elle supposerait que le fournisseur ne se limite pas à imposer des normes, à donner des instructions et à vérifier leur respect mais réalise lui-même, directement, des actes de gestion de l'unité de distribution en détenant les documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires, en disposant de la signature bancaire du distributeur, en signant les bons de commande à la place de celui-ci, en préparant ses documents administratifs et titres de paiement, en établissant ses déclarations fiscales ou sociales, ou encore en contrôlant l'embauche de son personnel<sup>1453</sup>.

Les notions d'immixtion caractérisée dans la gestion et de direction de fait sont ainsi interprétées par la jurisprudence de manière à ne pouvoir appréhender la dépendance existant dans l'exécution normale d'un contrat de distribution.

**323. Plan.** En revanche, l'application des règles de concurrence (Section 1) et des conditions d'attribution de la propriété du fonds de commerce (Section 2) mobilisent des qualifications de la dépendance d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur beaucoup plus significatives.

---

<sup>1450</sup> V. par ex. : Com. 27/06/2006 : n° 04-15831 ; B. n° 151 ; D. 2006, 1892, A. Lienhard et 2534, R. Dammann et J. Paszkudzki ; JCP E 2006, 1629, Y. Reinhard ; RS 2006, 900, D. Poracchia – Com. 12/07/2005 : n° 03-14045 ; B. n° 174 ; D. 2005, 2071, A. Lienhard – Com. 15/03/2005 : n° 03-17558 – Sur la question en droit de la distribution : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, n° 214 s. – Sur la question en général dans les procédures collectives : PÉROCHON (F.), *op. cit.*, n° 1684 s. – SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *op. cit.*, n° 1363 s. – LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, Delmas, 2013, n° 131-19 s. – RIVE-LANGE (J.-L.), *La notion de dirigeant de fait*, D. 1975, chron. p. 41 s.

<sup>1451</sup> Une recherche sur *Légifrance*, le 03/03/2015, en texte intégral dans l'ensemble des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation des termes « franchise » ou « concession » ou « agent commercial » ou « commissionnaire » et « dirigeant de fait » ou « direction de fait » donne 13 résultats dont seulement 3 pertinents (Com. 23/09/2014 : n° 12-35120 – Com. 26/10/1999 : n° 97-19026 – Com. 09/11/1993 : n° 91-18351 ; B. n° 390).

<sup>1452</sup> Dans ce sens : Com. 23/09/2014 : n° 12-35120 ; CCC 2015, 11, M. Malaurie-Vignal, s'agissant d'une location-gérance et franchise d'un Institut de Beauté Yves Rocher conclues avec une EURL, la cour d'appel juge que « les contrats successivement signés [...] enferment la gérante dans une structure contrainte découlant de son adhésion à la distribution exclusive des produits Yves Rocher, lui font obligation de travailler dans un ou plusieurs modules ou cabines de soins Yves Rocher en appliquant une procédure sur laquelle elle n'a aucune prise, la privent d'autonomie quant aux campagnes publicitaires, aux aménagements du local et à la politique des prix ainsi que de tout droit au titre de la clientèle et sur le fichier client, la soumettent à un contrôle de sa comptabilité et ne lui laissent un pouvoir direct que sur la direction de l'institut de beauté, l'embauche, le licenciement et la rémunération des salariés, et sur "la gestion du fonds avec la tenue de la comptabilité, avec une autonomie sur les bénéfices et les pertes" ». La cour d'appel relève également « que de nombreux courriers et messages électroniques de la société Yves Rocher démontrent une omniprésence sur les produits, les prix, les promotions, les publicités et la détermination du stock » et en conclut « que ces actes d'immixtion directe dans l'activité quotidienne de l'EURL caractérisent une gestion de fait de celle-ci par la société Yves Rocher ». La Cour de cassation juge cependant que ces motifs sont « impropres à établir que la société Yves Rocher a exercé en toute indépendance une activité positive de direction de l'EURL » et casse l'arrêt pour manque de base légale. – V. également : Com. 26/10/1999 : n° 97-19026, pour un concessionnaire.

<sup>1453</sup> Dans ce sens : Com. 09/11/1993 : n° 91-18351 ; B. n° 390 ; JCP 1994.II.22304, G. Virassamy ; D. 1995, 79, D. Ferrier ; RTD civ. 1995, 104, J. Mestre – Com. 26/10/1999 : n° 97-19026 – Comp. : Com. 19/12/1995 : n° 92-20116 ; B. n° 307 – Rapp. : Soc. 18/02/2015 : n° 13-22595 – Com. 24/05/2014 : n° 12-26705 ; B. n° 90 – Sur la question : LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, Delmas, 2013, n° 131-23.

## SECTION 1 – LA QUALIFICATION DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

**324. Présentation.** Le droit de la concurrence se divise classiquement en un droit des pratiques anticoncurrentielles, un droit des concentrations économiques et un droit des pratiques restrictives de concurrence<sup>1454</sup>. Tous appréhendent la dépendance des distributeurs.

**325. Contrôle des concentrations.** Le droit des concentrations économiques permet à l'État français ou à l'Union européenne d'examiner préalablement, pour les interdire ou les autoriser, le cas échéant sous conditions<sup>1455</sup>, les fusions d'entreprises, acquisitions de contrôle d'entreprises ou créations d'entreprises communes<sup>1456</sup>. Il s'agit de préserver une concurrence effective sur les marchés concernés<sup>1457</sup> et notamment de lutter préventivement contre les abus de domination<sup>1458</sup>.

**Notion de contrôle.** La loi précise que la notion de contrôle d'une entreprise « *découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment : des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise* »<sup>1459</sup>.

**Application restreinte pour les contrats de distribution.** La notion de contrôle apparaît ainsi très englobante. En particulier, la notion de *contrats qui confèrent la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise* est susceptible d'appréhender tous les contrats de distribution permettant à un fournisseur d'imposer des normes de gestion ou de commercialisation, des directives ou des contrôles : la franchise, la concession, l'agence commerciale, la commission-affiliation, etc.<sup>1460</sup>

**Principe d'exclusion.** La Commission européenne, suivie par l'Autorité de la concurrence, affirme cependant que « *les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé* » car celui-ci « *exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur* » si bien que la conclusion de ces contrats ou les changements de réseau ne constituent pas, en principe, des concentrations<sup>1461</sup>.

**Exceptions restreintes.** L'Autorité de la concurrence précise malgré tout que « *d'autres éléments de*

---

<sup>1454</sup> Titres II, III et IV du Livre IV du Code de commerce.

<sup>1455</sup> C. com. art. L. 430-2 s. – Règl. CE 139/2004 du Conseil du 20/01/2004, art. 8.

<sup>1456</sup> C. com. art. L. 430-1, I et II – Règl. CE 139/2004 du Conseil du 20/01/2004, art. 3.

<sup>1457</sup> C. com. art. L. 430-5, -6 et -7 – Règl. CE 139/2004 du Conseil du 20/01/2004, art. 2.

<sup>1458</sup> C. com. art. L. 430-6 et 9 – Règl. CE 139/2004 du Conseil du 20/01/2004, art. 2, §2 s.

<sup>1459</sup> C. com. art. L. 430-1, III. – Règl. CE 139/2004 du Conseil du 20/01/2004, art. 3, §2.

<sup>1460</sup> Sur la question, pour la franchise : RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, Préf. Y. Picod, avant-propos L. Vogel, Fondation Varenne, LGDJ, 2014, n° 48 s.

<sup>1461</sup> Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : JOUE 2009, C 265/07, pt 19. – Aut. conc. lignes directrices 10/07/2013 relatives au contrôle des concentrations, pt 53 et pt 622 s. – V. également : Comm. CE 9/07/1997, *UBS/Mister Minit* : n° M.940, pt 14 s., décidant le franchiseur ne peut être considéré comme contrôlant les actifs mis à disposition du franchisé car celui-ci verse une redevance en contrepartie (pt 14) et que les dispositions « *typiques* » d'un accord de franchise et notamment l'obligation de respecter les normes de commercialisation du franchiseur, ne sont pas de nature à conférer une influence déterminante du franchiseur sur son franchisé, dans la mesure où ce dernier continue à supporter les risques commerciaux inhérents à son activité (gestion du stock et de l'approvisionnement, fixation des prix) (pt 15).



droit ou de fait, pris conjointement avec les divers contrats de franchise, d'adhésion, d'enseigne ou de panonceau sont cependant susceptibles, de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents » et qu'elle « examine tous les éléments de droit ou de fait qui permettent à la tête de réseau de limiter l'autonomie de l'adhérent, tant dans la conduite de sa politique commerciale (par exemple, à travers des mécanismes contractuels qui transfèrent, tout ou partie, du risque commercial de l'adhérent vers la tête de réseau) que dans les possibilités de changer de réseau, et détermine s'ils sont suffisants pour conférer à la "tête de réseau" une influence déterminante sur l'entreprise de son "adhérent" »<sup>1462</sup>, caractérisant ainsi un contrôle exclusif ou conjoint<sup>1463</sup>. Tel peut être le cas si le contrat de distribution s'accompagne d'une prise de participation du fournisseur, même minoritaire, dans le capital du distributeur ou d'un système de gouvernance de la société du distributeur « très dérogatoire », même sans participation au capital<sup>1464</sup>. Cependant, ces hypothèses de contrôle sans participation sont très exceptionnelles<sup>1465</sup> et semblent supposer une possibilité de prise de participation future dans la société distributrice<sup>1466</sup>.

Finalement, un contrat de distribution en lui-même, même s'il procède à une intégration importante du distributeur en lui imposant des normes sur son exploitation et un contrôle (franchise), n'est pas analysé comme conférant au fournisseur une influence déterminante caractéristique d'un contrôle pour le droit des concentrations<sup>1467</sup>. La dépendance issue du contrat de distribution est ainsi ignorée.

**326. Plan.** C'est donc essentiellement dans les pratiques anticoncurrentielles (§1) et les pratiques restrictives de concurrence<sup>1468</sup> (§2) que le droit de la concurrence appréhende la dépendance des distributeurs.

<sup>1462</sup> Aut. conc. lignes directrices 10/07/2013 relatives au contrôle des concentrations, pt 624.

<sup>1463</sup> Aut. conc. lignes directrices 10/07/2013 relatives au contrôle des concentrations, pt 629.

<sup>1464</sup> *Ibid.*, pt 625 s. – Communication *op. cit.*, pt 20, la Commission européenne estime que « dans des circonstances exceptionnelles, une situation de dépendance économique peut conduire à un contrôle de fait lorsque, par exemple, de très importants contrats de livraison à long terme ou des crédits octroyés par des fournisseurs ou des clients, conjugués à des liens structurels, confèrent une influence décisive. Dans ces cas de figure, la Commission analysera soigneusement dans quelle mesure ces liens économiques, combinés à d'autres liens, suffisent pour entraîner une modification durable du contrôle ». – Pour un exemple de prise de participation avec système de gouvernance dérogatoire : Aut. conc. 17/11/2009, *Mikery et ITM* : n° 09-DCC-64, pt 2 s. – Pour des exemples de prise de participation minoritaires conférant un contrôle : Comm. CE 22/01/1997, *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB* : n° M.794, pt 5 s., « les rapports entre TCCC et CCE ne sauraient être assimilés à un accord de distribution exclusive compte tenu, en particulier, de la participation de 45 % que TCCC détient dans le capital de CEE et de la structure de l'actionariat restant » (pt 9) « c'est pourquoi [...] la Commission conclut que TCCC est en mesure d'exercer une influence déterminante sur CEE et, dès lors, contrôle cette entreprise » (pt 13). – Sur la question : CILLERO VALDELVIRA (D.), *La prise de participation de la tête de réseau dans le capital de la société distributrice*, CDE 4/2010, p. 37 s.

<sup>1465</sup> Aut. conc. 07/12/2010 : avis n° 10-A-86, « s'il n'est pas exclu que la conclusion d'un contrat de distribution puisse conférer à une tête de réseau une influence déterminante sur l'activité d'un magasin, c'est essentiellement au travers de prises de participation minoritaire que le droit des concentrations a vocation à contrôler l'organisation des réseaux de distribution » – V. également : Ministre de l'économie 4/01/2008, *France Télécom et CET* : n° C2007-144 ; BOCCRF n°1 bis, 25/01/2008, p.2, « la qualification d'une influence déterminante sur une entreprise en dehors de toute participation au capital et de toute représentation dans les organes délibérants, est "extrêmement rare", et requiert en toute hypothèse qu'un faisceau d'indices convergents soit réuni » – RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, Préf. Y. Picod, avant-propos L. Vogel, Fondation Varenne, LGDJ, 2014, n° 55 s., spéc. n° 59 s., mettant en évidence une exclusion de principe de la franchise du droit des concentrations (n° 56 s.) seulement tempérée en cas de prise de participation majoritaire (n° 61 s.), de « prise de participation minoritaire conduisant à un enfermement dans le réseau » (n° 63 s.) ou en cas d'acquisition d'actifs du franchisés (n° 65 s.).

<sup>1466</sup> V. par ex. : Aut. conc. 27/08/2012, *UCA et E Leclerc* : n° 12-DCC-125, pt 20 s., en l'espèce un contrôle conjoint de l'association Leclerc et des présidents des sociétés d'exploitation des magasins sur ces sociétés a été caractérisé à partir d'un faisceau d'indices. Tout d'abord, des statuts-types étaient imposés aux sociétés d'exploitation des magasins et conféraient à un Conseil de parrainage – composé exclusivement de personnes titulaire d'un droit d'usage de l'enseigne E. Leclerc ou d'un contrat d'enseigne ou de panonceau avec l'association Leclerc – un droit d'information, un droit d'avis et surtout un pouvoir de nomination et de révocation du dirigeant de la société devant obligatoirement être un membre de l'association Leclerc. Or l'association était libre dans son octroi ou retrait d'un droit d'usage de l'enseigne et en cas de perte du droit d'usage, les statuts-types prévoyaient la possibilité d'exclure le dirigeant/actionnaires majoritaire et de le contraindre à céder ses actions. Ensuite, l'association E. Leclerc imposait des normes limitant l'autonomie de ses adhérents dans leur politique commerciale. Enfin, des prévisions statutaires ou contractuelles rendaient très difficiles le changement d'enseigne du magasin et la cession des actions de la société à un tiers au mouvement Leclerc. – V. également : C. conc. 15/10/1991, *Gillette et EMN* : avis n° 91-A-09, p. 7 s., en l'espèce l'influence déterminante a été déduite du fait qu'en application de l'accord, Gillette devenait détenteur d'obligations convertibles en actions de la cible, prêteur auprès de la cible et propriétaire de nombreux droits de propriété intellectuelle de la cible.

<sup>1467</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 729.

<sup>1468</sup> Titres II, III et IV du Livre IV du Code de commerce.

## §1 – La qualification de la dépendance des distributeurs par le droit des pratiques anticoncurrentielles

**327. Plan.** Le droit des pratiques anticoncurrentielles appréhende la dépendance des distributeurs à travers la notion d'entreprise, en particulier dans le cadre de la lutte contre les ententes anticoncurrentielles (A) et par les abus de domination, en particulier à travers l'abus de dépendance économique (B).

### A – La qualification incohérente et incertaine de la dépendance à travers la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence

**328. Notion d'entreprise en droit de la concurrence.** Les sujets de droit sont classiquement des personnes physiques ou morales. Cependant, les textes du droit de la concurrence n'ont pas visé des personnes mais des entreprises<sup>1469</sup>. Une notion, à l'origine économique, a ainsi été importée dans la sphère juridique, contraignant la jurisprudence à la définir pour cerner les sujets du droit de la concurrence<sup>1470</sup>. L'entreprise est ainsi devenue une notion autonome distincte de la personne juridique<sup>1471</sup>. Au sens du droit de la concurrence, elle vise « *toute entité exerçant une activité économique* »<sup>1472</sup> et disposant d'une autonomie de décision suffisante pour déterminer son comportement sur le marché<sup>1473</sup>.

**329. Application aux distributeurs.** L'activité économique est définie comme une activité « *consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »<sup>1474</sup>, ce qui est précisément l'activité d'un distributeur. Le premier critère de l'entreprise est ainsi systématiquement rempli par les distributeurs.

En revanche, la satisfaction du second critère est moins évidente puisque c'est à partir de l'autonomie de décision que le droit de la concurrence appréhende les relations de dépendance pouvant exister entre un fournisseur et ses distributeurs.

**Salariés.** La Cour de justice des communautés européennes a ainsi jugé que les travailleurs (salariés)<sup>1475</sup>, puisqu'ils sont intégrés aux entreprises pour lesquelles ils travaillent, forment « *avec chacune d'elles une*

---

<sup>1469</sup> C. com. art. L. 420-1 et L. 420-2 – TFUE art. 101 et 102.

<sup>1470</sup> Sur la question : ARCELIN-LÉCUYER (L.), *Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence*, JCl. Conc., fasc. 35, 2014 – ARCELIN (L.), *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Préf. M.-D. Hagelsteen, BDE, t. 61, Litec, 2003 – IDOT (L.), *La notion d'entreprise, révélateur de l'ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. Pirovano, éd. F. Roche, 2003, p. 523 – IDOT (L.), *La notion d'entreprise*, RS 2001, p. 191 et D. 2001, p. 19.

<sup>1471</sup> CJCE 12/07/1984, *Hydrotherm* : 170/83, pt 11, « *la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales* » – CJUE 18/07/2013, *Shcindler Holding* : 501/11 ; Europe 2013, 410, L. Idot ; CCC 2013, 216, D. Bosco, pt 102.

<sup>1472</sup> CJCE 23/04/1991, *Höfner et Elser* : 41/90, pt 21 – CJCE 11/07/2006, *FENIN* : 205/03, pt 23.

<sup>1473</sup> TPICE 15/09/2005, *Daimler Chrysler* : T-325/01 ; RDC 2006, 337, C. Prieto et 555, C. Bourgeon, pt 85, « *il ressort également d'une jurisprudence constante que la notion d'entreprise placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales [...]* la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante, ce qui s'impose étant l'unité ou non de leur comportement sur le marché. Il peut donc s'avérer nécessaire de déterminer si deux sociétés ayant des personnalités juridique distinctes formes ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché ». – V. également : CJCE 14/07/1972, *ICI* : 48/69, pt 140. – Sur la question : ARCELIN-LÉCUYER (L.), *Notion d'entreprise...*, op. cit., n° 69 s. – DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 23 s. – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 131 s. – ARCELIN-LÉCUYER (L.), *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., PUR, 2013, n° 49 s. – BOUTARD LARBARDE (M.-C.), CANIVET (G.) et autres, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, n° 63.

<sup>1474</sup> CJCE 25/10/2001, *Ambulanz Glöckner* : 475/99, pt 19 – CJCE 18/06/1998 : 35/96, pt 36.

<sup>1475</sup> Sur la notion de travailleur au sens du droit communautaire : RODIÈRE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 647 s. – TEYSSIE (B.), *Droit européen du travail*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2013, n° 213 s. – REYNES (B.), *La notion de travailleur salarié en droit communautaire*, Mél. M. Despax, PU Toulouse, 2002, p. 201 s.

unité économique » et « ne constituent dès lors pas eux-mêmes des "entreprises" au sens du droit communautaire de la concurrence »<sup>1476</sup>. Les distributeurs salariés ne sont pas considérés comme suffisamment autonomes sur le marché pour constituer des entreprises distinctes de leurs employeurs<sup>1477</sup>.

**Autres distributeurs.** Les juridictions et autorités de la concurrence poussent cette logique encore plus loin en considérant que des distributeurs non salariés peuvent, à l'instar des salariés, être considérés comme intégrés à l'entreprise du fournisseur et former avec elle une seule unité économique faute de pouvoir adopter un comportement autonome sur le marché considéré<sup>1478</sup>.

**330. Plan.** Plusieurs appréciations différentes de cette autonomie ont cependant été développées. En droit européen, dans les lignes directrices de la Commission et dans la jurisprudence, l'autonomie d'un distributeur se déduit désormais exclusivement d'une analyse de la charge des risques de l'activité (1) alors que dans la jurisprudence des juridictions européennes antérieure à 2006 et dans celle de l'Autorité de la concurrence, il est également tenu compte de l'autonomie décisionnelle du distributeur (2).

## ***1 – La qualification de la dépendance par l'analyse exclusive de la charge des risques***

**331. Plan.** L'approche de la dépendance par la charge des risques sera présentée (a) avant d'être critiquée (b).

### **a – Présentation de la qualification de la dépendance par l'analyse exclusive des risques**

**332. Distinction des marchés.** Dans une communication de 1962 relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec les représentants de commerce<sup>1479</sup>, la Commission européenne expose que le représentant de commerce exerce sur deux marchés distincts au sein desquels il n'a pas le même statut.

**Indépendance sur le marché de la représentation.** Sur le marché de la représentation, le représentant opère en tant qu'entreprise indépendante en offrant ses services à d'autres entreprises (des fournisseurs de biens ou services).

**Dépendance sur le marché des produits ou services.** En revanche, sur le marché des produits ou services objets de l'activité de représentation, le représentant n'est « *lui-même ni acheteur ni vendeur* » mais « *agit sur [...] instructions* » pour rechercher « *des acheteurs ou des vendeurs dans l'intérêt de son co-contractant qui, lui, vend ou achète* ». Pour la Commission, faute d'autonomie, le représentant doit être considéré, sur ce marché, comme un « *auxiliaire* » faisant partie de l'entreprise du fournisseur et non comme un négociant indépendant<sup>1480</sup>.

---

<sup>1476</sup> CJCE 16/09/1999, *Jean-Claude Becu* : 22/98, pt 26 – V. également : Cons. conc. 27/06/2006 : n° 06-MC-02 ; Concurrences 03/2006, 89, E. Claudel ; RLC 10-12/2006, 23, C. Neau-Leduc ; RTD com. 2007, 48, E. Claudel.

<sup>1477</sup> Sur la question : RODIÈRE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 356 – DRIGUEZ (L.), *Droit social et Droit de la concurrence*, Préf. L. Idot, FEC/Bruylant, 2006, n° 30 s.

<sup>1478</sup> Dans ce sens : CJCE 16/12/1975, *Sniker Unie* : 40/73 ; JCP E 1976.I.12168, L. Focsaneanu, pt 480, « *si un [...] intermédiaire exerce une activité au profit de son commettant, il peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci, tenu de suivre les instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique* » – V. également : TPICE 15/09/2005, *Daimler Chrysler* : T-325/01 ; RDC 2006, 337, C. Prieto et 555, C. Bourgeon, pt. 86.

<sup>1479</sup> Communication de la Commission du 24/12/1962 *relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec les représentants de commerce* : JOCE 24/12/1962, L 2921.

<sup>1480</sup> Communication de la Commission du 24/12/1962, *op. cit.*, II.

Le raisonnement a été repris, élargi à l'ensemble des représentants et affiné par la Commission dans ses lignes directrices de 2000<sup>1481</sup> et de 2010<sup>1482</sup> et a été adopté par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1483</sup>.

**333. La charge des risques comme critère de la dépendance.** Dès sa communication de 1962, la Commission a considéré « *comme critère déterminant pour distinguer le représentant de commerce du négociant indépendant la convention, expresse ou tacite, relative à la prise en charge des risques financiers liés à la vente ou l'exécution du contrat* »<sup>1484</sup>. Aux risques financiers ont été ensuite ajoutés les risques commerciaux<sup>1485</sup> et la Commission a élaboré une typologie des risques pertinents doublée d'une méthode d'analyse<sup>1486</sup> pour distinguer les distributeurs jouissant d'une autonomie comportementale sur le marché des produits ou services distribués et ceux devant être regardés comme formant une même entreprise avec leur fournisseur sur ce marché. Aucun autre critère n'est mentionné et la Commission précise notamment que « *le fait que l'agent agisse pour le compte d'un ou de plusieurs commettants est sans incidence* »<sup>1487</sup>.

**334. Champ d'application.** La Commission restreint son raisonnement à l'ensemble des intermédiaires qui négocient ou concluent des contrats pour le compte d'autrui qu'elle qualifie d'agents<sup>1488</sup>. Sont ainsi visés les courtiers, les commissionnaires et les mandataires, en particulier les agents commerciaux voire les VRP.

**335. Typologie des risques pertinents.** Trois types de risques sont analysés : les risques liés aux contrats conclus ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, les risques liés aux investissements propres au marché et, depuis 2010, les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché à la demande du commettant<sup>1489</sup>.

**Risques des contrats conclus pour le compte du fournisseur.** Tout d'abord, la Commission considère que, pour être un négociant indépendant, le distributeur doit supporter des risques liés aux contrats conclus pour le compte du fournisseur. Tel est le cas lorsqu'il supporte un ou plusieurs des risques ou coûts suivants, la liste n'étant pas exhaustive :

- le risque lié à la propriété des marchandises ou à la fourniture des services : si le distributeur devient propriétaire des marchandises qu'il reçoit de son fournisseur, il doit être considéré comme une entreprise indépendante, c'est également le cas s'il fournit lui-même les services contractuels ;
- les coûts liés à fourniture ou à l'achat des biens ou des services y compris le transport : tel est le cas si un distributeur doit verser au fournisseur le montant correspondant aux marchandises livrées et non celui correspondant aux marchandises vendues ou assumer les frais ou risques liés au transport des marchandises (sauf lorsque les coûts sont couverts par le commettant) ;
- les frais et risques liés aux stocks de biens contractuels : le coût de financement des stocks, le risque lié à

---

<sup>1481</sup> Communication de la Commission du 13/10/2000 *lignes directrices sur les restrictions verticales* : JOCE 13/10/2000, C 291, pt 12 s.

<sup>1482</sup> Communication de la Commission du 19/05/2010 *lignes directrices sur les restrictions verticales* : JOUE 19/05/2010, C 130, pt 12 s.

<sup>1483</sup> V. par ex. : CJCE 11/09/2008, *CEPSA Estaciones de Servicio* : 279/06, pt 33 s. – CJCE 14/12/2006, *CEEES* : 217/05, pt 50 s.

<sup>1484</sup> Communication de la Commission du 24/12/1962 *op. cit.*, I. – Sur ces risques : FOURNIER (F.), *L'agence commerciale*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 37, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2005, n° 428 s.

<sup>1485</sup> Communication de la Commission du 13/10/2000 *lignes directrices sur les restrictions verticales* : JOCE 13/10/2000, C 291, pt 13.

<sup>1486</sup> Sur l'ensemble de la question : ARCELIN-LÉCUYER (L.), *Notion d'entreprise...*, *op. cit.*, n° 126 s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 235 s. – LELOUP (J.-M.), *Agences commerciales*, Rep. europ. Dalloz, 2012, n° 40 s. – FOURNIER (F.), *op. cit.*, n° 367 s.

<sup>1487</sup> Communication de la Commission du 19/05/2010 *lignes directrices sur les restrictions verticales* : JOUE 19/05/2010, C 130, pt 13.

<sup>1488</sup> *Ibid.*, « *un agent est une personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de l'achat de biens ou services par le commettant, ou de la vente de biens ou de services fournis par le commettant* » (pt 12) et « *est sans incidence [...] la qualification donnée à l'accord par les parties ou par la législation nationale* » (pt 13).

<sup>1489</sup> Communication de la Commission du 19/05/2010 *op. cit.*, pt 14.

- la perte ou à la détérioration des stocks, le risque lié aux invendus (impossibilité de retourner la marchandise invendue au fournisseur ou moyennant des frais) ;
- les risques liés à la responsabilité vis-à-vis des tiers pour les dommages causés du fait des produits distribués ;
- le risque d'inexécution du contrat par le client (absence de clause de *ducroire*<sup>1490</sup>)<sup>1491</sup>.

**Risques des investissements propres au marché.** La Commission considère ensuite qu'un négociant doit être considéré comme indépendant s'il assume les risques liés aux investissements propres au marché des biens ou services qu'il distribue, c'est-à-dire nécessaires à leur distribution. Elle précise qu'il s'agit généralement d'investissements irrécouvrables car ne pouvant servir pour d'autres activités ou liés à des actifs ne pouvant être vendus que moyennant de lourdes pertes. Il s'agit notamment :

- des coûts de promotion des biens ou services, ce qui est notamment le cas lorsque le distributeur doit contribuer au budget publicitaire du commettant ;
- des coûts des équipements (cuve de carburant, logiciel spécifique, etc.) ou locaux propres aux produits et services distribués ;
- les coûts de formation du personnel, propres au marché<sup>1492</sup>.

**Risques des autres activités menées sur le même marché à la demande du commettant.** Enfin, depuis les lignes directrices de 2010, sont également pris en compte pour apprécier l'autonomie du représentant, « *les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités non pas pour son compte, mais à ses propres risques* », c'est-à-dire sans qu'elles soient intégralement remboursées par le commettant<sup>1493</sup>. Aucun exemple n'est donné par la Commission mais il pourrait s'agir, par exemple, d'activités de services après-vente imposées au distributeur pour les produits ou services qu'il commercialise.

**336. Risques exclus.** En revanche, la Commission considère que « *les risques qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général* » ne sont pas pertinents pour apprécier l'autonomie du distributeur. Sont ainsi notamment écartés :

- « *le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite en tant qu'agent* », c'est-à-dire les risques liés à l'insuffisance de la prospection ou des commandes, aux aléas du marché ;
- « *les investissements généraux dans un local ou du personnel* » ;
- les risques liés à la perte de commission en cas d'inexécution du contrat par le client<sup>1494</sup> ;
- les risques liés à ses fautes personnelles (perte fautive du stock, faute ayant conduit à des dommages aux tiers causés par les produits ou services, faute engageant sa responsabilité envers le commettant en cas d'inexécution du contrat par le client comme des négligences ou un défaut d'information)<sup>1495</sup>.

**337. Méthode d'analyse.** La Commission considère que l'analyse doit être faite « *au cas par cas et en*

<sup>1490</sup> Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 240 – Sur l'engagement de *ducroire* : VIVANT (M.) et ROBIN (A.), *Convention de ducroire*, JCl. Distrib., fasc. 2940, 2005 – PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 249 s.

<sup>1491</sup> Communication de la Commission du 19/05/2010 *op. cit.*, pt 14 et 16 a), b), c) et d).

<sup>1492</sup> *Ibid.*, pt 14, 16 e) et f).

<sup>1493</sup> *Ibid.*, pt 14 et 16, g).

<sup>1494</sup> *Ibid.*, pt 15.

<sup>1495</sup> *Ibid.*, pt 16, b), c) et d).

tenant compte de la réalité économique plutôt que de la forme juridique »<sup>1496</sup> et qu' « est sans incidence [...] la qualification donnée à l'accord par les parties ou par la législation nationale »<sup>1497</sup>.

**338. Résultat de l'analyse.** Au terme de cette analyse, la convention sera considérée « *comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en rapport avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, avec les investissements propres au marché pour ce domaine d'activité ou avec les autres activités que le commettant lui demande d'exercer sur le même marché de produits* »<sup>1498</sup>.

Au contraire, « *si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts cités* », « *l'accord [...] ne sera pas considéré comme un contrat d'agence* » et « *l'agent sera considéré comme une entreprise indépendante* »<sup>1499</sup>.

**339. Conclusion.** Finalement, la Commission estime que, pour chaque marché de produits ou services sur lequel il opère, la qualité d'entreprise indépendante d'un distributeur représentant doit dépendre exclusivement de l'analyse des risques qu'il supporte ou non, ce qui apparaît critiquable.

## **b - Critique de l'approche de la dépendance par l'analyse exclusive des risques**

**340. Confusion entre la qualification et le régime.** Pour la Commission et la Cour de justice de l'Union européenne, le fait de courir des risques liés à la distribution des produits ou services serait révélateur d'une autonomie de comportement sur ce marché et, inversement, le fait de ne courir aucun de ces risques supposerait une absence d'autonomie.

L'idée est que celui qui assume les risques liés aux contrats et aux investissements propres au marché doit être libre d'imposer ses conditions à ses distributeurs. La Commission estime ainsi qu' « *aucune des obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le commettant ne relèvent de [l'interdiction des ententes anticoncurrentielles]* ». Par suite, elle considère que les obligations limitant le territoire de diffusion des produits ou services, la clientèle pouvant être prospectée ou fixant les prix et conditions de vente sont « *inhérentes à un contrat d'agence, dans la mesure où chacune d'elles est liée à la capacité du commettant de fixer le champ d'activité de l'agent pour ce qui est des biens ou des services contractuels, ce qui est essentiel si le commettant doit assumer les risques et doit, par conséquent, être à même de déterminer la stratégie commerciale* »<sup>1500</sup>. Les autres obligations concernant les relations entre l'agent et le mandant entreront dans le champ de la prohibition des ententes anticoncurrentielles (clause d'exclusivité, clause de nonomarquisme, clause de non-concurrence post-contractuelle, etc.) et seront analysées dans le périmètre du marché des prestations d'agence de distribution<sup>1501</sup>.

Au contraire, le distributeur qui court des risques est considéré comme disposant d'une autonomie de comportement sur le marché considéré si bien que l'ensemble des obligations convenues avec son

---

<sup>1496</sup> *Ibid.*, pt 17 – CJCE 11/09/2008, *CEPSA Estaciones de Servicio* : 279/06, pt 36.

<sup>1497</sup> Communication de la Commission du 19/05/2010 *op. cit.*, pt 13.

<sup>1498</sup> *Ibid.*, pt 15 et 17.

<sup>1499</sup> *Ibid.*, pt 21.

<sup>1500</sup> *Ibid.*, pt 18 – Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 241.

<sup>1501</sup> Communication de la Commission du 19/05/2010 *op. cit.*, pt 19.

fournisseur entreront dans le champ de la prohibition des ententes anticoncurrentielles<sup>1502</sup>. Les clauses visant à imposer des prix de vente, un territoire de vente ou à limiter la clientèle prospectée pourront ainsi être annulées si elles sont jugées anticoncurrentielles.

Il y a dans cette démarche, comme en droit du travail, une confusion entre la qualification et le régime du contrat. En effet, l'utilisation de la charge des risques comme élément qualificatif et, *a fortiori*, comme unique critère de qualification, est critiquable lorsque cette charge découle du régime du contrat. Le raisonnement est alors tautologique : si le distributeur court des risques, il est réputé autonome dans son comportement commercial, ce qui est susceptible d'entraîner la nullité de certaines clauses limitant son autonomie (si elles ont un effet anticoncurrentiel). Au contraire, si le distributeur ne court aucun risque, il est réputé ne pas avoir de comportement autonome si bien que les clauses limitant son autonomie sont valables.

Or, il a été souligné qu'un décalage pouvait apparaître entre la maîtrise de l'activité et la responsabilité associée, le contrat pouvant être un instrument de dissociation entre la maîtrise et la charge des risques<sup>1503</sup>. Dans ces hypothèses, la charge des risques n'est pas un révélateur d'une autonomie de comportement.

**341. Exemple.** Considérons ainsi deux agents commerciaux. Le premier se voit imposer strictement les prix et conditions de vente et est lié par un engagement de *ducroire*. Le second dispose d'une marge de négociation que lui laisse le mandant et ne court aucun risque lié aux contrats qu'il conclut.

Supportant des risques liés à l'exécution des contrats en raison de l'engagement de *ducroire*, le premier sera considéré comme une entreprise autonome si bien que la clause d'imposition des prix pourra être qualifiée de restriction caractérisée de concurrence constitutive d'une entente anticoncurrentielle et donc annulée. Bien que ne pouvant pas concrètement déterminer sa politique commerciale, il sera déduit formellement de l'analyse des risques qu'il le peut et le droit de la concurrence modifiera donc potentiellement le contrat pour qu'il le puisse en anéantissant rétroactivement la clause d'imposition des prix. Le raisonnement aboutit donc à modifier le contrat pour qu'il corresponde à la qualification qui découle de l'analyse de la charge des risques.

Au contraire, ne supportant pas de risques liés aux contrats conclus, le second agent commercial sera considéré comme n'ayant pas de comportement autonome sur le marché en dépit de sa marge de liberté dans la détermination des prix et conditions de vente. Sur le marché des produits et services en cause, il ne sera donc pas considéré comme une entreprise indépendante de celle de son mandant qui pourra donc limiter sa prospection à un territoire ou à une clientèle déterminée et réduire ou supprimer la marge de liberté de l'agent sans tomber sous le coup de la prohibition des ententes anticoncurrentielles.

Finalement, la liberté réelle de l'agent sur le marché est ignorée. Bien que libre de ses prix, de ses conditions de vente et de la délimitation de son champ de prospection, l'agent sera assimilé à un salarié du mandant. Au contraire, bien que tenu strictement par les prix, les conditions de vente et le champ de prospection déterminés par son mandant, il sera considéré comme un opérateur indépendant sur ce marché.

**342. Contradiction avec la conception française de l'agence commerciale.** Le raisonnement pose également problème au regard de la conception française de l'agence commerciale. En effet, la Cour de cassation exige que le représentant dispose d'un pouvoir de négociation des conditions de vente et

---

<sup>1502</sup> Communication de la Commission du 19/05/2010 *op. cit.*, pt 21.

<sup>1503</sup> *Supra* n° 115 et 153 et *infra* n° 573 s.

notamment du prix pour retenir la qualification d'agent commercial<sup>1504</sup>. Or, cette exigence paraît contraire au raisonnement suivi en droit de la concurrence puisque le véritable agent commercial, pour les autorités et juridictions de la concurrence, est celui à qui il devrait être possible d'imposer les prix et conditions de vente en tant qu'auxiliaire de l'entreprise du mandant, à l'instar d'un salarié.

**343. Application du raisonnement aux non représentants.** La Commission ne s'intéresse pas à l'autonomie d'un distributeur revendeur (franchisé, concessionnaire, locataire-gérant, etc.) par rapport à l'entreprise de son fournisseur. Les lignes directrices n'abordent pas cette question et, au titre des accords verticaux de distribution échappant à la prohibition des ententes, traitent exclusivement des intermédiaires contractuels<sup>1505</sup>.

Si la grille d'analyse utilisée pour les intermédiaires était appliquée, l'autonomie de ces distributeurs devrait être retenue. En effet, ils assument à la fois les risques liés aux contrats puisqu'ils les concluent en leur nom et pour leur compte avec les clients (risque d'impayé, responsabilité envers le client, stocks, etc.) et les investissements propres au marché (aménagements spécifiques, publicité locale, etc.). En vertu de cette analyse, les distributeurs revendeurs – en particulier les franchisés et concessionnaires – seraient considérés comme des entreprises indépendantes ayant un comportement autonome sur le marché des produits ou services alors qu'en réalité ils mettent en œuvre la politique commerciale du fournisseur et peuvent être soumis à des pouvoirs caractéristiques de la subordination juridique<sup>1506</sup>. L'approche conduirait donc à ignorer totalement l'autonomie réelle des distributeurs.

**344. Conclusion.** Finalement, il apparaît dans le raisonnement de la Commission une contradiction entre la charge des risques et la liberté commerciale qui conduit à détacher la qualification de la dépendance de l'appréciation du degré d'autonomie du distributeur à l'égard de son fournisseur.

En droit français, l'Autorité de la concurrence a néanmoins tenté d'affiner cette approche en complétant l'analyse des risques avec une appréciation de l'autonomie commerciale du distributeur.

## ***2 – La qualification de la dépendance par l'analyse combinée de l'autonomie commerciale et de la charge des risques***

**345. Présentation.** Originellement, les juridictions de la concurrence européennes et françaises avaient repris le raisonnement développé par la Commission européenne dans ses lignes directrices mais l'avaient complété d'une analyse de l'autonomie décisionnelle du distributeur. Pour les représentants, la Cour de justice affirmait ainsi qu'ils « *ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés pour le commettant et opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise du commettant* »<sup>1507</sup>. Les juridictions appréciaient donc non seulement les risques supportés par le distributeur mais également sa liberté

---

<sup>1504</sup> *Supra* n° 186.

<sup>1505</sup> *Supra* n° 332 s.

<sup>1506</sup> *Supra* n° 129 s.

<sup>1507</sup> CJCE 24/10/1995, *VAG Leasing* : 266/93, pt 19 – Pour une confirmation : TPICE 15/09/2005, *Daimler Chrysler* : *op. cit.*, pt 87 – V. déjà : CJCE 16/12/1975, *Suiker Unie* : 40/73 ; JCP E 1976.I.12168, L. Focsaneanu, pt 539 s.



décisionnelle et notamment sa capacité à fixer les prix<sup>1508</sup>.

**346. Rapprochement avec le raisonnement suivi pour les filiales et établissements.** Ce raisonnement se rapprochait de celui suivi pour les filiales et les établissements.

En effet, la jurisprudence considère que la détention par une société mère de tout ou partie du capital d'une filiale « *n'exclut pas une diversité de comportements ni même une diversité d'intérêt entre les deux sociétés* »<sup>1509</sup> et s'attache ainsi à caractériser l'exercice d'un contrôle effectif de la filiale par la mère. Pour ce faire, elle utilise un faisceau d'indices en prenant en compte l'intégration de la filiale à une stratégie commerciale déterminée par la mère, l'immixtion de celle-ci dans la politique commerciale, les relations contractuelles ou la politique financière de la filiale ou encore l'assistance technique et administrative apportée par la mère à sa filiale<sup>1510</sup>.

Pour les établissements, elle recherche l'existence d'une « *autonomie réelle de décision dans le domaine économique* » en appréciant notamment les pouvoirs du dirigeant et la disposition de moyens techniques et comptables propres<sup>1511</sup>.

**347. Abandon du raisonnement en droit européen.** Cependant, en 2006, bien que mentionnant le critère de l'auxiliaire intégré à l'entreprise du commettant<sup>1512</sup>, la Cour de justice a jugé « *que l'élément déterminant pour établir si un exploitant de station-service est un opérateur économique indépendant réside dans la convention conclue avec le commettant et, en particulier, dans les clauses, tacites ou expresse, de cette convention relatives à la prise en charge des risques financiers et commerciaux liés à la vente des marchandises à des tiers* ». En 2008, elle n'a fait aucune référence à la notion d'auxiliaire intégré à l'entreprise du commettant et s'est limitée à une analyse des risques<sup>1513</sup>. La Cour semble ainsi avoir abandonné la condition que le distributeur opère comme auxiliaire intégré à l'entreprise de son commettant<sup>1514</sup> et repris le raisonnement fondé exclusivement sur l'analyse des risques développé par la Commission dans ses lignes directrices de 2000 et 2010.

**348. Maintien incertain du raisonnement en droit français.** Depuis 2008, l'Autorité de la concurrence a rendu une décision sur la question. Elle y rappelle que les lignes directrices de la Commission lui sont un « *guide d'analyse utile* » et se réfère à l'arrêt *Daimler Chrysler* du Tribunal de l'Union européenne rendu en 2005 pour conclure qu'existe un test qui « *repose sur un faisceau d'indices à deux branches* » : « *afin de déterminer si les articles [français et européens prohibant les ententes*

---

<sup>1508</sup> V. par ex. : TPICE 15/09/2005, *Daimler Chrysler*: *op. cit.*, pt 81 s., procédant à une analyse des risques mais relevant également que « *la liberté commerciale des agents allemands Mercedes-Benz quant à la vente des véhicules Mercedes-Benz est très limitée, de sorte qu'il n'est pas susceptible d'influencer la concurrence sur le marché en cause, à savoir le marché du commerce de détail de voitures de tourisme Mercedes* » (pt 100), pour conclure que « *s'agissant du marché en cause en l'espèce, c'est Mercedes-Benz, et non ses agents allemands, qui détermine les conditions de chaque vente de véhicule, notamment le prix de vente, et qui assume les principaux risques relatifs à cette activité, l'agent allemand étant empêché par les dispositions du contrat d'agence d'acheter et de maintenir des stocks de véhicules pour la vente. Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que les agents se trouvent, par rapport à la requérante, dans une relation qui est caractérisée par la circonstance qu'ils accomplissent la vente des véhicules Mercedes-Benz pour l'essentiel sous la direction de la requérante, en sorte qu'ils doivent être assimilés à des employés et considérés comme intégrés dans cette entreprise et formant ainsi avec elle une unité économique* » (pt 102). – En droit interne : Aut. conc. 28/06/2006 : n° 06-D-18, pt 285 s., retenant que « *l'appréciation de l'applicabilité du droit des ententes à des contrats d'agence se fait [...] au regard des risques supportés par l'agent et de son autonomie dans la détermination de sa stratégie commerciale* » (pt 287) – Aut. conc. 30/06/2009 : n° 09-D-23 ; RLC 10/10, 21, R. Fabre et P. Charles, pt 40 s.

<sup>1509</sup> CJCE 12/07/1979 : 32/78, pt 24.

<sup>1510</sup> Sur la question : ARCELIN-LÉCUYER (L.), *Notion d'entreprise...*, *op. cit.*, n° 71 s.

<sup>1511</sup> Sur la question : *ibid.*, n° 108 s.

<sup>1512</sup> CJCE 14/12/2006, *CEEES* : 217/05, pt 43 s.

<sup>1513</sup> CJCE 11/09/2008, *CEPSA Estaciones de Servicio* : 279/06, pt 33 s.

<sup>1514</sup> Constatant cet abandon : ARCELIN-LÉCUYER (L.), *Notion d'entreprise...*, *op. cit.*, n° 136.

*anticoncurrentielles*] [...] sont applicables [...] il convient de déterminer si le distributeur [...] est en mesure (1) de décider de sa stratégie commerciale indépendamment de son fournisseur et (2) d'établir si les risques assumés par le distributeur constituent des "risques économiques sensibles" liés aux ventes de produits [...] ou aux "investissements spécifiques au marché" »<sup>1515</sup>. L'Autorité n'a donc pas abandonné, pour le moment du moins, le raisonnement tenant compte de l'autonomie décisionnelle du distributeur. La description de cette affaire permettra d'apprécier la pertinence de ce test à deux branches.

**349. Exemple.** Il s'agissait, en l'espèce, de savoir si les distributeurs du réseau *Mango* formaient, avec la tête de réseau (la société *Punto Fa*) une seule entreprise au sens du droit de la concurrence.

**Présentation.** Chaque distributeur était lié avec la tête de réseau par un contrat qualifié par les parties de « *dépôt commercial gratuit et de gestion de vente* ». En application de ces contrats, les distributeurs devaient s'acquitter d'un droit d'entrée et réalisaient eux-mêmes les investissements nécessaires à l'ouverture et à la gestion du point de vente : location du local, aménagement, recrutement du personnel, transport des marchandises, garantie et assurance du stock. Cependant, ces investissements étaient réalisés en suivant les normes du fournisseur qui imposait l'architecte et l'étalagiste supervisant l'aménagement. *Punto Fa* formait également le personnel du distributeur. Ce dernier s'engageait à une exclusivité de vente des produits de la marque du fournisseur et bénéficiait d'une exclusivité territoriale. Le fournisseur, propriétaire et gestionnaire des stocks, déterminait également la politique promotionnelle et imposait, dans une large mesure, ses prix grâce à un système relativement complexe d'étiquetage, à un logiciel comportant les prix pour la France et par la diffusion de catalogues indiquant les prix de vente en euros. Le distributeur était tenu de transmettre tous les soirs les ventes réalisées dans la journée.

L'Autorité ne précise pas si les distributeurs concluaient les ventes en leur nom ou au nom du fournisseur. Elle considère que les conventions passées avec la tête de réseau « *ne correspondent parfaitement à aucun contrat connu, nommé ou innomé, mais sont bel et bien des contrats sui generis* », qu'il lui incombe, non « *de [les] qualifier ou requalifier* », mais « *d'apprécier au regard du droit de la concurrence, sans préjudice d'une appréciation, le cas échéant, différente au regard des autres branches du droit, si les distributeurs partenaires de Punto Fa sont des acteurs économiques indépendants de leur fournisseur* » pour savoir si la prohibition des ententes est applicable. Pour ce faire, elle a analysé successivement « *la capacité du distributeur [...] à déterminer sa stratégie commerciale* » (ou « *capacité entrepreneuriale* ») et « *les risques économiques et financiers* » supportés<sup>1516</sup>.

**Analyse de la capacité entrepreneuriale.** L'Autorité a considéré que la capacité entrepreneuriale d'un distributeur devait s'apprécier à partir de plusieurs éléments et que celui-ci « *doit être notamment en mesure de décider librement du lieu d'implantation de son activité, de l'aménagement de son point de vente, de la promotion de son activité, de l'approvisionnement de son point de vente, de la détermination des prix et des conditions commerciales à la clientèle* »<sup>1517</sup>. Elle s'est ainsi intéressée successivement à la liberté d'implantation et d'installation des points de vente, à la propriété de la marchandise, à la gestion de l'assortiment et des stocks, à la politique promotionnelle et à la politique tarifaire des distributeurs. Pour ce

---

<sup>1515</sup> Aut. conc. 30/06/2009 : n° 09-D-23 ; RLC 10/2010, 21, R. Fabre et P. Charles, pt 45 s., pt 51 et 65.

<sup>1516</sup> Aut. conc. 30/06/2009 : n° 09-D-23, *op. cit.*, pt 14 à 16 et 66 à 68.

<sup>1517</sup> *Ibid.*, pt 69.

faire, elle s'est référée à la fois aux termes du contrat et à l'exécution réalisée par les parties. S'agissant de la politique tarifaire, l'Autorité a précisé que « *sans qu'il soit besoin de qualifier une pratique de prix concertée ou de prix imposée, [elle] évalue la capacité du distributeur [...] à déterminer de manière autonome son prix de vente au consommateur final* »<sup>1518</sup>.

En l'espèce, elle a constaté que le distributeur « *n'est pas maître de son point de vente, n'est pas propriétaire de la marchandise qu'il est chargé de commercialiser, ne maîtrise ni son stock ni son réassort, ne dispose pas des moyens de promouvoir les produits qu'il vend* » et que « *sa marge de manœuvre pour déterminer de façon autonome le prix de vente au consommateur final paraît pour le moins étroite* ». Considérant ces éléments « *dans leur ensemble de façon solidaire* », elle a conclu que le distributeur, dans ces conditions, n'était « *pas en mesure de déterminer de façon autonome sa stratégie commerciale par rapport à celle de son fournisseur* »<sup>1519</sup>. Cette analyse a été ensuite complétée par une analyse des risques.

**Analyse des risques.** L'Autorité a constaté que les distributeurs supportaient à la fois des « *risques liés aux contrats* » (droit d'entrée, garantie bancaire du stock, transport de la marchandise, assurance des marchandises contre le vol et les dégradations) et des « *risques liés aux investissements spécifiques au marché* » (équipement et agencement du magasin). Cependant, l'Autorité a estimé que le coût effectif de la garantie bancaire était « *minime* », que l'assurance était « *inhérente à l'activité d'un agent* » et que les investissements en équipement et agencement du magasin pouvaient être valorisés en cas de revente du local<sup>1520</sup> pour en conclure que « *les risques commerciaux et financiers assumés [...] ne constitu[ai]ent pas des risques économiques sensibles* ». C'est spécifiquement l'absence de risques liés aux invendus qui paraît avoir été déterminante. En effet, dans sa conclusion générale, l'Autorité de la concurrence affirme que les distributeurs « *n'assument aucun risque économique sensible dans le cadre de leur activité commerciale, le risque majeur lié aux invendus étant pris en charge par le seul fournisseur* »<sup>1521</sup>.

**350. Critique.** Ce raisonnement s'écarte de celui des lignes directrices de la Commission. En effet, l'Autorité vérifie l'autonomie de décision en elle-même au lieu de se contenter de la déduire de l'analyse des risques. L'approche de la dépendance se rapproche ainsi de celle retenue en droit du travail : une dépendance-obéissance est recherchée à travers un faisceau d'indices incluant une analyse des risques.

De plus, alors que l'application stricte des critères des lignes directrices aurait dû conduire à retenir l'autonomie des distributeurs puisqu'ils assumaient plusieurs risques mentionnés (droit d'entrée, équipement et agencement du magasin, coûts du transport, assurance des marchandises), l'Autorité a systématiquement minimisé ces risques et a déduit l'absence de risque économique de l'absence de charge des invendus, élément qu'elle a érigé en critère déterminant pour l'activité considérée.

**Incertitudes.** Si ce raisonnement a le mérite d'être plus complexe et donc potentiellement plus fin que

---

<sup>1518</sup> *Ibid.* pt 80.

<sup>1519</sup> Aut. conc. 30/06/2009 : n° 09-D-23, *op. cit.*, pt 89.

<sup>1520</sup> La décision est, à cet égard, critiquable puisque la reprise des équipements et agencements n'est pas systématique en cas de revente ou de cession de droit bail. Par ailleurs, l'autorité ne prend pas en compte les coûts liés aux changements d'aménagement qui peuvent être imposés à chaque saison et surtout en cas d'évolution du concept du magasin.

<sup>1521</sup> Aut. conc. 30/06/2009 : n° 09-D-23, *op. cit.*, pt 101. — Dans son point 89, l'Autorité indique également qu'« *il faut insister sur le fait que le distributeur partenaire n'assume pas le risque commercial principal de ce secteur d'activité très influencé par la mode, à savoir les invendus qui sont intégralement pris en charge par le fournisseur* ». — L'argument est encore repris pour minimiser le coût de la garantie bancaire des stocks, l'Autorité soutenant qu'« *en tout état de cause, le coût d'une garantie bancaire est globalement inférieur au coût qu'induirait pour le distributeur partenaire l'achat préalable de la marchandise avec un concours bancaire (prêt) et la propriété de la marchandise (coûts des invendus)* » (pt 95).

celui des lignes directrices, il est en revanche beaucoup plus incertain. En effet, comme en droit du travail, l'utilisation d'un faisceau d'indices multiples se rapportant à des registres différents de la dépendance (autonomie commerciale, charge des risques) apprécié au cas par cas est susceptible d'entraîner de grandes incertitudes. Le juge peut, en effet, donner plus d'importance à un risque par rapport à un autre, à un élément d'autonomie sur les autres. Si les résultats de l'analyse des risques et de celle de l'autonomie commerciale divergent, il peut également choisir de faire prévaloir un des résultats sur l'autre. La conclusion finale sur la dépendance ou non du distributeur sera donc parfois difficilement prévisible et pourra essentiellement dépendre des indices que le juge choisira de faire prévaloir sur les autres.

**Application à d'autres modes de distribution.** Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence a anticipé l'application éventuelle de ce cadre d'analyse à d'autres modes de distribution. Elle a ainsi jugé, à propos des contraintes sur l'implantation et l'installation du magasin que « *de telles contraintes pesant sur le distributeur figurent souvent dans les contrats de franchise* » mais que « *cependant, ces contraintes constituent la contrepartie du transfert du savoir-faire et de la notoriété qui y est attachée* »<sup>1522</sup>. Il semble ainsi que des limites à la *capacité entrepreneuriale* du distributeur puissent ne pas être considérées lorsqu'elles s'intègrent dans un contrat de franchise. En d'autres termes, lorsque la dépendance est justifiée par la transmission d'un savoir-faire et sa mise en œuvre, elle ne serait pas prise en compte.

On perçoit pourtant mal en quoi le fait qu'une contrainte ait une contrepartie ou non, soit justifiée ou non, puisse la faire disparaître au titre d'une analyse de l'autonomie entrepreneuriale du distributeur. Ainsi, comme en droit du travail<sup>1523</sup>, les contraintes limitant l'autonomie commerciale du franchisé sont jugées inhérentes au contrat de franchise et donc disqualifiées dans l'analyse de la dépendance du distributeur pour préserver l'économie de certains modes de distribution. En effet, elles ne pourront pas venir compenser l'analyse des risques qui, dans les franchises fondées sur la revente, aura toujours pour résultat l'autonomie du distributeur puisque celui-ci assume, en principe, l'ensemble des risques commerciaux et financiers.

Par ailleurs, dans une perspective purement concurrentielle, le raisonnement conduit à retenir la validité de potentielles restrictions de concurrence au stade de la qualification de l'entreprise indépendante alors que l'objet de cette qualification est justement de savoir si les règles de prohibition et d'exemption des ententes peuvent s'appliquer. Les restrictions sont ainsi considérées comme justifiées par la transmission du savoir-faire pour retenir la qualité d'entreprise indépendante et donc appliquer le droit des ententes qui permettra de savoir si ces restrictions peuvent être exemptées d'interdiction car elles sont justifiées par la transmission du savoir-faire<sup>1524</sup>. Le raisonnement est tautologique : les restrictions sont justifiées (au stade de la qualification d'entreprise autonome) pour pouvoir apprécier si elles sont justifiées (au stade de l'exemption d'interdiction). Il conduit également à renvoyer systématiquement, de façon artificielle, la franchise aux règles d'exemption. Ainsi, lorsqu'une entente est reprochée à un fournisseur et ses distributeurs, le contentieux se focalise, non sur la négation de la qualité d'entreprise autonome des distributeurs par rapport au fournisseur sur le marché des produits ou services considérés, mais sur les conditions d'exemption d'interdiction de l'entente.

---

<sup>1522</sup> Aut. conc. 30/06/2009 : n° 09-D-23, *op. cit.*, pt 72.

<sup>1523</sup> *Supra* n° 147.

<sup>1524</sup> CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 16 s.

Un autre raisonnement serait possible à partir du champ d'application personnel de la prohibition des ententes. Certains franchisés ou concessionnaires pourraient ainsi être considérés comme faisant partie intégrante de l'entreprise du fournisseur, comme formant une même entité économique sur le marché des produits ou services distribués car leur autonomie décisionnelle est parfois comparable à celle d'une succursale ou d'un représentant. Ce raisonnement prendrait ainsi en compte l'autonomie réelle du distributeur dans son comportement sur le marché des produits ou services concernés. Un raisonnement sur la qualité d'auxiliaire du distributeur serait alors substitué au raisonnement sur l'existence de restrictions de concurrence et leur possibilité d'exemption.

**351. Conclusion.** Finalement, il apparaît que la dépendance des distributeurs non représentants n'est pas appréhendée par le droit des ententes et que celui des distributeurs représentants est apprécié soit de manière incohérente par une seule analyse des risques, soit de manière incohérente et incertaine par une analyse des risques combinée à une analyse de l'autonomie de décision.

## **B – La qualification restrictive et incertaine de la dépendance dans le droit des abus de domination**

**352. Plan.** Le droit de la concurrence européen connaît seulement l'abus de domination absolu (l'abus de position dominante) (1) alors que le droit français appréhende également l'abus de domination relatif (l'abus d'un état de dépendance économique) (2).

### **1 – La qualification de la dépendance dans l'abus de position dominante**

**353. Prise en compte indirecte de la dépendance.** L'abus de position dominante n'appréhende pas directement la dépendance d'acteurs d'un marché mais seulement l'existence d'un pouvoir de marché<sup>1525</sup>. Il ne s'intéresse pas aux soumis mais au détenteur d'une éventuelle capacité de soumettre. Ainsi, formellement, ce n'est pas l'exploitation abusive des soumis qui est sanctionnée mais « *l'exploitation abusive [...] d'une position dominante* »<sup>1526</sup>. L'abus réside dans le fait de tenter ou réussir à « *empêcher* », « *restreindre* » ou « *fausser le jeu de la concurrence sur un marché* »<sup>1527</sup> et non dans celui, en lui-même, d'imposer un comportement particulier à d'autres acteurs du marché.

Par conséquent, si l'existence d'un pouvoir de marché entraîne, en principe, la possibilité pour son détenteur d'imposer des comportements aux autres acteurs du marché, cette possibilité n'est pas directement recherchée : la position dominante est appréciée de façon absolue et non relative, à partir de critères liés au marché et non aux rapports bilatéraux ou multilatéraux existant entre l'entreprise considérée et les autres acteurs du marché. La jurisprudence considère la part de marché et d'autres facteurs (notoriété, position,

---

<sup>1525</sup> Dans ce sens : CJCE 13/02/1979, *Hoffmann-La Roche* : 85/76, pt 38, « *la position dominante [...] concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et, finalement, des consommateurs* ».

<sup>1526</sup> C. com. art. L. 420-2 – TFUE art. 102, « *exploiter de façon abusive une position dominante* ».

<sup>1527</sup> C. com. art. L. 420-1 sur renvoi de l'article L. 420-2 – En droit européen : CJCE 13/02/1979, *Hoffmann-La Roche* : 85/76, pt 91, « *la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence* »

l'existence d'avantages particuliers, etc.)<sup>1528</sup>.

Cependant, les autorités et juridictions de la concurrence s'attachent parfois au pouvoir exercé par une entreprise sur les autres afin d'en déduire l'existence d'une position dominante. La position dominante absolue est alors déduite du comportement de celle-ci dans ses rapports avec les autres acteurs du marché.

**354. Exemple.** Par exemple, le Conseil de la concurrence a déduit la position dominante d'un fournisseur, de sa notoriété et de sa part de marché mais également du fait qu'il avait opposé un refus à la demande de baisse de prix formulée par un distributeur et lui avait suggéré de respecter les prix conseillés de vente aux consommateurs. Pour le Conseil, ce comportement « illustre le fait que la société [...] ne craint pas que [le distributeur] se tourne vers un autre fournisseur et est bien en mesure d'avoir un comportement indépendant dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement des consommateurs »<sup>1529</sup>. En s'attachant à la situation des autres acteurs du marché à l'égard de l'entreprise considérée pour en déduire la position dominante, les autorités et juridictions de concurrence appréhendent donc la dépendance-nécessité de ces acteurs.

**355. Conclusion.** Finalement, le droit des abus de position dominante appréhende uniquement la dépendance des distributeurs opérant sur un marché d'approvisionnement où ils sont susceptibles de subir le pouvoir d'une entreprise ayant acquis une position dominante. Cette dépendance est principalement liée au marché – à sa structure et à ses caractéristiques – et non aux rapports entre le fournisseur et le distributeur, ceux-ci apparaissant seulement comme un indice de position dominante. Par conséquent, cette appréhension de la dépendance est très restrictive. Le législateur français a pris acte de cette appréhension restrictive et a ainsi prohibé spécifiquement l'abus de dépendance économique.

## **2 – La qualification de la dépendance dans l'abus d'un état de dépendance économique**

**356. Présentation.** Le droit de la concurrence français interdit, « dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur »<sup>1530</sup>. Introduite en 1986<sup>1531</sup>, cette prohibition entendait compléter l'abus de position dominante qui ne permettait pas d'appréhender « la simple domination d'un partenaire commercial sur

---

<sup>1528</sup> Sur la position dominante, voir notamment : BLAISE (J.-B.), *Abus de position dominante*, Rép. com., 2005, maj. 2015, n° 103 s. – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence...*, op. cit., n° 502 s. – DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), op. cit., n° 84 s. – ARCELIN (L.), *Droit de la concurrence*, op. cit., n° 80 s. – RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique*, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 852 s. et 905 s. – MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCÉ (M.), *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 338 s.

<sup>1529</sup> Cons. conc. 07/04/2004, *Cerruti* : n° 04-D-12 ; JCP E 2004, 1546, P. Arhel, pt 64 – V. également : Com. 04/05/1999 : n° 97-13402 ; PA 05/04/2000, 16, N. Reboul, une cour d'appel a « exactement caractérisé la position dominante de la société Cerruti sur le marché des vêtements portant sa marque » en démontrant que, grâce à un réseau de franchisés et licenciés, cette société « définit la politique commerciale du groupe et décide dans quelles conditions les produits marqués Cerruti peuvent ou non être revendus par des tiers n'étant pas des distributeurs exclusifs ou des points de vente Cerruti ».

<sup>1530</sup> C. com. art. L. 420-2, al. 2 – Sur la question, voir notamment : BOUT (R.) et autres, *Le Lamy Droit Économique*, Lamy, 2014, n° 1175 s. – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence...*, op. cit., n° 577 s. – ARCELIN (L.), *Droit de la concurrence*, op. cit., n° 197 s. – MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCÉ (M.), op. cit., n° 353 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 121 s. – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 232 s. – PEDAMON (M.), *Les abus de domination*, CDE 1/1987, p. 15 s.

<sup>1531</sup> Ordonnance n° 86-1243 du 01/12/1986, art. 8.

*l'autre, dans leur rapport bilatéral* »<sup>1532</sup> et visait essentiellement à protéger les fournisseurs de la grande distribution<sup>1533</sup> mais le texte appréhende également la dépendance des distributeurs.

**357. Condition(s).** Dans sa rédaction initiale, la loi visait « *l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente* »<sup>1534</sup>. Le critère essentiel, voire unique, de l'état de dépendance économique semblait donc résider dans l'absence de solution équivalente sur le marché. Le Conseil de la concurrence puis l'Autorité de la concurrence, approuvés par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont cependant interprété le texte en jugeant que l'état de dépendance économique d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur « *résulte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs de produits équivalents* ».

L'Autorité de la concurrence précise en plus que « *ces conditions doivent être simultanément vérifiées pour entraîner cette qualification* »<sup>1535</sup> mais depuis 2004<sup>1536</sup>, la Cour de cassation érige l'absence de solution équivalente en « *condition essentielle* » de la dépendance économique (c) et semble reléguer la notoriété de la marque, l'importance de la part de marché du fournisseur (a) et l'importance de celui-ci dans le chiffre d'affaires du distributeur (b) en simple éléments économiques d'appréciation concrète de cette condition<sup>1537</sup>.

#### **a - La notoriété de la marque et l'importance de la part de marché du fournisseur**

**358. Présentation.** Pour caractériser un état de dépendance économique, la jurisprudence recherche si la marque du fournisseur présente une certaine notoriété et si ce dernier possède une part de marché importante pour les produits ou services concernés.

---

<sup>1532</sup> Commission de la concurrence, avis du 14/03/1985 : BOCCRF 19/04/1985 ; RTD com. 1985, 840, n° 6, P. Bouzat – Sur la question et l'inspiration germanique de la prohibition : CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 32 s.

<sup>1533</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence*, op. cit., n° 577 – RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), op. cit., n° 914.

<sup>1534</sup> Ordonnance n° 86-1243 du 01/12/1986, art. 8.

<sup>1535</sup> Aut. conc. 23/07/2014, *distribution des produits bruns* : n° 14-D-07, pt 136 – Aut. conc. 06/04/2012, *Sté Tisseur* : n° 12-D-11, (confirmée par Paris 26/09/2013), pt 73 – Cons. conc. 12/05/2006, *Bouygues Télécom et Stock-Com* : n° 06-D-10 ; CCE 2007, 9, M. Chagny – Cons. conc. 18/02/2005, *SARL Les Oliviers* : n° 05-D-05, (confirmée par Paris 15/11/2005, pourvoi rejeté par Com. 06/02/2007 : n° 05-21948), pt 25 – Cons. conc. 30/06/2004, *SARL Bio Reims* : n° 04-D-26, (confirmée par Paris 25/01/2005, pourvoi rejeté par Com. 28/02/2006 : n° 05-12138 ; B. n° 49) ; CCC 2004, 140, M. Malaurie-Vignal ; RTD com. 2004, 464, E. Claudel, pt 54 – Cons. conc. 18/08/2003, *Suzuki* : n° 03-D-42, (confirmée par Paris 04/05/2004), pt 46 – Cons. conc. 27/12/2002, *SA Daniel Grévin* : n° 02-D-77 – Cons. conc. 31/08/2001, *Concurrence et Sony* : n° 01-D-49 (confirmée par Paris 05/10/2004, pourvoi rejeté par Com. 06/12/2005 : n° 04-19320 ; B. n° 241) – V. également : Paris 26/03/2014 : JurisData n° 2014-006348.

<sup>1536</sup> Com. 03/03/2004 : n° 02-14529 ; B. n° 44 ; R. Cass. 2009, 226 ; D. 2004, 874, E. Chevrier et 1661, Y. Picod ; JCP E 2004, 1345, M. Chagny ; RTD com. 2004, 463, E. Chaudel ; CCC 2004, 108, M. Malaurie-Vignal, « *l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'en déduit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce* » – V. antérieurement : Com. 09/04/2002 : n° 00-13921 ; RTD com. 2003, 75, E. Claudel ; PA 22/08/2002, 6, P. Arhel, « *l'existence d'un état de dépendance économique d'un distributeur par rapport à un fournisseur s'apprécie en tenant compte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents* » – Com. 12/10/1993 : n° 91-16988 ; B. n° 337 ; D. 1994, somm. 169, C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac.

<sup>1537</sup> R. Cass. 2009, p. 226 s., « *la situation de dépendance est la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables* » et « *l'absence de solution équivalente constitue une condition essentielle pour la qualification de l'abus de dépendance économique* » (p. 226). « *La question de savoir si l'entreprise dispose ou non d'une situation équivalente doit faire l'objet d'une appréciation concrète au cas par cas. [...] Dans cette appréciation concrète de nombreux éléments économiques peuvent être pris en compte. Ainsi, l'existence d'un état de dépendance économique d'un distributeur par rapport à un fournisseur s'apprécie en tenant compte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents* » (p. 228).

**359. Relativité (marché pertinent).** Ces notions sont relatives puisqu'elles font l'objet d'une appréciation au cas par cas à partir d'une analyse de la position du fournisseur sur le marché pertinent identifié. Ce marché pertinent est défini à la fois matériellement et géographiquement<sup>1538</sup>.

**Matériellement**, un marché est constitué de produits ou services substituables entre eux mais non substituables à d'autres. La question s'apprécie très concrètement catégorie de produits ou services par catégorie de produits ou services<sup>1539</sup>. La notoriété d'une marque, d'un produit ou service ne peut, en principe, lui permettre de constituer un marché matériel pertinent<sup>1540</sup>.

**Géographiquement**, le marché couvre une zone où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. La question est déterminante car selon la dimension du marché, l'importance du fournisseur sera très différente. Lorsqu'est considérée la position de dépendance d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur, le marché est celui de l'approvisionnement des distributeurs en produits ou services de la catégorie concernée et, sauf produits ou services très particuliers, il aura généralement une dimension au moins nationale (hors outre-mer)<sup>1541</sup>.

**360. Caractère restrictif.** Les critères de la notoriété de la marque du fournisseur et de l'importance de sa part de marché renvoient à la notion de position dominante absolue alors que l'objet même de l'abus de dépendance économique était d'appréhender des situations de domination relative échappant à la prohibition des abus de position dominante. Cet objectif est donc partiellement atteint puisque ces critères, sans conduire à exiger une position dominante du fournisseur sur le marché considéré, limitent l'état de dépendance économique aux relations avec les fournisseurs y occupant une position importante<sup>1542</sup>.

Mais une relation avec un fournisseur disposant d'une marque notoire et d'une forte part de marché ne suffit pas à démontrer la dépendance économique, il faut également qu'il représente une part importante du chiffre d'affaires du distributeur<sup>1543</sup>.

---

<sup>1538</sup> Sur la question : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence...*, op. cit., n° 162 s. – ARCELIN-LÉCUYER (L.), *Droit de la concurrence*, n° 72 s. – BIDAUD (L.), *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Préf. F. Jenny, BDE, t. 51, Litec, 2001 –

<sup>1539</sup> V. par ex. : Aut. conc. 23/07/2014, *distribution des produits bruns* : n° 14-D-07, pt 90 s., identifiant 7 marchés d'approvisionnement pour les produits bruns : gros électroménager, petit électroménager, appareils photo/cinéma, appareils hi-fi/son, appareils TV/vidéo, ordinateurs/périphériques et téléphonie. – Cons. conc. 18/08/2003, *Suzuki* : n° 03-D-42, pt 12, retenant un marché des véhicules à moteur à deux roues immatriculés et un marché distinct pour ceux non immatriculés.

<sup>1540</sup> Com. 02/06/1992 : n° 90-18224 ; B. n° 224, CCC 1992, 229, L. Vogel, « l'arrêt, qui a constaté qu'il existait en ce qui concerne le jeu "Trivial Pursuit" des jeux aux mécanismes intellectuels similaires rendant ce produit aisément substituable, a retenu exactement que la notoriété d'un jeu ne saurait lui permettre de constituer à lui seul un marché particulier ; que, dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que le marché de référence était celui des jeux de société ».

<sup>1541</sup> Pour le secteur de la distribution à dominante alimentaire : Aut. conc. 03/03/2010, *Carrefour* : n° 10-D-08, pt 148, retenant que les différents marchés d'approvisionnement des groupes de produits « sont de dimension nationale » – Aut. conc. 23/02/2011, *Carrefour* : n° 11-D-04, pt 51 – V. également : Aut. conc. 12/02/2014 : n° 14-DCC-16, pt 24 s. – Aut. conc. 28/01/2013 : n° 13-DCC-12, pt 42 s. – Aut. conc. 09/05/2012 : n° 12-DCC-63, pt 8 s. – Aut. conc. 18/03/2011 : n° 11-DCC-45, pt 15 s. – Pour l'approvisionnement en vêtements, chaussures et accessoires : Aut. conc. 19/12/2012 : n° 12-DCC-179, pt 20, « selon la pratique décisionnelle antérieure, le marché de l'approvisionnement en vêtements, chaussures et accessoires est de taille mondiale » – Pour les sept marchés d'approvisionnement en produits électrodomestiques : Aut. conc. 23/07/2014 *distribution des produits bruns* : n° 14-D-07, pt 100, retenant une « dimension au moins nationale, voire européenne » – Pour l'approvisionnement en produits de bricolage, jardinage et matériaux : Aut. conc. 31/12/2014 : n° 14-DCC-198, pt 18, « en raison des caractéristiques de la distribution, la pratique décisionnelle antérieure a retenu une dimension au moins nationale des marchés de l'approvisionnement » – Pour le marché des véhicules à moteur à deux roues : Cons. conc. 18/08/2003, *Suzuki* : n° 03-D-42, (confirmée par Paris 4/05/2004), pt 12, retenant deux marchés de dimension nationale.

<sup>1542</sup> Pour une critique du caractère autonome de ces conditions : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), op. cit., n° 128, ces conditions « ne nous semble pas devoir être des conditions autonomes. Il faut en effet remarquer que la dépendance économique peut exister, même si le fournisseur n'est pas titulaire d'une marque notoire, ou s'il a une faible part de marché. Il suffit de reprendre l'hypothèse d'un distributeur qui réaliserait 90 % de son chiffre d'affaires grâce à la vente d'un produit. Or, dès l'instant qu'il obtient, même avec un produit de faible notoriété, 90 % de son chiffre d'affaires, voire 100 % en cas d'exclusivité, la distribution de ce produit est essentielle à son entreprise ».

<sup>1543</sup> Dans ce sens : Com. 21/01/1999 : n° 96-21644 ; B. n° 10.



## **b - L'importance et l'origine de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur**

**361. Importance de la part du fournisseur.** La jurisprudence apprécie l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur. Si elle est trop faible, le distributeur ne peut être considéré en état de dépendance à l'égard du fournisseur.

**Incertitudes.** Cependant, il n'existe aucun seuil légal ou jurisprudentiel déterminé au-delà duquel une part de chiffre d'affaires doit être considérée ou présumée importante (90 %, 75 %, 66 %<sup>1544</sup>, 50 %). Il n'est pas non plus précisé si cette importance doit être appréciée dans le chiffre d'affaires réalisé par l'activité de distribution de la seule catégorie des produits ou services considérés ou dans le chiffre d'affaires total de l'entreprise. La notion est ainsi très incertaine.

**362. Origine de la part du fournisseur.** L'Autorité de la concurrence rappelle quasi systématiquement que la dépendance résulte notamment « *de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition toutefois que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente* »<sup>1545</sup>.

Cette exigence conduit à une appréciation subjective de l'état de dépendance économique : le fait qu'un distributeur ait conclu un contrat d'approvisionnement exclusif pourrait s'opposer à la caractérisation de son état de dépendance économique. Il en est de même en l'absence de toute obligation d'exclusivité, si le distributeur a choisi de concentrer ses approvisionnements<sup>1546</sup> ou a négligé de les diversifier<sup>1547</sup>.

A la différence de la démarche suivie par le droit du travail pour les gérants de succursale<sup>1548</sup>, seule la dépendance subie est considérée, ce qui ne permet pas de la caractériser à l'égard d'un distributeur lié à son fournisseur par un contrat de distribution comportant une exclusivité ou quasi-exclusivité d'approvisionnement (concession exclusive, agence commerciale exclusive, VRP exclusif, franchise avec exclusivité d'approvisionnement, etc.).

**Hésitations jurisprudentielles.** Une partie de la doctrine a critiqué ce raisonnement et défendu une objectivisation de l'appréciation de l'état de dépendance économique<sup>1549</sup>. Ces critiques ont vraisemblablement eu des échos en jurisprudence. En 2005, la cour d'appel de Paris a jugé qu'il ne pouvait être opposé à une entreprise que sa situation de dépendance « *résultait d'une stratégie délibérée de sa part, dès lors [...] que*

---

<sup>1544</sup> V. par ex. : Com. 16/12/1997 : n° 95-21555 ; B. n° 337, caractérisant l'état de dépendance économique d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur auprès duquel elle s'approvisionnait pour les deux tiers de son chiffre d'affaires.

<sup>1545</sup> *Supra* n° 357.

<sup>1546</sup> Dans ce sens : Com. 03/03/2004 : n° 02-14529 ; B. n° 44 ; D. 2004, 874, E. Chevrier et 1661, Y. Picod ; JCP E 2004, 1345, M. Chagny ; RTD com. 2004, 463, E. Chaudel ; CCC 2004, 108, M. Malaurie-Vignal, une cour d'appel justifie sa décision en rejetant l'état de dépendance économique au motif « *que la part des achats de la société [...] [distributrice] en produits [...] [du fournisseur] [(95 % en l'espèce)] ne tenait pas à l'inexistence de produits substituables mais au choix délibéré de la société [...] [distributrice] de privilégier l'une de ses sources potentielles d'approvisionnement* » – Com. 06/06/2001 : n° 99-20831 ; B. n° 112, approuvant une cour d'appel d'avoir écarté l'état de dépendance économique au motif que la société « *disposait de solutions de diversification qu'elle n'avait pas souhaitées* ».

<sup>1547</sup> Dans ce sens : Com. 10/12/1996 : n° 95-20931 ; B. n° 309, les juges du fond doivent « *vérifier de façon concrète si la société [...] n'avait pas négligé de s'assurer de solutions de substitution* ».

<sup>1548</sup> *Supra* n° 230.

<sup>1549</sup> Dans ce sens : CHAGNY (M.), note ss Cons. conc. 12/05/2006, CCE 2007, 9, « *plutôt que de refuser d'emblée le bénéfice de l'article L. 420-2 alinéa 2 à raison des choix effectués par l'agent économique, mieux vaudrait considérer que la dépendance économique, qu'elle ait été choisie ou subie, existe bien – ce qui permettrait d'ordonner la cessation des éventuels abus –, quitte à faire intervenir l'attitude fautive de la victime, à un stade ultérieur, lors de la détermination de son droit à indemnisation* » – V. également : CHAGNY (M.), note ss Com. 03/03/2004, JCP E 2004, 1247, n° 7 – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, op. cit., n° 763 s. – V. également : GRIMALDI (C.), *Introuvable état de dépendance économique*, note ss Com. 12/02/2013, RDC 2013, p. 988 s.

*l'état de dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce, est une situation objective dont l'origine est indifférente* »<sup>1550</sup>. Par ailleurs, en 2010<sup>1551</sup>, en réponse à la société Carrefour qui soutenait qu'il était « impossible de considérer comme constitutives d'un état de dépendance économique des clauses contractuelles non pas imposées, mais volontairement souscrites par les futurs franchisés », l'Autorité de la concurrence, rompant avec ses décisions antérieures<sup>1552</sup>, n'a pas précisé que l'importance de la part du fournisseur ne devait pas procéder d'un choix délibéré de politique commerciale du client<sup>1553</sup>. Au contraire, elle a distingué les situations des franchisés lors de l'entrée dans le réseau et une fois le contrat conclu et, pour cette dernière situation, a admis, en se référant à l'arrêt de la cour d'appel de Paris de 2005, que « la mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur pourrait [...] résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée ».

Une partie de la doctrine s'est ainsi interrogée sur la disparition de l'appréciation de l'origine de la dépendance<sup>1554</sup>. Cependant, à partir de 2012, la précision que l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur ne devait pas résulter d'un choix délibéré de politique commerciale est réapparue dans les décisions de l'Autorité de la concurrence<sup>1555</sup>. Dans une décision approuvée par la Cour d'appel de Paris, elle a exclu l'état de dépendance économique au motif qu'en limitant ses débouchés par un engagement contractuel, l'entreprise en cause avait « opéré un choix économique délibéré [...] acceptant ainsi les risques qui découlent de la détention d'un client unique »<sup>1556</sup>.

Dans son rapport annuel de 2009, la Cour de cassation expose que « la notion de dépendance est une notion objective qui ne résulte pas des choix stratégiques de l'entreprise qui allègue qu'elle est en situation de dépendance » mais elle rattache l'objectivité à l'étude des solutions substitutives équivalentes sur le marché et explique ainsi « qu'une entreprise qui disposait de solutions de diversification qu'elle n'avait pas souhaité poursuivre n'est pas en situation de dépendance » de même qu'un distributeur dont « la part des achats [...] en produits du fournisseur Y ne tenait pas à l'inexistence de produits substituables mais au choix délibéré [...] de privilégier une de ses sources potentielles d'approvisionnement » et que « l'état de dépendance économique est écarté lorsque l'importance du chiffre d'affaires est la conséquence d'un choix

<sup>1550</sup> Paris 25/01/2005 : JurisData n° 2005-267355 ; RLC 05-07/2005, 33, V. Sélinsky — Soutenant qu'il s'agit d'un arrêt d'espèce : CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, op. cit., n° 228.

<sup>1551</sup> Aut. conc. 03/03/2010, *Carrefour* : n° 10-D-08 ; CCC 2010, 123, M. Malaurie-Vignal, pt 149 s.

<sup>1552</sup> *Supra* n° 357.

<sup>1553</sup> V. également : Aut. conc. 23/02/2011, *Carrefour* : n° 11-D-04, pt 62.

<sup>1554</sup> V. not. : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence...*, op. cit., n° 579 — ARCELIN-LÉCUYER (L.), *Droit de la concurrence*, op. cit., n° 199.

<sup>1555</sup> V. par ex. : Aut. conc. 23/07/2014 *distribution des produits bruns* : 12/n° 14-D-07, pt 136 s. — Aut. conc. 06/04/2012, *Sté Tisseur* : n° 12-D-11, (confirmée par Paris 26/09/2013 : n° 2012-08948), pt 73.

<sup>1556</sup> Aut. conc. 06/04/2012, *Sté Tisseur* : n° 12-D-11, (confirmée par Paris 26/09/2013), pt 76 et 77, « il convient de relever que si RVT avait pour client quasiment unique Euronet, repris par Mewa, c'est parce que, lors de la cession d'Euronet, elle avait signé avec le Gie Elis un contrat d'approvisionnement exclusif, en contrepartie de quoi elle s'était engagée à ne pas reprendre d'activité dans le secteur de la location-entretien des serviettes réutilisables. RVT a ainsi opéré un choix économique délibéré l'ayant conduit à ne plus être active dans le secteur aval afin d'approvisionner en exclusivité, en amont, le seul acteur du secteur de la location-entretien de serviettes réutilisables, acceptant ainsi les risques qui découlent de la détention d'un client unique. Il résulte de ce qui précède que, lors de la rupture du contrat d'approvisionnement litigieux, il ne peut être considéré que RVT se trouvait en situation de dépendance économique à l'égard de Mewa ». — V. également : Paris 26/03/2014 : JurisData n° 2014-006348, réaffirmant le critère de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur, « à condition toutefois que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente ».

délibéré du revendeur de concentrer ou recentrer son activité avec un seul partenaire » car « dans ce cas, le revendeur ne subit pas son état de dépendance économique : il l'a choisi en adoptant une stratégie commerciale à ses risques et périls »<sup>1557</sup>.

Dans des décisions rendues en 2013 et 2014 en matière de pratiques restrictives de concurrence et dans une décision de 2014 portant sur la pratique anticoncurrentielle d'abus d'un état de dépendance économique, la jurisprudence a cependant relevé systématiquement l'absence d'exclusivité contractuelle avant d'exclure la l'état de dépendance économique du distributeur en raison de sa responsabilité dans l'importance de la part du fournisseur dans son chiffre d'affaires<sup>1558</sup>.

**Incertitudes.** Plusieurs analyses sont ainsi possibles.

Il pourrait se déduire d'une analyse *a contrario*, qu'une clause d'exclusivité d'approvisionnement est un obstacle juridique à la diversification et qu'il ne peut être reproché au distributeur d'avoir volontairement limité ses sources d'approvisionnement. La dépendance économique dépendrait alors des possibilités de sortie de l'exclusivité, ce qui renvoie à l'appréciation des obstacles au recours à des solutions d'approvisionnement alternatives<sup>1559</sup>.

Au contraire, il pourrait être considéré que l'analyse de la responsabilité du distributeur dans l'importance du chiffre d'affaires réalisé avec les produits du fournisseur n'est utile qu'en l'absence de clause d'exclusivité d'approvisionnement car en présence d'une telle clause le distributeur, en y consentant, a manifesté un choix délibéré de limiter ses sources d'approvisionnement et ne peut donc alléguer son état de dépendance économique. La dépendance issue d'une relation contractuelle serait ainsi systématiquement ignorée au motif qu'elle a été librement consentie.

Dans une troisième analyse, en reprenant le raisonnement de l'Autorité de la concurrence en 2010<sup>1560</sup>, il pourrait être distingué selon que la clause d'exclusivité d'approvisionnement a été imposée ou procède d'un

---

<sup>1557</sup> R. Cass. 2009, p. 227 s.

<sup>1558</sup> Aut. conc. 23/07/2014, *distribution des produits bruns* : n° 14-D-07, pt 136 s., relevant que la société n'était liée par « aucun acte juridiquement contraignant » (pt 138) et que « le contrat signé [...] contient une clause d'approvisionnement non exclusif maintenant sa liberté de se fournir en produits d'autres grandes marques notoires du marché » (pt 139) si bien que sa situation d'approvisionnement à 90 % par un seul fournisseur (pt 137 et 140) « résulte bien d'un choix de stratégie commerciale qui lui est propre » (pt 144) et qu'« elle ne saurait en conséquence être considérée en situation de dépendance économique à l'égard de [ce fournisseur] [...] au sens de l'article L. 420-2 » (pt 145) – V. également : Paris 17/01/2013 : JurisData n° 2013-000562, la décision se prononce sur une rupture brutale puis sur « l'abus de dépendance économique » sans préciser de fondement. Une société (DA France) réalisait 99,58 % de son chiffre d'affaires avec France Télécom, la Cour a relevé que « la société France Télécom n'a ni par les conventions conclues avec la société DA France, ni par d'éventuelles pressions, demandé à celle-ci de lui consacrer l'intégralité de ses moyens et de son activité » et que « gérant de la société DA France rappelait qu'il avait déjà dû, pendant le cours de l'année précédente, licencier une partie de son personnel en raison de la diminution des commandes de la société France Télécom. Ainsi, la situation de dépendance invoquée ne résulte pas du fait de cette dernière qui a, par ailleurs, ainsi qu'il a été relevé précédemment, donné de multiples signes à sa partenaire de la précarité de leurs relations ».

En matière de pratiques restrictives de concurrence : Com. 24/06/2014 : n° 13-15953, a légalement justifié son exclusion d'un état de dépendance économique, une cour d'appel qui a fait « ressortir qu'en l'absence d'exclusivité des relations contractuelles, l'importance de la part du chiffre d'affaires représenté par les produits de la marque du concédant est indifférente dans l'appréciation de la situation de dépendance économique du concessionnaire » – Com. 14/05/2013 : n° 12-16432, « l'arrêt retient qu'il n'existait aucune exclusivité de droit, ni même de fait, au profit de la société Mano, [...] qu'enfin la société Mano a pu réorienter son activité pendant la durée du préavis en trouvant de nouveaux fournisseurs ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que l'état de dépendance économique invoqué par la société Mano n'était pas établi » – Com. 12/02/2013 : n° 12-13603 ; B. n° 23 ; CCC 2013, 114, M. Malaurie-Vignal ; RLDA 04/13, 4543, J. de Romanet ; JCP E 2013, 1454, P. Grignon ; D. 2013, 494, E. Chevrier ; RDC 2013, 988, C. Grimaldi, en retenant notamment « que la société EAS fret, qui avait déjà d'autres clients, pouvait encore élargir sa clientèle, aucune clause d'exclusivité ne l'en empêchant », la cour d'appel a fait « ressortir l'absence d'obstacle juridique ou factuel à la faculté de diversification de la société EAS fret, et [...] a pu retenir que cette société n'était pas en situation de dépendance économique à l'égard de la société DHL » – Paris 10/12/2013 : n° 13/12715 (consultable sur *Lexisnexis.com*), rejetant la demande d'indemnisation en référé d'une entreprise qui se plaignait d'une rupture brutale, au motif que n'étant « liée par aucun contrat d'exclusivité », il lui « appartenait [...] de [...] diversifier ses fournisseurs, [...] qu'elle a ainsi opéré un choix de stratégie commerciale qui lui est personnel, prenant le risque de se trouver en situation de dépendance économique » et « ne peut donc pas [...] imputer les conséquences financières désastreuses dont elle argue à la société [fournisseuse] ».

<sup>1559</sup> *Infra* n° 364 s.

<sup>1560</sup> Dans ce sens également : Com. 24/05/2014 : n° 12-26705 ; B. n° 90, tenant notamment compte de l'absence de stipulation d'une clause d'exclusivité pour retenir que l'intéressée « ne se trouvait pas, lors de la signature du contrat [...] dans un état de dépendance économique ».

choix délibéré du distributeur. Ce raisonnement supposerait de pouvoir distinguer les clauses imposées et les clauses choisies dans un contrat, ce qui paraît très étonnant au regard du droit commun des contrats et très hasardeux à mettre en œuvre.

**363. Conclusion.** Finalement, en l'absence d'exclusivité contractuelle d'approvisionnement, la qualification de la dépendance économique d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur est incertaine puisque d'une part, il n'existe ni taux, ni assiette pour apprécier l'importance du fournisseur pour le distributeur et, d'autre part la qualification dépendant d'une appréciation subjective de la stratégie commerciale du distributeur.

En présence d'une exclusivité contractuelle d'approvisionnement totale ou partielle, aux incertitudes liées au taux et à l'assiette de l'importance du fournisseur s'ajoutent celles de la jurisprudence qui hésite entre une conception restrictive ignorant la dépendance issue d'un contrat comportant une exclusivité d'approvisionnement, une conception incertaine distinguant entre l'exclusivité imposée et l'exclusivité choisie et une conception reportant uniquement l'analyse sur les possibilités de recourir à une solution d'approvisionnement équivalente.

Dans toutes les hypothèses, l'existence de solutions d'approvisionnement équivalentes devra être appréciée, la Cour de cassation ayant clairement jugé « *que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique* »<sup>1561</sup>.

### c - L'absence de solution d'approvisionnement équivalente

**364. Condition essentielle.** Alors que l'exigence légale que le distributeur « *ne dispose pas de solution équivalente* » a été abrogée en 2001<sup>1562</sup>, le Conseil de la concurrence, après avoir observé que les débats parlementaires n'avaient pas porté sur ce point, n'en a pas tenu compte<sup>1563</sup>. L'Autorité de la concurrence décide ainsi expressément que « *la modification de l'article L. 420-2 du Code de commerce introduite par la loi du 15 mai 2001, qui a éliminé la référence à la notion de "solution équivalente", n'exempte pas les parties d'en démontrer l'existence* »<sup>1564</sup> car « *la notion même de dépendance suppose l'absence de solution équivalente* »<sup>1565</sup>. La Cour de cassation en a également fait une « *condition essentielle* »<sup>1566</sup> en jugeant que « *l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs* ».

---

<sup>1561</sup> Com. 03/03/2004 : n° 02-14529 ; B. n° 44 ; D. 2004, 874, E. Chevrier et 1661, Y. Picod ; JCP E 2004, 1345, M. Chagny ; PA 27/06/2005, 5, E. Baccichetti et J.-P. Dom ; RTD com. 2004, 463, E. Claudel ; CCC 2004, 108, M. Malaurie-Vignal – V. également : Paris 22/01/2014 : JurisData n° 2014-001243.

<sup>1562</sup> Loi n° 2001-420 du 15/05/2001, art. 65.

<sup>1563</sup> Cons. conc. 31/08/2001, *Concurrence* : n° 01-D-49, « *la lecture de l'ensemble des travaux parlementaires relatifs à l'élaboration de la loi sur les nouvelles régulations économiques, tant au Sénat qu'à l'Assemblée nationale, permet de constater, en ce qui concerne la rédaction de l'article L. 420-2, que si, au cours des débats, s'est manifestée une volonté de permettre de sanctionner plus facilement l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, la discussion sur la manière d'obtenir ce résultat et la solution adoptée pour y parvenir ont concerné l'atteinte à la concurrence sur le marché ; qu'à aucun moment, les débats n'ont porté sur la condition tenant à l'absence de solution équivalente ; [...] si la nouvelle rédaction de ce texte ne comporte plus de référence explicite à l'absence de solution équivalente, il n'en demeure pas moins que la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, ne peut résulter que de l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées, soit en qualité de client, soit en qualité de fournisseur, avec une autre entreprise ; [...] que, dès lors, la disparition de la référence formelle à la notion de solution équivalente dans les dispositions du texte précité ne peut dispenser de l'examen du point de savoir si l'entreprise qui se prétend en situation de dépendance économique dispose d'une solution alternative* ».

<sup>1564</sup> Aut. conc. 03/03/2010, *Carrefour* : n° 10-D-08, pt 151.

<sup>1565</sup> Cons. conc. 18/08/2003, *Suzuki* : n° 03-D-42, (confirmée par Paris 04/05/2004), pt 46.

<sup>1566</sup> R. Cass. 2009, p. 226.

répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables »<sup>1567</sup>. La doctrine aussi souligne le caractère essentiel ou déterminant de cette condition<sup>1568</sup>.

**365. Impossibilité technique ou économique.** Sauf situation rare de monopole<sup>1569</sup> et compte tenu de la dimension au moins nationale des marchés d'approvisionnement<sup>1570</sup>, il existera systématiquement des fournisseurs alternatifs sur le marché. La dépendance économique réside donc essentiellement dans l'appréciation du caractère « comparable » ou équivalent des « conditions techniques et économiques » des approvisionnements alternatifs.

Plusieurs appréciations sont possibles : l'équivalence peut s'apprécier subjectivement, en considérant les conséquences que subirait le distributeur lors d'un changement de fournisseur ou objectivement, en comparant les conditions d'approvisionnement offertes par les différents fournisseurs du marché.

La Cour de cassation précise que ces conditions n'ont pas à être identiques<sup>1571</sup> et peuvent notamment être moins avantageuses<sup>1572</sup>. Le Conseil de la concurrence a également admis, dans le secteur de la publicité, que soient pris en compte la faiblesse financière de l'entreprise, de ses marges, la durée et l'importance de la relation nouée avec le partenaire<sup>1573</sup>, la solution alternative devant être supportable.

Cependant, les décisions rendues dans les années 1990 ont fait apparaître que « le seuil de l'insupportable [...] [était] haut placé »<sup>1574</sup>. Ainsi, le Conseil de la concurrence a considéré que les concessionnaires automobiles ne sont pas en état de dépendance à l'égard de leur fournisseur car ils « peuvent passer d'un réseau de constructeurs à un autre »<sup>1575</sup> et n'a pas pris en compte les investissements, parfois très lourds, qui accompagnent un tel passage (acquisition du matériel et de l'outillage, formation du personnel et transformation des locaux pour respecter les normes d'un nouveau fournisseur)<sup>1576</sup>. Dans une autre affaire, le pourvoi reprochait à la cour d'appel de Paris de ne pas avoir recherché si les solutions alternatives « constituai[en]t pour le distributeur une possibilité effective suffisante et supportable, et n'entraînai[en]t pas pour lui de tels inconvénients qu'en serait gravement compromise sa capacité compétitive ». La Cour de cassation jugea qu'ayant constaté l'existence de fournisseurs de produits substituables et la possibilité pour le

---

<sup>1567</sup> Com. 03/03/2004 : n° 02-14529 ; B. n° 44 ; D. 2004, 874, E. Chevrier et 1661, Y. Picod ; JCP E 2004, 1345, M. Chagny ; PA 27/06/2005, 5, E. Baccichetti et J.-P. Dom ; RTD com. 2004, 463, E. Claudel ; CCC 2004, 108, M. Malaurie-Vignal – V. également : Com. 12/02/2013 : n° 12-13603 ; B. n° 23 ; CCC 2013, 114, M. Malaurie-Vignal ; RLDA 04/13, 4543, J. de Romanet ; JCP E 2013, 1454, P. Grignon ; D. 2013, 494, E. Chevrier ; RDC 2013, 988, C. Grimaldi, l'arrêt est rendu sur le fondement de l'ancien abus de relation de dépendance (C. com. anc. art. L. 442-6, I, 2°, b – *Infra* n° 369).

<sup>1568</sup> V. not. : RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *op. cit.*, n° 918 – GLAIS (M.), *La sanction des abus de dépendance économique : entre désillusion et espoir*, CCC 2006, étude 25, n° 5 s.

<sup>1569</sup> Dans ce sens : GLAIS (M.), *L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 : analyse économique*, GP 1989.II.290, p. 291, faisant référence à un « cas d'école ».

<sup>1570</sup> *Supra* n° 359.

<sup>1571</sup> Com. 16/12/2008 : n° 08-13423, « ayant relevé que l'abus de dépendance économique invoqué par la société Concurrence ne saurait résulter de la seule impossibilité alléguée par cette société de s'approvisionner en produits Sony auprès de grossistes dans des conditions identiques à celles qui lui étaient consenties dans le cadre des relations commerciales directes rompues sans faute par la société Sony, la cour d'appel [...] a légalement justifié sa décision », arrêt rendu sur le fondement de l'ancien abus de relation de dépendance (C. com. anc. art. L. 442-6, I, 2°, b – *infra* n° 369) mais repris par la Cour de cassation dans son rapport annuel pour expliquer l'abus de l'état de dépendance économique (R. Cass. 2009, p. 227).

<sup>1572</sup> Dans ce sens : Com. 02/06/1992 : n° 90-18224 ; B. n° 224 ; CCC 1992, 229, L. Vogel, relevant un « léger manque à gagner ».

<sup>1573</sup> Cons. conc. 18/06/1996 : n° 96-D-44 ; CCC 1997, 8, L. Vogel, « l'état de dépendance économique d'un support vis-à-vis d'une centrale d'achat d'espace publicitaire doit s'apprécier au regard de plusieurs critères et, notamment, du chiffre d'affaires réalisé par ce support avec cette centrale d'achat, de l'importance de celle-ci dans la vente de l'espace publicitaire pour le média considéré, des facteurs ayant conduit le support à concentrer ses ventes auprès de la centrale d'achat ainsi que de l'existence et de la diversité éventuelle de solutions alternatives pour le support ; que, pour apprécier l'importance de ce dernier critère, peuvent être prises en compte notamment la faiblesse des ressources financières du support, la faiblesse des marges des supports sur le marché sur lequel ils opèrent, la durée et l'importance de la pratique de partenariat que le support a éventuellement nouée avec la centrale ».

<sup>1574</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, Préf. R. Bout, BDP, t. 337, LGDJ, 2000, n° 577.

<sup>1575</sup> Cons. conc. 02/05/1989, Mercedes-Benz : n° 89-D-16.

<sup>1576</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 128.

distributeur d' « *opter pour une meilleure diversification [...] [de ses] sources d'approvisionnement, la cour d'appel [...] n'avait pas à faire d'autres recherches* » et avait « *légalement justifié sa décision* »<sup>1577</sup>. L'affaire Cora est souvent citée en symbole de cette rigueur d'appréciation puisqu'elle a donné l'occasion à la Cour de cassation d'approuver la cour d'appel de Paris d'avoir exclu l'état de dépendance économique d'un fournisseur de la grande distribution au motif qu'il avait « *disposé d'une solution alternative lui ayant permis de réorienter son activité vers le petit commerce* » en ignorant les arguments du Ministre de l'économie qui faisait valoir que cette réorientation s'était « *effectuée au prix d'une réduction d'effectifs de 60 % et d'une baisse de plus de la moitié de son chiffre d'affaires* »<sup>1578</sup>.

Une partie de la doctrine a ainsi critiqué une « *jurisprudence [qui] se contente de vérifier l'existence d'une solution de remplacement sans s'interroger ni sur les délais dans lesquels le changement de partenaire peut intervenir ni sur le coût de cette mobilité pour l'entreprise concernée* »<sup>1579</sup>. L'état de dépendance économique a été comparé à l'irrésistibilité en matière de force majeure<sup>1580</sup> et une partie de la doctrine souligne toujours l'inefficacité du texte, son échec<sup>1581</sup>.

En effet, depuis les années 90, la situation semble n'avoir guère évolué.

L'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation n'ont pas tenu compte de la suppression, en 2001, de l'exigence légale de l'absence de solution équivalente<sup>1582</sup>.

En 2009, dans son rapport annuel, la Cour de cassation, après avoir rappelé en premier lieu que « *la notion de dépendance économique doit être strictement entendue* » et que sa condition essentielle réside dans « *l'absence de solution équivalente* », a exposé que « *la question de savoir si l'entreprise dispose ou non d'une solution équivalente doit faire l'objet d'une appréciation concrète au cas par cas* » mais au titre des éléments économiques d'appréciation, a uniquement cité « *la notoriété de la marque du fournisseur* », « *l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents* »<sup>1583</sup>. Il n'a ainsi été fait aucune référence au temps de transition et surtout aux pertes et coûts éventuellement associés : perte des stocks de produits marqués non écoulés, des aménagements et autres investissements spécifiques à l'ancien fournisseur, perte de clientèle due au changement d'enseigne et de produits ou services, paiement d'un nouveau droit d'entrée, coûts des travaux de réaménagement du local, d'acquisition du nouveau matériel, outillage et mobilier commercial, coûts de formation du personnel, de publicité locale, etc. Par ailleurs, à supposer qu'un distributeur puisse assumer ces différents coûts, rien ne garantit qu'il aura effectivement la possibilité de conclure un contrat de distribution avec un des autres fournisseurs du marché, en particulier si ceux-ci disposent déjà d'un concessionnaire ou d'un franchisé dans la zone de chalandise considérée.

Cette conception restrictive correspond effectivement à la jurisprudence.

Ainsi, en 2001, le Conseil de la concurrence a estimé qu'une société n'était pas en état de dépendance dans

---

<sup>1577</sup> Com. 12/10/1993 : n° 91-17983.

<sup>1578</sup> Com. 10/12/1996, Cora : n° 94-16192 ; B. n° 310.

<sup>1579</sup> CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, n° 127.

<sup>1580</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 577.

<sup>1581</sup> Dans ce sens, notamment : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence...*, *op. cit.*, n° 576 – RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *op. cit.*, n° 915 – MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCÉ (M.), *op. cit.*, n° 356 – Sur la question : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 620 s.

<sup>1582</sup> *Supra* n° 364.

<sup>1583</sup> R. Cass. 2009, p. 226 s.

la mesure où elle avait pu réorienter son activité vers un autre type de produits « *sans qu'il soit établi que cette réorganisation lui ait occasionné des coûts tels qu'ils aient mis en cause la viabilité de l'entreprise* »<sup>1584</sup>. La survie de l'entreprise après la cessation d'une relation semble ainsi suffire à écarter son état de dépendance économique<sup>1585</sup> même si elle a dû changer d'activité.

En 2003, le Conseil a rappelé avoir « *établi qu'un concessionnaire automobile (monoproduit, monomarque) ne se trouve pas en situation de dépendance à l'égard de son concédant dès lors que les concessionnaires peuvent passer d'un réseau de constructeur à un autre et qu'il existe d'autres solutions de conversion pour le concessionnaire évincé* » et, dans l'espèce, n'a pas tenu compte des engagements de non-concurrence souscrits par les concessionnaires et n'a procédé à aucune analyse du temps ou des coûts associés à un changement de marque mais s'est limité, pour exclure la dépendance économique, à constater la substituabilité des grandes marques de motocycles immatriculés et l'existence de quelques exemples de concessionnaires ayant opéré un changement de marque<sup>1586</sup>.

En 2006, la cour d'appel de Versailles a jugé que des franchisés n'étaient pas en état de dépendance économique à l'égard de leur franchiseur car ils pouvaient ne pas reconduire le contrat tous les six ans et exercer soit « *une activité différente* », soit une activité concurrente dans un département non visé par la clause de non-concurrence post-contractuelle et que si cette reconversion pouvait « *constituer une difficulté* », elle ne pouvait être « *qualifiée de contrainte ou d'obligation injustifiée* » car les franchisés « *avaient bénéficié d'une exclusivité, dans leur secteur durant quatorze ans, ce qui justifiait la protection de leurs éventuels successeurs et du réseau lui-même* »<sup>1587</sup>.

En 2013, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Pau d'avoir rejeté l'état de dépendance économique d'un distributeur au motif qu'il n'existait « *aucune exclusivité de droit, ni même de fait* » avec le fournisseur, qu'il distribuait également des produits concurrents et avait « *pu réorienter son activité [...] en trouvant de nouveaux fournisseurs* », ignorant ainsi, comme dans l'affaire Cora, les arguments de l'entreprise qui démontrait que cette réorientation avait déjà entraîné une baisse de chiffre d'affaires de 60 % et que la perte de chiffres d'affaires prévue sur l'année était très importante au point de devoir entraîner la fermeture de l'agence concernée et le licenciement économique de ses salariés<sup>1588</sup>.

---

<sup>1584</sup> Cons. conc. 16/01/2001, SNMO : n° 00-D-73.

<sup>1585</sup> Rapp. : Com. 20/02/2007 : n° 04-14446, « *l'arrêt retient que malgré la baisse régulière du pourcentage de son chiffre d'affaires avec IUP et SM, le chiffre d'affaires de la société Daniel Grenin, qui travaille également pour Uguine Savoie Imphy à laquelle elle expédie un plus fort tonnage total que celui qu'elle expédie à IUP et SM, est resté pratiquement stable ; qu'ayant ainsi fait ressortir que la société Daniel Grenin avait pu compenser par d'autres activités la réduction de tonnage enregistrée avec IUP et SM, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » de rejet de l'état de dépendance économique de la société Daniel Grénin – Com. 09/04/2002 : n° 00-13921 ; RTD com. 2003, 75, E. Claudel ; PA 22/08/2002, 6, P. Arhel, « *l'arrêt constate que l'examen des pièces comptables et fiscales ne fait nullement apparaître une chute brutale d'activité et du chiffre d'affaires de la société Sintel après la rupture du contrat de distribution mais qu'au contraire le chiffre d'affaires de la société Sintel a connu une croissance de 34 % en 1996 et que l'activité de distribution a augmenté de 17 % au cours de l'exercice clos le 30/06/1997 par rapport à l'exercice clos le 31 décembre 1995 ; qu'en l'état de ces seules constatations, la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur un critère inopérant mais a seulement fait ressortir que la société Sintel ne pouvait se prévaloir de l'absence de solution équivalente, et qui relève que la réorientation de ses activités avait pu être effectuée sans difficulté, a pu en déduire que l'état de dépendance dont se prévalait la société Sintel n'était pas établi et a légalement justifié sa décision* ».

<sup>1586</sup> Cons. conc. 18/08/2003, Suzuki : n° 03-D-42, (confirmée par Paris 04/05/2004), pt 47 s.

<sup>1587</sup> Versailles 11/05/2006 : JurisData n° 2006-313422 ; D. 2007, 1914, D. Ferrier, arrêt rendu sur le fondement de l'ancien abus de relation de dépendance (C. com. anc. art. L. 442-6, I, 2°, b – *infra* n° 369).

<sup>1588</sup> Com. 14/05/2013 : n° 12-16432, l'action était fondée sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie (C. com. art. L. 442-6, I, 5° – *infra* n° 374 s.) mais le prouvoi invoquait également une violation de l'article L. 420-2 du Code de commerce. – V. également : Com. 20/02/2007 : n° 04-14446, constatant que la société « *avait pu compenser par d'autres activités la réduction du tonnage enregistré* » avec le partenaire ayant rompu la relation et ignorant l'argument du pourvoi selon lequel la société avait néanmoins perdu 59,64 % de son chiffre d'affaires, ce qui l'avait empêché d'amortir ses charges fixes, la situation n'est cependant pas claire car la cour d'appel avait constaté un chiffre d'affaires « *resté pratiquement stable* » – CA Paris 17/01/2013 : JurisData n° 2013-000562, la décision se prononce sur une

Ces quelques décisions montrent que l'appréciation de l'état de dépendance économique est restée tout aussi rigoureuse que dans les années 90 et continue à se fonder essentiellement sur une analyse objective se limitant à constater l'existence de solutions alternatives sur le marché sans prendre en compte les délais et coûts de transition du distributeur qui devrait y recourir.

**366. Impossibilité juridique.** Néanmoins, l'Autorité de la concurrence a admis en 2010 que « *la mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur pourrait [...] résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée* »<sup>1589</sup>.

Ce raisonnement avait déjà été tenu en 1997 dans l'affaire *Prodim*. La Cour de cassation y avait approuvé une cour d'appel d'avoir caractérisé l'état de dépendance économique en constatant une très forte immixtion du franchiseur dans la gestion du franchisé et un ensemble contractuel couplé à des pratiques dissuadant le franchisé de sortir de la relation. Dans cette affaire, le franchiseur dont les fournitures représentaient deux tiers du chiffre d'affaires du franchisé, s'était fait transférer la gestion des services administratif et comptable du franchisé en détenant notamment une délégation de pouvoir et de signature bancaire et lui avait imposé un système informatique qui ne lui permettait même pas de connaître les prix d'achat des produits qu'il commandait. De plus, le contrat de franchise, à durée indéterminée, était lié à un contrat de location-gérance, la résiliation du premier entraînant inévitablement la dénonciation du second et le franchiseur laissait systématiquement des factures impayées pour dissuader le franchisé de s'approvisionner ailleurs<sup>1590</sup>.

Cette caractérisation particulière de la dépendance économique paraît cependant réservée à des hypothèses extrêmes. En effet, la jurisprudence n'est pas encline à considérer que des clauses librement consenties et valables au regard du droit commun des contrats (une exclusivité d'approvisionnement, une obligation de non-concurrence post-contractuelle) suffisent à établir une dépendance économique mais exige

---

rupture brutale puis sur « *l'abus de dépendance économique* » sans préciser de fondement. Une société spécialisée dans la réparation de cabines téléphoniques réalisait 99,58 % de son chiffre d'affaires avec France Télécom et « *avait déjà dû, pendant le cours de l'année précédente, licencier une partie de son personnel en raison de la diminution des commandes de la société France Télécom* ». La Cour exclut l'état de dépendance économique au motif notamment que « *si la société France Télécom ne conteste pas avoir détenu 100 % des cabines téléphoniques, il ne peut être admis que les compétences des techniciens et autres salariés de la société D.A France ne pouvaient trouver à s'exercer que dans la réparation desdites cabines et n'auraient pu, pendant le cours des deux années de préavis, permettre à la société D.A France de trouver d'autres marchés sur lesquels proposer ses services* ».

<sup>1589</sup> Aut. conc. 03/03/2010, *Carrefour* : n° 10-D-08 ; CCC 2010, 123, M. Malaurie-Vignal, pt 163.

<sup>1590</sup> Com. 16/12/1997, *Prodim* : n° 95-21555 ; B. n° 337 ; D. 1998, somm. 338, D. Ferrier, « *pour caractériser l'état de dépendance économique, au sens de l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, des époux Y... à l'égard des sociétés Promodes et Prodim, la cour d'appel n'avait pas, en l'espèce, à se prononcer sur l'importance du chiffre d'affaires existant entre eux et ces sociétés, puisque celles-ci, reconnaissant elles-mêmes dans leurs écritures que de 1989 à 1992 les commandes effectuées par les époux Y..., correspondant à l'acquisition de produits de grande distribution, représentaient les deux tiers du montant du chiffre d'affaires réalisé par les époux Y..., les autres produits étant acquis auprès de différents fournisseurs ; la cour d'appel s'est uniquement fondée sur les pratiques "déployées" par les sociétés Promodes et Prodim après que les contrats de location-gérance et de franchisage aient été conclus le 4 février 1986 ; qu'elle a, en effet, relevé que ces sociétés ont demandé aux époux Y... d'assurer les services administratif et comptable de leur magasin et ont modifié "le dispositif initialement convenu, même si de façon surprenante, aucun écrit (n'était) le plus souvent, intervenu pour formaliser l'accord des parties" ; qu'en contrepartie de ces services, la société Prodim s'est fait octroyer une redevance de 2,13 % sur le montant du chiffre d'affaires au lieu de celle de 0,40 % initialement fixée par le contrat ; que la cour d'appel a alors constaté que, par la gestion informatisée mise au point par les sociétés Promodes et Prodim pour livrer les commandes destinées aux époux Y..., "ces derniers se sont rapidement trouvés enfermés dans un système les conduisant à passer les commandes à l'aide d'un dispositif télématique... sans connaître à l'avance les prix d'achat" ; que l'arrêt relève encore qu'à partir du début de l'année 1992 les sociétés litigieuses "se sont employées à obtenir des époux Y... non seulement qu'ils leur transfèrent l'essentiel de la tenue de la comptabilité mais encore qu'ils consentent à une délégation de pouvoirs et de signature bancaire", un salarié de la société Promodes ayant attesté que les factures autres que celles de cette société n'étaient pas honorées de suite et que "dans le but de dissuader les franchisés de l'approvisionnement ailleurs... Prodim, qui avait la délégation de signature sur la plupart des comptes des franchisés... laissait systématiquement une, deux ou trois factures impayées" ; que l'arrêt relève enfin que le contrat de franchisage ayant été conclu sans indication de durée, les époux Y... ne pouvaient se soustraire à la volonté du franchiseur puisque la dénonciation de ce contrat avait "pour inévitable conséquence d'entraîner la dénonciation du contrat de location-gérance", cette circonstance les privant de trouver des solutions alternatives pour obtenir d'autres sources d'approvisionnement* » – Sur cette décision : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, op. cit., n° 758 s.



des obligations ou pratiques dépassant les objectifs inhérents à la franchise ou à la concession<sup>1591</sup>.

Non seulement cette exigence réserve l'état de dépendance économique à des cas extrêmes mais la rend également très incertaine puisqu'elle suppose de pouvoir déterminer un niveau d'obligations et un degré de direction et de contrôle qui ne seraient pas inhérents à la franchise ou à la concession alors qu'il a été démontré que cette démarche relevait de la gageure<sup>1592</sup>. De plus, dans le cadre du droit des pratiques anticoncurrentielles, l'objectif est essentiellement de préserver une concurrence suffisante sur les marchés<sup>1593</sup>, le caractère inhérent à une forme de distribution d'une pratique ou d'une obligation pourrait donc dépendre de son impact potentiel sur la concurrence dans le marché en cause.

**367. Conclusion.** Finalement, l'état de dépendance économique est une notion malléable aux critères incertains. La jurisprudence a choisi de l'interpréter très restrictivement comme une impossibilité de changer de fournisseur analysée essentiellement de façon objective par rapport au marché. Les critères retenus la cantonne à des situations extrêmes : celle d'un distributeur ayant dû cesser totalement son activité suite à la cessation de sa relation avec un fournisseur à condition qu'il ne puisse lui être reproché d'avoir volontairement concentré son activité auprès de ce fournisseur ou celle d'un distributeur dont l'activité est totalement passée sous le contrôle de son fournisseur au point que celui-ci réalise les actes de gestion à sa place et, par des clauses et pratiques, le contraint à maintenir la relation.

Les situations intermédiaires de dépendance-obéissance ou de dépendance-nécessité dans lesquelles peuvent se trouver les concessionnaires, franchisés et autres distributeurs à l'égard d'un fournisseur ne sont donc pas appréhendées par l'état de dépendance économique.

---

<sup>1591</sup> V. par ex. : Toulouse 26/01/2006 : JurisData n° 2006-312311 ; D. 2007, 1914, D. Ferrier, « *s'agissant de l'article L420-2, seule l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique de ses concessionnaires pourrait utilement être reprochée en l'espèce [...]. Mais le principe même du contrat de concession exclusive consiste en une exclusivité d'approvisionnement, justifiée par le droit tout aussi exclusif à utiliser, en contrepartie, une marque dont la notoriété profite au concessionnaire, qui bénéficie d'une politique commerciale menée au plan national, voire international : de tels contrats ne sont pas en leur principe illicites, et il appartient au concessionnaire de rapporter la preuve de pratiques imposées sans nécessité par rapport à l'objectif poursuivi dans l'intérêt des deux parties, et tenant au respect de l'identité de la marque* » – V. également : Versailles 11/05/2006 : JurisData n° 2006-313422 ; D. 2007, 1914, D. Ferrier, arrêt rendu sur le fondement de l'ancien abus de relation de dépendance (C. com. anc. art. L. 442-6, I, 2°, b – *infra* n° 369), jugeant que les sociétés franchisées tenues par une exclusivité et une clause de non-concurrence post-contractuelle avaient « *la faculté de ne pas reconduire le contrat à chacune de ses échéances de six ans* » et ne peuvent prétendre que la clause de non-concurrence post-contractuelle qui les en aurait dissuadé constituerait un abus de dépendance car il s'agit d'une clause librement consentie, qu'elle ne les empêchait pas d'« *exercer une activité différente sur le secteur d'exclusivité* » ou de continuer leur activité « *à la condition de s'installer sur une autre zone géographique du territoire national* » et que cette obligation de « *reconversion, même si elle peut, pour une entreprise, constituer une difficulté* », ne « *saurait être qualifiée de contrainte ou d'obligation injustifiée* » car l'exclusivité dont elles avaient bénéficié, « *justifiait la protection de leurs éventuels successeurs et du réseau lui-même, excluant tout abus de la part de la société [franchiseuse]* ».

<sup>1592</sup> *Supra* n° 147 et 150.

<sup>1593</sup> L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique est seulement sanctionnée « *dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence* » (C. com. art. L. 420-2, al. 2) – Cette formule issue de la loi n° 2001-420 du 15/05/2001 (art. 66) remplace l'exigence antérieure d'un abus « *ayant pour objet ou [pouvant] avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* » – La doctrine est divisée sur la portée de cette nouvelle formulation : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence...*, *op. cit.*, n° 581, « *elle doit être comprise comme signifiant que seuls les abus de dépendance produisant des effets sensibles, c'est-à-dire émanant d'entreprise suffisamment importantes sont condamnés* » – RIBERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *op. cit.*, n° 920, même interprétation – CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 76 et n° 230, « *la condition d'atteinte à la concurrence subsiste* » – GLAIS (M.), *La sanction des abus de dépendance économique : entre désillusion et espoir*, CCC 2006, étude 25, n° 10, même interprétation – Sur la question : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 625 s. – V. également : Paris 26/03/2014 : JurisData n° 2014-006348, « *l'article L. 420-2 du code de commerce est un texte d'incrimination dont l'objet est de protéger le marché, qu'il n'a pas pour finalité de protéger le partenaire cocontractant en position de dépendance économique* ».

## §2 – La qualification incertaine de la dépendance des distributeurs dans les pratiques restrictives de concurrence

**368. Présentation.** A la différence du droit européen<sup>1594</sup>, le droit français de la concurrence prohibe une série de pratiques indépendamment de leur effet sur le marché<sup>1595</sup>. L'objectif est de moraliser et rééquilibrer les relations entre professionnels<sup>1596</sup> en interdisant notamment les ruptures brutales, l'obtention d'avantages injustifiés ou encore les conditions de règlement abusives<sup>1597</sup>.

**369. Ancien abus d'une relation de dépendance.** Dans ce cadre, il avait été adopté, en 2001, une prohibition spécifique de l'abus de « *la relation de dépendance* »<sup>1598</sup>. La jurisprudence a assimilé cette notion à celle d'*état de dépendance économique*, au sens des pratiques anticoncurrentielles<sup>1599</sup>. Le texte a été très peu invoqué et, la plupart du temps, sans succès<sup>1600</sup>. Le législateur a pris acte de cet échec en 2008 en faisant disparaître toute référence à la dépendance et en considérant comme plus simple et efficace de sanctionner dorénavant le fait de « *soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* »<sup>1601</sup>. La Cour de cassation a néanmoins profité d'une affaire antérieure à l'abrogation du texte pour juger que « *l'état de dépendance économique se définit 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* »<sup>1602</sup>.

**370. Prise en compte de la dépendance par la notion de soumission.** La dépendance économique pourrait cependant réapparaître à travers la notion de soumission puisque le nouveau texte ne sanctionne pas directement un déséquilibre significatif mais le fait de « *soumettre ou tenter de soumettre* » un partenaire à un tel déséquilibre. Ainsi, des juges du fond ont déjà expressément exigé un abus de dépendance

---

<sup>1594</sup> Sur la possible adoption d'un règlement européen sur les pratiques déloyales : *infra* n° 970.

<sup>1595</sup> Sur la question, voir notamment : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence...*, *op. cit.*, n° 240 s. – MARTIN (M.), *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, Préf. L. Vogel, PUAM, 2012.

<sup>1596</sup> Les titres des lois sont révélateurs : loi n° 96-588 du 01/07/1996 *sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales* et loi n° 2001-420 du 15/05/2001 *relative aux nouvelles résolutions économiques* comportant un Titre 1<sup>er</sup> « *Moralisation des pratiques commerciales* ».

<sup>1597</sup> C. com. art. L. 442-1 s.

<sup>1598</sup> Loi n° 2001-420 du 15/05/2001, art. 56. – Du 16/05/2001 au 06/08/2008, l'article L. 442-6, I, 2°, b) du Code de commerce prohibait le fait pour un producteur, commerçant, industriel ou artisan « *d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées* ». Le législateur ayant visé une « *relation de dépendance* » et non un « *état de dépendance économique* », la jurisprudence était libre de distinguer les deux notions (CHONE (A.-S.), *Les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Préf. B. Teyssié Economica, 2010, n° 229 – MAINGUY (D.), *L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce*, JCP E 2002, 1914).

<sup>1599</sup> Si certaines cours d'appel ont appliqué les conditions de la dépendance économique, pratique anticoncurrentielle, en exigeant une absence de solution équivalente (Paris 08/03/2006 : JurisData n° 2006-29515 ; CCC 2006, 133, M. Malaurie-Vignal – Versailles 11/05/2006 : JurisData n° 2006-313422 ; D. 2007, 1914, D. Ferrier), d'autres ont raisonné à partir de formes de dépendance différentes (Angers 07/02/2006 : JurisData n° 2006-299074 – Nîmes 23/06/2005 : JurisData n° 2005-282018). La Cour de cassation a cependant unifié les deux notions en exigeant une absence de solution équivalente (Com. 23/10/2007 : n° 06-14981 ; JCP 2008.I.136, n° 14, M. Chagny – Com. 16/12/2008 : n° 08-13423 – Com. 29/01/2008 : n° 07-13778).

<sup>1600</sup> Les bilans successifs de la Direction générale de la concurrence et de la Faculté de droit de Montpellier font apparaître qu'entre le 01/01/2004 et le 31/12/2010, le texte n'a été invoqué que dans 15 décisions de juridictions du fond et appliqué seulement 4 fois (<http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission-0>, consulté le 16/05/2015).

<sup>1601</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 2), issu de la loi n° 2008-776 du 04/08/2008 (art. 22) – L'exposé des motifs de la loi précise que « *dans un souci de simplification et d'effectivité, la notion de "déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties" remplace celle "d'abus de la relation de dépendance" et de "puissance d'achat ou de vente"* ».

<sup>1602</sup> Com. 12/02/2013 : n° 12-13603 ; B. n° 23 ; CCC 2013, 114, M. Malaurie-Vignal ; RLDA 04/13, 4543, J. de Romanet ; JCP E 2013, 1454, P. Grignon ; D. 2013, 494, E. Chevrier ; RDC 2013, 988, C. Grimaldi.

économique<sup>1603</sup> ou exclu l'action au motif que les conditions avaient été librement négociées<sup>1604</sup> ou encore, se sont livrées à une étude du marché pour en déduire la soumission visée par le texte<sup>1605</sup>. La Cour de cassation paraît cependant s'orienter vers une conception accueillante de la soumission et une partie de la doctrine soutient même qu'elle « *n'exige pas la preuve de faits démontrant la soumission, autres que l'existence même du déséquilibre* »<sup>1606</sup>. La jurisprudence de la Cour de cassation sur la question se limite, pour l'instant, à deux arrêts de rejet qui ne sont pas aussi catégoriques : ils déduisent la soumission, non de l'existence d'une clause déséquilibrée mais d'une absence de négociation de la clause<sup>1607</sup>.

**371. Absence de condition de dépendance.** Sous la réserve de l'interprétation de la notion de soumission dans la prohibition du déséquilibre significatif, l'existence d'une situation de dépendance peut rendre possible ou faciliter les pratiques restrictives de concurrence mais n'en conditionne plus aucune<sup>1608</sup>. En revanche, la dépendance intervient parfois expressément dans le régime de ces pratiques.

**372. Incidence de la dépendance sur le régime de la revente à perte.** Ainsi, la loi prévoit que le prix d'achat effectif permettant de calculer le seuil de revente à perte « *est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final* » et précise qu'« *est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa*

---

<sup>1603</sup> V. par ex. : Bordeaux 27/03/2014 : JurisData n° 2014-012392 ; CCC 2014, 223, N. Mathey, « *l'article L442 6 I 2° vise [...] à contrer les pratiques faussant la concurrence ainsi qu'il ressort de son insertion au sein d'un chapitre II intitulé 'Des pratiques restrictives de concurrence' et implique un abus de dépendance économique inexistante au cas d'espèce, monsieur Juillen pouvant choisir un autre fournisseur de site Internet* ».

<sup>1604</sup> V. par ex. : Paris 14/11/2014 : JurisData n° 2014-028300 ; CCC 2015, 65, N. Mathey, « *la société NETASQ a librement accepté les conditions financières proposées par la société ECONOCOM, au regard du montant investi, des intérêts de la somme mobilisée pendant la durée initiale du bail et de la marge commerciale de l'opérateur financier, de sorte que la société NETASQ ne rapporte pas la démonstration, qui lui incombe, du déséquilibre significatif allégué qui lui aurait été imposé par le bailleur* ».

<sup>1605</sup> V. par ex. : Paris 18/12/2013 : JurisData n° 2013-030435 ; CCC 2015, 64, N. Mathey, « *la soumission se traduit par l'insertion de ces clauses dans les contrats dès lors, comme il est vu plus loin, qu'il n'y a pas de pouvoir réel de négociation pour les fournisseurs ; Considérant au surplus, qu'en 2009, le Galec détenait 16,9 % des parts du marché de la distribution ; que des fournisseurs du Galec (dont seuls 3 % étaient des grands groupes, Nestlé, Foods International, Général Mills, Adidas, Mars, Mac Cain Alimentation et Lactalis) ne pouvaient se permettre de cesser leurs relations commerciales avec le Galec ou d'être déréférencés de sorte qu'il en résultait nécessairement une soumission de leur part aux exigences du Galec lors de la conclusion des contrats* ». – Pour un panorama de décisions, voir les bilans des décisions judiciaires établis par la Faculté de Montpellier et disponibles sur le site de la CEPC (<http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission-0>, consulté le 19/03/2015).

<sup>1606</sup> CHANTEPIE (G.), *Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation*, AJCA 03/2015, 218.

<sup>1607</sup> Com. 03/03/2015 : n° 14-10907, les juges du fond d'avoir considéré que des fournisseurs étaient dans une situation de soumission par rapport à un distributeur au motif que des trames types de contrats étaient établis par ce dernier et que les contrats qui en découlaient étaient exécutés sans jamais prendre en compte les réserves ou avenants qu'ils avaient pu proposer si bien qu'ils n'avaient pas fait l'objet d'une négociation effective mais étaient de « *véritables contrats d'adhésion* ». Le pourvoi reprochait sur ce point aux juges n'avoir procédé à de simples affirmations sans se fonder sur des pièces et soutenait que « *l'existence d'un contrat d'adhésion ne suffit pas à elle seule à établir l'existence d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, 2° du code de commerce* ». D'autres critiques étaient formulées à l'égard de l'appréciation de l'existence du déséquilibre significatif. La Cour de cassation juge « *qu'ayant relevé l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de deux clauses litigieuses, qu'aucune autre stipulation ne permettait de corriger, et constaté qu'aucune suite n'était donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier, la cour d'appel, qui a procédé à une analyse globale et concrète du contrat et apprécié le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation, et qui n'était pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif auquel la société Provera avait soumis ou tenté de soumettre ses partenaires, a satisfait aux exigences de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce* » et « *qu'ayant constaté, en se référant à la situation de fournisseurs, qu'elle a identifiés, que les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables contrats d'adhésion ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses, la cour d'appel, qui a souverainement apprécié les éléments de la cause, a légalement justifié sa décision* ». La Cour de cassation ne juge pas qu'en constatant l'existence d'un déséquilibre significatif, la cour d'appel a pu estimer que la condition de soumission était remplie. Elle semble, au contraire, distinguer la condition de soumission et celle de déséquilibre significatif : les juges ont relevé « *l'existence d'un déséquilibre [...] résultant de deux clauses litigieuses... et constaté qu'aucune suite n'était donnée aux réserves ou avenants...* », ils ont ainsi « *procédé à une analyse globale et concrète du contrat et apprécié le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation* ». L'arrêt est délicat à analyser car l'absence de prise en compte des réserves ou avenants des fournisseurs est pris en compte à la fois pour caractériser la condition de soumission et pour expliquer l'absence de correction du déséquilibre créé. – Com. 03/03/2015 : n° 13-27525, à paraître au Bulletin, le pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir déduit la soumission de la seule existence d'une clause déséquilibrée (l'article 14 du contrat), la Cour de cassation ne juge pas que la soumission résulte de l'existence de la clause mais relève que l'arrêt « *constate [...], au regard des différents avenants qu'il énumère, et sans se limiter à la seule clause en litige, que si une négociation peut donner lieu à certaines modifications, celle de l'article 14 est toujours refusée* ». La condition de soumission semble donc bien vérifiée.

<sup>1608</sup> C. com. art. L. 442-1 s.

*politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste* »<sup>1609</sup>. La Cour de cassation n'ayant jamais eu à se prononcer sur ces questions<sup>1610</sup>, il est donc difficile de savoir à partir de quel degré de contraintes un distributeur n'est plus considéré comme libre de déterminer sa politique commerciale et ce que recouvre exactement la notion d'affiliation.

**373. Incidence de la dépendance sur le régime de la rupture brutale et plan.** En revanche, un contentieux important s'est développé sur l'incidence de la dépendance dans la prohibition de la rupture brutale des relations commerciales établies (A) obligeant ainsi la jurisprudence à la qualifier (B).

## **A – La prise en compte de la dépendance dans la rupture brutale des relations commerciales établies**

**374. Présentation.** L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce prévoit qu'engage sa responsabilité tout producteur, commerçant, industriel ou artisan qui rompt « *brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* », voire, à défaut, par « *des arrêtés du ministre chargé de l'économie* ».

**375. Absence de condition de dépendance.** Le texte ne posant aucune condition de dépendance, la Cour de cassation a jugé que « *le respect d'un délai de préavis s'impose en cas de rupture d'une relation commerciale établie indépendamment de l'état de dépendance économique d'une partie envers l'autre* »<sup>1611</sup>.

**376. Prise en compte de la dépendance dans l'appréciation du délai de préavis.** A la lecture de la loi, la dépendance n'apparaît pas non plus comme un critère d'appréciation de la durée de préavis minimale. Celle-ci doit seulement être déterminée à partir de deux critères cumulatifs : « *la durée de la relation commerciale* » et « *la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* » ou « *des arrêtés du ministre chargé de l'économie* ».

Cependant, la jurisprudence a ajouté aux critères légaux<sup>1612</sup> et la Cour de cassation a notamment jugé que « *le préavis suffisant s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances, notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée, au moment de la notification de la rupture* »<sup>1613</sup>. Elle a également précisé qu'à la constatation de degrés de dépendance différents devait, en principe, correspondre des durées de préavis différentes<sup>1614</sup>.

**377. Prise en compte de la dépendance dans l'appréciation du préjudice subi.** Les juges ont aussi estimé qu'il devait être tenu compte de la dépendance économique de la victime dans l'appréciation du préjudice résultant de la brutalité de la rupture, cette dépendance pouvant soit aggraver le dommage soit, au contraire, minorer le préjudice réparable. En particulier, une partie de la jurisprudence considère que si la

---

<sup>1609</sup> C. com. art. L. 442-2, al. 3.

<sup>1610</sup> Une recherche en texte intégral sur *Legifrance*, le 09/03/2015, des termes « *grossiste* » et « *442-2* » dans l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation aboutit seulement à 3 résultats non pertinents.

<sup>1611</sup> Com. 23/01/2007 : n° 04-16779 et 04-17951 ; B. n° 8 – V. également : Com. 17/03/2004 : n° 02-17575.

<sup>1612</sup> *Infra* n° 614.

<sup>1613</sup> Com. 07/10/2014 : n° 13-19692 – Com. 20/05/2014 : n° 13-16398 ; B. n° 89 – Com. 03/05/2012 : n° 11-10544 ; B. n° 85 – Com. 02/11/2011 : n° 10-25323 – V. déjà : Com. 15/06/2010 : n° 09-66761 – Com. 12/05/2004 : n° 01-12865 ; B. n° 86 ; D. 2005, 150, D. Ferrier ; CCC 2004, 104, L. Leveneur ; JCP 2004.II.10184, A. Sonet ; RDC 2004, 943, P. Stoffel-Munck.

<sup>1614</sup> Com. 07/10/2014 : n° 13-19692.

victime a choisi son état de dépendance ou accepté un risque lié à cet état en ne diversifiant pas ses sources d'approvisionnement, son préjudice réparable doit être minoré<sup>1615</sup>. La Cour de cassation a validé ce raisonnement mais précisé que la limitation de l'indemnisation supposait la constatation que la dépendance économique résultait d'un « *choix délibéré* » de la victime<sup>1616</sup>.

**378. Divergences jurisprudentielles.** Ces questions ont donné lieu à d'importantes divergences jurisprudentielles, les cours d'appel étant en désaccord sur l'appréciation et l'incidence de la dépendance économique, que ce soit pour évaluer la durée du préavis ou l'étendue du préjudice réparable<sup>1617</sup>.

Depuis le 11 novembre 2009, seuls 16 tribunaux (de commerce ou de grande instance) et la cour d'appel de Paris sont compétents, respectivement en première instance et en appel, pour connaître des litiges relatifs à la rupture brutale de relations commerciales établies<sup>1618</sup>. Cette centralisation du contentieux était de nature à unifier la qualification et l'incidence de la dépendance et mais c'était sans compter sur la capacité de la cour d'appel de Paris à rendre des décisions contradictoires<sup>1619</sup>.

---

<sup>1615</sup> V. par ex. : Paris 23/05/2013 : JurisData n° 2013-010560, la situation de dépendance économique « est un élément d'appréciation de l'étendue » du préjudice et « se définit par l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec un partenaire. Néanmoins, encore faut-il que la situation de dépendance ne procède pas d'un choix délibéré de la société qui invoque cette position. ». En l'espèce, le choix de la victime de consacrer entièrement son activité à l'auteur de la rupture ne faisait pas suite à une demande de celui-ci et n'était pas indispensable si bien que « les conséquences de cette situation sur le préjudice causé par la rupture brutale ne sauraient peser à charge sur [l'auteur de la rupture] et la [victime] ne saurait invoquer la situation de dépendance de fait dans laquelle elle se trouvait comme élément d'appréciation de son préjudice » – V. également : Paris 18/09/2013 : n° 12/01982 – V. déjà : Douai 15/03/2001 : JurisData n° 2001-150707 ; D. 2002, 307, C. André ; JCP E 2001, 1861, M. Pédamon ; RTD civ. 2002, 296, J. Mestre et B. Fages, la Cour juge qu'« il est évident que plus la dépendance économique est grande plus le préjudice découlant du caractère brutal de la rupture est important » et distingue deux types de dépendance économique : d'une part, la « *tutelle modérée* » caractérisée par le fait qu'en cas de cessation de la relation, l'entreprise pourra « en s'appuyant sur ses autres clients trouver d'autres marchés, de nouveaux clients, voire développer des activités nouvelles » et, d'autre part, la « *dépendance totale* » caractérisée par l'existence d'un seul client si bien que sa disparition « ne peut conduire [...] [l'entreprise] qu'à la cessation de ses activités ». La Cour a encore distingué la dépendance subie (« *imposée* ») et la dépendance choisie (relevant d'« un choix délibéré de stratégie commerciale de la part [du dépendant] »). Après avoir relevé que les dirigeants de l'entreprise avaient pris un risque de dépendance qui pouvait être évalué à 25 %, la cour en a déduit que seul 75 % du préjudice lié à la brutalité de la rupture devait être indemnisé.

<sup>1616</sup> Com. 04/11/2014 : n° 13-22726, « après avoir retenu la brutalité de la rupture [...], l'arrêt, pour limiter l'indemnisation [...] retient qu'il convient de tenir compte aussi de l'absence d'exclusivité, de droit ou de fait, imposée à M. X..., qui n'a pas mis en œuvre les moyens nécessaires pour diversifier sa clientèle malgré les risques liés à sa situation de dépendance ; [...] en se déterminant ainsi, sans avoir constaté que la dépendance économique de M. X...résultait d'un choix délibéré de sa part, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». – Cet arrêt non publié au bulletin et non confirmé pourrait marquer l'opposition de la Cour de cassation à ce que soit prise en compte la seule négligence de la victime.

<sup>1617</sup> Les décisions des cours d'appel étaient en opposition sur l'effet à donner à la dépendance économique. Par exemple, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé en 2006 que le préavis devait être calculé en fonction de la seule durée des relations antérieures et que devait être exclue toute prise en compte d'un état de dépendance économique ou d'une exclusivité (Aix-en-Provence 07/09/2006 : JurisData n° 2006-316711) alors que les cours d'appel de Lyon et de Rennes ont jugé en 2009 que l'existence d'une situation de dépendance économique justifiait un délai de préavis plus long (Lyon 15/01/2009 : n° 07/07181 – Rennes 05/02/2009 : JurisData n° 2009-003566).

De plus, lorsqu'elle était prise en compte, la notion de dépendance économique était caractérisée par des critères variant selon les affaires. Par exemple, la cour d'appel d'Amiens a jugé en 2006 qu'il y avait dépendance économique, malgré l'absence d'exclusivité, en raison de la part du chiffre d'affaires représentée par l'auteur de la rupture (52,5 %) même si cette part n'était pas connue du partenaire (Amiens 09/05/2006 : JurisData n° 2006-308136 – voir également : Orléans 16/09/2010 : JurisData n° 2010-029431) alors que la cour d'appel de Paris a jugé à déduit en 2005 l'absence de dépendance économique de la seule absence d'exclusivité d'approvisionnement et de quotas d'achat (Paris 20/04/2005 : JurisData n° 2005-269631).

<sup>1618</sup> C. com. art. L. 442-6, III, issu de la loi n° 2008-776 du 4/08/2008 (art. 93) et D. 442-3 et D. 442-4, issus du décret n° 2009-1384 du 11/11/2009 (art. 2 et 3).

<sup>1619</sup> A propos de l'incidence de la dépendance économique, la cour d'appel de Paris a jugé, à quelques mois d'intervalle, qu'elle justifiait le respect d'un délai de préavis supplémentaire (Paris 02/07/2009 : n° 06/08865 – Paris 18/06/2009 : n° 07/18026 – Paris 19/02/2009 : n° 07/08169) et qu'elle était sans incidence sur l'appréciation de la brutalité de la rupture (Paris 16/09/2009 : n° 07/13021).

## B – La qualification incertaine de la dépendance dans la rupture brutale des relations commerciales établies

**379. Présentation.** L'étude d'une vingtaine de décisions rendues par la cour d'appel de Paris entre 2012 et 2014<sup>1620</sup> et de toutes les décisions de la Cour de cassation rendues sur la question<sup>1621</sup> permet d'apprécier la qualification de la dépendance économique dans le contentieux de la rupture brutale.

### 380. Définition et critères incertains.

**Absence de définition par la Cour de cassation.** Si la Cour de cassation a jugé plusieurs fois que la durée du préavis suffisant à exclure la brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie s'appréciait à partir des circonstances de la rupture et « *notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée* »<sup>1622</sup>, elle n'a jamais défini la dépendance économique dans le cadre de ce contentieux mais seulement, en 2013, dans celui de l'ancienne prohibition de l'abus d'une relation de dépendance<sup>1623</sup>.

**Pouvoir souverain des juges du fond.** Dans le contentieux de la rupture brutale, elle reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation de la dépendance économique<sup>1624</sup> et se limite à un contrôle léger<sup>1625</sup>. La qualification de la dépendance semble absorbée par le pouvoir souverain reconnu au juge dans l'appréciation de la durée du préavis suffisant. Ainsi, la Cour de cassation a été amenée à approuver des arrêts retenant pourtant des qualifications de la dépendance ne pouvant se rattacher à sa définition de 2013 (« *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* »<sup>1626</sup>)<sup>1627</sup>.

---

<sup>1620</sup> Arrêts disponibles sur *Lexisnexis.com* : Paris 19/11/2014 : n° 13/15302 – Paris 25/10/2013 : n° 11/11656 – Paris 15/10/2014 : n° 13/17276 – Paris 01/10/2014 : JurisData n° 2014-023552 – Paris 22/05/2014 : JurisData n° 2014-011629 – Paris 26/03/2014 : JurisData n° 2014-006348 – Paris 20/03/2014 : JurisData n° 2014-005437 – Paris 22/01/2014 : JurisData n° 2014-001243 – Paris 25/10/2013 : n° 11/11656 – Paris 18/09/2013 : n° 12/01982 – Paris 26/06/2013 : n° 11/12273 – Paris 10/04/2013 : JurisData n° 2013-008235 – Paris 10/04/2013 : n° 12-19944 – Paris 30/05/2013 : JurisData n° 2013-014090 – Paris 30/05/2013 : JurisData n° 2013-015743 – Paris 23/05/2013 : JurisData n° 2013-010560 – Paris 14/02/2013 : JurisData n° 2013-002812 – Paris 16/01/2013 : JurisData n° 2013-000451 – Paris 18/10/2012 : JurisData n° 2012-026820 – Paris 14/06/2012 : n° 11/11350.

<sup>1621</sup> Une recherche sur *Légifrance* le 06/03/2015, des termes « 442-6 » et « *dépendance économique* » (expression exacte) et « *rupture brutale* », dans le texte intégral de l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation donne 50 résultats dont 11 pertinents pour lesquels la question de l'appréciation de la dépendance économique a été examinée par la Cour dans le cadre de l'article L. 442-6, I, 5° : Com. 15/06/2010 : n° 09-66761 – Com. 06/11/2012 : n° 11-24570 – Com. 14/05/2013 : n° 12-16432 – Com. 25/06/2013 : n° 11-27794 – Com. 08/10/2013 : n° 12-22958 – Com. 11/03/2014 : n° 13-11097 – Com. 25/03/2014 : n° 13-14215 – Com. 20/05/2014 : n° 13-16398 ; B. n° 89 – Com. 24/06/2014 : n° 13-15953 – Com. 07/10/2014 : n° 13-19692 – Com. 04/11/2014 : n° 13-22726.

<sup>1622</sup> *Supra* n° 376.

<sup>1623</sup> *Supra* n° 369.

<sup>1624</sup> V. par ex. : Com. 24/06/2014 : n° 13-15953 – Com. 25/03/2014 : n° 13-14215.

<sup>1625</sup> V. par ex. : Com. 11/03/2014 : n° 13-11097 – Com. 20/05/2014 : n° 13-16398 ; B. n° 89.

<sup>1626</sup> *Supra* n° 369.

<sup>1627</sup> V. par ex. : Com. 08/10/2013 : n° 12-22958, « *qu'ayant tenu compte de la durée des relations établies, de la dépendance économique de la société Adinvest, et de l'absence de préavis raisonnable, pour retenir que la société Adinvest n'avait pas été en mesure de prendre toutes dispositions utiles afin de donner une nouvelle orientation à ses activités ou trouver d'autres partenaires commerciaux malgré la libération de la clause d'exclusivité et fixer le montant du préjudice subi à un certain montant, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain, et sans contradiction, qu'elle a considéré qu'il n'était pas démontré de préjudice supplémentaire du fait de la dépendance qui a été la sienne durant la période contractuelle* ». La dépendance avait pourtant été déduite par la cour d'appel de Paris sans aucune référence à l'absence de solution techniquement ou économiquement équivalente mais d'une impossibilité contractuelle de diversifier ses activités, pourtant levée pendant le préavis de rupture (Paris 14/06/2012 : n° 11/11350) – Com. 06/11/2012 : n° 11-24570, « *la cour d'appel, qui a relevé que la relation commerciale avait duré près de quinze ans et que la part moyenne de chiffre d'affaires réalisé par la société Limongi avec les produits Claas avait représenté un pourcentage de 79,80 % durant la période de 2006 à 2008, n'a pas méconnu l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce en retenant que, compte tenu de l'ancienneté de la relation et de la dépendance économique de la société Limongi envers son fournisseur, le préavis de sept mois qui lui a été accordé était insuffisant, peu important qu'elle ait pu reprendre, en octobre 2008, le panneau d'une marque concurrente en procédant à l'acquisition d'un autre fonds de commerce* » – V. également : Com. 07/10/2014 : n° 13-19692, l'arrêt d'appel avait retenu la dépendance économique d'une société et exclu celle d'une autre mais retenu, sans justification, qu'un délai de préavis identique aurait dû être respecté pour les deux sociétés. La Cour de cassation juge « *qu'en se déterminant ainsi, après avoir constaté que les deux sociétés n'étaient pas dans le même état de dépendance économique envers la société Oxypharm, et sans relever d'éléments justifiant qu'un préavis identique ait été nécessaire pour chacune d'elle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » et valide donc implicitement l'appréciation de la dépendance économique que

**Variations de la cour d'appel de Paris.** Sans contrôle de la Cour de cassation, la cour d'appel de Paris manque de rigueur et de constance dans sa qualification de la dépendance économique. Elle l'exclut parfois sans même la définir<sup>1628</sup> et, lorsqu'elle donne une définition ou des éléments d'appréciation, ils varient selon les décisions. Il lui arrive ainsi de reprendre en intégralité la définition de l'état de dépendance économique donnée par l'Autorité de la concurrence<sup>1629</sup> mais elle l'ampute parfois de certains éléments comme l'importance de la part de marché du fournisseur<sup>1630</sup>. La définition peut aussi être celle donnée par la Cour de cassation en 2013 se focalisant sur la seule absence d'une « *solution techniquement et économiquement équivalente* »<sup>1631</sup> mais elle devient parfois l'impossibilité « *de substituer à des conditions économiques raisonnables une autre clientèle* »<sup>1632</sup>. La condition de l'absence de solution équivalente, commune aux deux définitions et présentée comme de l'essence même de la dépendance économique<sup>1633</sup>, peut même être totalement absente<sup>1634</sup>. La cour d'appel de Paris ajoute également de temps à autre à ces définitions en considérant, par exemple, l'existence d'investissements spécifiques<sup>1635</sup>.

Par ailleurs, elle tient parfois compte du fait que la dépendance procède d'un choix délibéré de la victime ou de sa négligence<sup>1636</sup> mais préfère souvent se focaliser sur l'auteur de la rupture pour constater son absence de responsabilité dans la part qu'il représente dans le chiffre d'affaires de la victime afin d'exclure la dépendance économique de cette dernière<sup>1637</sup>.

**381. Raisonnement sommaire.** De manière générale, le raisonnement suivi pour qualifier la dépendance

---

la cour d'appel avait pourtant déduite de la seule constatation que l'entreprise était « *une société de facturation des seules livraisons effectuées par la société [ayant procédé à la rupture]* » sans vérifier si elle ne pouvait pas procéder à des facturations pour les livraisons d'autres sociétés (Paris 10/04/2013 : n° 12-19944) – Com. 15/06/2010 : n° 09-66761, approuvant une dépendance qualifiée par le fait que « *que toute l'activité de la société TSL était consacrée à la société GLS, que ses véhicules portaient le logo GLS et ses employés un uniforme et un badge GLS, qu'elle était hébergée dans des locaux mis gratuitement à sa disposition par la société GLS et que celle-ci était son donneur d'ordres exclusif* ».

<sup>1628</sup> V. par ex. : Paris 22/05/2014 : JurisData n° 2014-011629 – Paris 18/09/2013 : n° 12/01982, ne mentionnant aucune définition et aucun critère mais jugeant que « *la société Armor n'était pas liée à la société EBP par un contrat d'exclusivité et qu'elle est en partie responsable de l'état de dépendance dont elle se plaint en prenant un risque certain en ne diversifiant pas ses approvisionnements* » – Paris 10/04/2013 : JurisData n° 2013-008235.

<sup>1629</sup> Paris 26/06/2013 : n° 11/12273, « *il convient, pour caractériser une situation de dépendance économique, de tenir compte de la notoriété de la marque du partenaire, de l'importance de sa part de marché, de l'importance de sa part de marché dans le chiffre d'affaires du prestataire de services, et enfin, de la difficulté pour ce prestataire d'obtenir d'autres partenaires des commandes équivalentes, c'est-à-dire, en l'espèce, techniquement et économiquement équivalentes à celles résultant de ses relations d'affaires avec la société UBISOFT, étant précisé que la seule circonstance de réaliser une part importante, voire exclusive, de son activité auprès d'un seul partenaire ne suffit pas, en soi, à caractériser l'état de dépendance économique* ».

<sup>1630</sup> V. par ex. : Paris 01/10/2014 : JurisData n° 2014-023552, « *il convient, pour caractériser une situation de dépendance économique, de tenir compte de la notoriété de la marque du partenaire, de l'importance de sa part de marché dans le chiffre d'affaires du prestataire de services, et enfin, de la difficulté pour ce partenaire d'obtenir d'autres partenaires des commandes équivalentes, c'est-à-dire, en l'espèce, techniquement et économiquement équivalentes à celles résultant de ses relations avec la société Exacompta, étant précisé que la seule circonstance de réaliser une part importante, voire exclusive, de son activité auprès d'un seul partenaire ne suffit pas, en soi, à caractériser l'état de dépendance économique* ».

<sup>1631</sup> V. par ex. : Paris 23/05/2013 : JurisData n° 2013-010560, la « *situation de dépendance économique [...] se définit par l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec un partenaire* ».

<sup>1632</sup> V. par ex. : Paris 20/03/2014 : JurisData n° 2014-005437

<sup>1633</sup> *Supra* n° 364.

<sup>1634</sup> V. par ex. : Paris 18/10/2012 : JurisData n° 2012-026820, qualifiant une dépendance économique à partir de la seule importance du chiffre d'affaires réalisé avec le partenaire (entre 70 et 88 %).

<sup>1635</sup> V. par ex. : Paris 01/10/2014 : JurisData n° 2014-023552 – Paris 18/09/2013 : n° 12/01982 – Com. 14/05/2013 : n° 12-16432.

<sup>1636</sup> V. par ex. : Paris 23/05/2013 : JurisData n° 2013-010560, la « *situation de dépendance économique [...] se définit par l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec un partenaire. Néanmoins encore faut-il que la situation de dépendance ne procède pas d'un choix délibéré de la société qui invoque cette position* » – Paris 18/09/2013 : n° 12/01982, « *la société Armor n'était pas liée à la société EBP par un contrat d'exclusivité et qu'elle est en partie responsable de l'état de dépendance dont elle se plaint en prenant un risque certain en ne diversifiant pas ses approvisionnements* ».

<sup>1637</sup> V. par ex. : Paris 19/11/2014 : n° 13/15302, « *c'est en vain que l'appelante invoque une prétendue dépendance économique, alors que la société Relais Fnac n'avait imposé aucune exclusivité d'activité à son profit et que la société Lucidy disposait de solutions alternatives sur le marché* » – Paris 30/05/2013 : JurisData n° 2013-014090, « *si comme il est vraisemblable, la société OP&CS s'est placée en situation de dépendance économique à l'égard de la société SOREFOR, il n'est pas établi que cette situation résulte exclusivement de l'attitude ou des exigences de la société SOREFOR* » – Paris 30/05/2013 : JurisData n° 2013-015743, la société ne démontre pas que son partenaire « *ait exigé d'elle un investissement total de ses personnels à l'accomplissement des services requis d'elle, ni l'ait empêchée de diversifier ses activités* » – Paris 16/01/2013 : JurisData n° 2013-000451, « *que n'est pas rapportée la preuve d'une quelconque influence de la société TRIUMPH sur cette stratégie commerciale ; que la société TRIUMPH n'est donc pas responsable de la part représentée par la marque TRIUMPH dans le chiffre d'affaire réalisé par le concessionnaire* » (décision confirmée par : Com. 24/06/2014 : n° 13-15953).

est sommaire : la cour d'appel de Paris ne procède pas à la délimitation d'un marché pertinent, n'analyse pas la position de l'auteur de la rupture sur ce marché et procède essentiellement par affirmations non étayées pour apprécier l'existence de solutions alternatives<sup>1638</sup>.

Les coûts et pertes générées par un changement de partenaire ne sont pas nécessairement pris en compte<sup>1639</sup> tout comme les délais alors même que l'appréciation de la dépendance économique dans le contentieux de la rupture brutale vise précisément à apprécier la suffisance d'un délai de préavis de rupture.

Ainsi, la seule constatation d'une absence d'exclusivité contractuelle peut suffire à exclure la dépendance économique<sup>1640</sup>. Par exemple, la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel de Paris ayant fait ressortir l'absence d'exclusivité des relations contractuelles, elle n'avait pas à procéder à une autre recherche pour retenir l'absence de dépendance économique d'un distributeur de motos, certes multimarques, mais réalisant 83 % de son chiffre d'affaires avec les produits d'un seul fournisseur<sup>1641</sup>.

Même en présence d'une exclusivité contractuelle, la seule possibilité de développer d'autres activités peut également suffire à exclure la dépendance économique. Ainsi, dans une affaire où une société réalisait l'intégralité de son chiffre d'affaires avec Canal +, la cour d'appel de Paris s'est bornée à juger que même si la victime avait passé des contrats d'exclusivité avec Canal +, il n'existait pas d'exclusivité contractuelle portant sur l'ensemble de l'activité définie dans son « *objet social* » et qu'il n'était « *donc pas établi que la société [...] ne disposait pas de solution alternative pour pallier les inconvénients résultant de la rupture, ni que la situation de dépendance qu'elle invoque lui ait été imposée par la société Canal +* »<sup>1642</sup>. Devant la Cour de cassation, la société a reproché aux juges du fond d'avoir ignoré sa situation de dépendance objective, Canal + étant « *hégémonique en matière de diffusion des programmes télévisés de boxe* » et de ne pas avoir répondu à ses conclusions tendant à démontrer l'absence de solution alternative. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif « *qu'ayant estimé que [l'auteur de la rupture] [...] aurait dû respecter un préavis de six mois, la cour d'appel a nécessairement pris en compte l'état de dépendance économique* »<sup>1643</sup>.

**382. Conclusion.** Finalement, la qualification de la dépendance économique dans le cadre de la rupture brutale d'une relation commerciale établie apparaît très incertaine. La Cour de cassation ne la contrôle pas et la cour d'appel de Paris retient des définitions et critères qui varient selon les décisions et procède à des constatations et appréciations sommaires dans leur mise en œuvre.

---

<sup>1638</sup> V. par ex. : Paris 30/05/2013 : JurisData n° 2013-015743, concluant à une faculté de diversification au seul motif que « *les activités de communication et de conseil, certes particuliers dans le domaine bancaire, sont des activités qui peuvent être adaptées et exercées dans de nombreux autres secteurs économiques auprès desquels la société Quintess pouvait et peut offrir ses services* » – Paris 17/01/2013 : JurisData n° 2013-000562, « *si la société France Télécom ne conteste pas avoir détenu 100 % des cabines téléphoniques, il ne peut être admis que les compétences des techniciens et autres salariés de la société D.A France ne pouvaient trouver à s'exercer que dans la réparation desdites cabines et n'auraient pu, pendant le cours des deux années de préavis, permettre à la société D.A France de trouver d'autres marchés sur lesquels proposer ses services* » – V. également : Paris 19/11/2014 : n° 13/15302 – Paris 15/10/2014 : n° 13/17276 – Paris 25/10/2013 : n° 11/11656 – Paris 18/09/2013 : n° 12/01982 – Paris 26/06/2013 : n° 11/12273.

<sup>1639</sup> V. par ex. : Com. 14/05/2013 : n° 12-16432, ne tenant pas compte que la réorientation d'activité s'était faite au prix d'une baisse de chiffre d'affaires de 60 % et que la perte de chiffres d'affaires prévue sur l'année était très importante au point de devoir entraîner la fermeture de l'agence concernée et le licenciement économique de ses salariés.

<sup>1640</sup> V. par ex. : Paris 10/04/2013 : JurisData n° 2013-008235, excluant la dépendance économique d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur au seul motif qu'il avait « *toujours pu vendre d'autres produits* », sans autre appréciation.

<sup>1641</sup> Com. 24/06/2014 : n° 13-15953, « *en l'état de ces constatations et appréciations souveraines faisant ressortir qu'en l'absence d'exclusivité des relations contractuelles, l'importance de la part du chiffre d'affaires représenté par les produits de la marque du concédant est indifférente dans l'appréciation de la situation de dépendance économique du concessionnaire, la cour d'appel qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision* » (Paris 16/01/2013 : JurisData n° 2013-000451) – Comp. : Paris 18/10/2012 : JurisData n° 2012-026820, retenant l'état de dépendance économique de la seule existence d'une part de chiffre d'affaires du partenaire variant de 70 à 88 %.

<sup>1642</sup> Paris 14/02/2013 : JurisData n° 2013-002812.

<sup>1643</sup> Com. 20/05/2014 : n° 13-16398 ; B. n° 89, il s'agissait de savoir si une indemnité complémentaire devait être accordée à la victime au titre de la dépendance économique.



Dans ces conditions, la qualification est plus liée à la conception du juge saisi qu'à un degré objectif de dépendance du distributeur à l'égard du fournisseur. En particulier, le raisonnement consistant à disqualifier la dépendance à partir d'une approche subjective, soit en reprochant au distributeur de l'avoir délibérément choisie ou d'avoir négligé de diversifier son activité, soit en estimant que son fournisseur n'a pas recherché ou imposé cette situation, laisse une grande part à l'appréciation du juge dans la qualification de la dépendance.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**383. Qualification non unitaire.** L'étude du droit de la concurrence révèle que la dépendance des distributeurs est prise en compte à la fois dans le contrôle des concentrations, dans les pratiques anticoncurrentielles et dans les pratiques restrictives de la concurrence. Cependant, sa qualification est variable selon les règles considérées et parfois selon l'autorité, la juridiction voire le juge saisi et n'apparaît jamais satisfaisante.

**384. Qualification incohérente.** Ainsi, la qualification de la dépendance par la seule analyse des risques financiers et commerciaux retenue pour déterminer si un distributeur doit ou non être considéré comme une entreprise distincte de son fournisseur sur le marché des produits ou services considéré et ainsi entrer ou non dans le champ de la prohibition des ententes, opère une confusion, à l'instar du droit du travail<sup>1644</sup>, entre la charge des risques et l'autonomie commerciale du distributeur et mène donc à des incohérences<sup>1645</sup>.

**385. Qualification incertaine.** Comme en droit du travail, l'adjonction d'une analyse de l'autonomie commerciale du distributeur à celle des risques financiers et commerciaux ne fait pas disparaître l'incohérence mais ajoute des incertitudes liées à la définition d'un seuil minimum d'autonomie et à la possible contradiction des conclusions des deux analyses<sup>1646</sup>, les contrats de distribution, notamment d'intégration, étant des instruments de dissociation de la maîtrise et des risques associés<sup>1647</sup>.

Par ailleurs, la qualification de la dépendance retenue pour la pratique anticoncurrentielle d'abus d'un état de dépendance économique et dans le cadre de la pratique restrictive de concurrence de rupture brutale d'une relation commerciale établie est incertaine car elle fait appel à des critères qui ne sont pas précisément établis<sup>1648</sup> et varient donc d'une décision à l'autre pour une même juridiction<sup>1649</sup> ou qui supposent des appréciations relatives ou subjectives (importance d'une part de marché ou d'une part de chiffre d'affaires, clauses imposées bien que consenties, choix délibéré d'une situation de dépendance, liberté de détermination d'une politique commerciale, etc.)<sup>1650</sup>.

**386. Qualification restrictive.** La qualification de la dépendance requiert aussi parfois une situation de marché très particulière (position dominante ou importante du fournisseur)<sup>1651</sup> et si certains de ses critères sont potentiellement accueillants (*influence déterminante* dans le contrôle des concentrations, *absence de solution équivalente* dans l'abus de l'état de dépendance économique ou la rupture brutale d'une relation

---

<sup>1644</sup> *Supra* n° 112 s.

<sup>1645</sup> *Supra* n° 331 s.

<sup>1646</sup> *Supra* n° 345 s.

<sup>1647</sup> *Supra* n° 126 s., spéc. n° 153.

<sup>1648</sup> *Supra* n° 357 s. et 379 s.

<sup>1649</sup> *Supra* n° 380.

<sup>1650</sup> *Supra* n° 358 s.

<sup>1651</sup> *Supra* n° 353 s. et 358 s.

commerciale établie), il est apparu que la jurisprudence avait choisi de les entendre strictement au point que la qualification semblait réservée à des situations très particulières (participation actuelle ou future du fournisseur au capital du distributeur<sup>1652</sup>) ou extrêmes (impossibilité totale de reconversion<sup>1653</sup> ou gestion directe de l'unité de distribution par le fournisseur doublée de clauses ou pratiques faisant obstacle à un changement de réseau<sup>1654</sup>). La dépendance de distributeurs comme les franchisés, les concessionnaires ou encore les commissionnaires-affiliés est ainsi susceptible d'échapper à la fois au droit du travail<sup>1655</sup> et au droit de la concurrence.

**387. Infirmerie partielle de l'hypothèse.** Par conséquent, l'hypothèse que la dépendance des distributeurs non appréhendée par le droit du travail serait appréhendée par le droit économique et corrélée à une nature ou à un degré particulier de dépendance à l'égard d'un fournisseur est infirmée par l'étude du droit de la concurrence.

Pour savoir si cette hypothèse doit être totalement infirmée, il reste à étudier la qualification de la dépendance retenue par le droit commercial dans l'attribution de la propriété du fonds de commerce.

---

<sup>1652</sup> *Supra* n° 325.

<sup>1653</sup> *Supra* n° 365 et 381.

<sup>1654</sup> *Supra* n° 366.

<sup>1655</sup> Chapitre 1, *supra* n° 50 s., spéc. n° 213.

## SECTION 2 – LA QUALIFICATION DE LA DÉPENDANCE DANS L'ATTRIBUTION DE LA PROPRIÉTÉ DU FONDS DE COMMERCE

**388. Présentation.** La dépendance d'un distributeur à l'égard de son fournisseur est prise en compte dans l'attribution de la propriété du fonds de commerce à travers, notamment, les notions d'*autonomie de gestion* et de *contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité*<sup>1656</sup>. Cette question intéresse les rapports entre les distributeurs et leurs fournisseurs mais s'est essentiellement posée dans les rapports entre un distributeur et son bailleur pour l'application du statut des baux commerciaux. Une présentation préalable de la notion de fonds de commerce et de son rapport avec le statut des baux commerciaux s'impose donc.

**389. Notion économique de fonds de commerce.** L'expression de *fonds de commerce* à laquelle était généralement préférée celle de *fonds de boutique* existait déjà au XVIII<sup>e</sup> siècle. Elle désignait alors le matériel et les marchandises d'un commerçant mais n'avait pas véritablement de reconnaissance juridique<sup>1657</sup>.

La notion moderne de fonds de commerce n'a émergé qu'au XIX<sup>e</sup> siècle par la pratique commerciale. À l'époque, il est apparu que l'ensemble des éléments matériels d'exploitation d'un commerçant représentait une valeur supérieure à la somme des valeurs de ces éléments matériels pris isolément<sup>1658</sup>. Cette survalueur due à la qualité de l'exploitation et à son succès a été désignée sous le nom de *clientèle*. Celle-ci représente ainsi un espoir, une probabilité de réaliser un certain chiffre d'affaires en continuant l'exploitation des éléments réunis par un commerçant<sup>1659</sup>. Elle traduit le fait que les relations d'affaires avec les clients subsistent malgré le changement de la personne du commerçant car ceux-ci sont attachés à l'exploitation elle-même (identifiée par un nom commercial ou une enseigne) et notamment aux produits ou services offerts (désignés par des marques) plus qu'à son exploitant<sup>1660</sup>. La clientèle est la traduction d'une transformation en capital d'un travail d'exploitation d'éléments d'actifs<sup>1661</sup>. Les commerçants se sont servis de cette nouvelle valeur pour la céder, l'utiliser comme moyen de crédit et même la louer<sup>1662</sup> faisant ainsi émerger la notion moderne de fonds de commerce qui sera consacrée par le droit.

**390. Consécration juridique du fonds de commerce.** En effet, soucieux de taxer cette nouvelle valeur et de réglementer les opérations dont elle pouvait faire l'objet, le législateur a fait accéder le fonds de

---

<sup>1656</sup> Dans ce sens : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *Fonds de commerce*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 12.21 s. évoquant une « *dépendance commerciale* ».

<sup>1657</sup> Sur l'histoire du fonds de commerce, voir notamment : DERRUPPÉ (J.), *Fonds de commerce*, Rép. com., 1998, maj. 2015, n° 5 – MONEGER (J.), *Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce*, AJDI 2001, p. 1042 s. – SAVATIER (R.), *L'introduction et l'évolution du bien clientèle dans la construction du droit positif français*, in Mél. J. Maury, t. 2, Dalloz, 1960, p. 560 s.

<sup>1658</sup> Dans ce sens : RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1951, n° 76 – V. également : CHATAIN-AUTAJON (L.), *La notion de fonds en droit privé*, Préf. P. Mousseron, BDE, t. 72, Litec, 2006, n° 70 s.

<sup>1659</sup> Dans ce sens : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 12.11 – DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), *Droit commercial*, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2010, n° 496 – RIPERT (G.), *op. cit.*, n° 80 – AUGUET (Y.), *Concurrence et clientèle*, Préf. Y. Serra, BDP, t. 315, LGDJ, 2000, n° 3 s. – Sur la question : VIALLA (F.), *Clientèle*, Rép. civ., 2003, maj. 2013, n° 27 s.

<sup>1660</sup> Dans ce sens : RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *Traité de droit des affaires*, t. 1, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 435, « *[l'expression fonds de commerce] a été créée pour marquer cette idée que l'installation et l'ensemble des moyens employés par le commerçant sont plus importants que la travail personnel de l'homme* », le fonds de commerce est ainsi « *une propriété incorporelle consistant dans le droit à la clientèle qui est attachée au fonds par les éléments servant à l'exploitation* » – V. également : DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, n° 221.

<sup>1661</sup> RIPERT (G.), *op. cit.*, n° 80, « *ce qu'il y a d'essentiel, c'est que cette propriété [(le fonds de commerce)] est liée à l'exploitation [...] il y a véritablement une création par le travail, une transformation du travail en capital. [...] La valeur du fonds de commerce ne peut donc pas se mesurer à la valeur des différents éléments qui servent à retenir la clientèle. Elle tient à l'activité du titulaire du fonds* » – V. également : CATALA (P.), *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTD civ. 1966, p. 185 s, n° 23.

<sup>1662</sup> DERRUPPÉ (J.), *Fonds de commerce*, *op. cit.*, n° 5.

commerce à la positivité juridique<sup>1663</sup>.

Cependant, la loi ne l'a pas défini et s'est limitée à y faire référence ou à lister les éléments susceptibles de le composer<sup>1664</sup>. Le fonds de commerce a ainsi été défini par la doctrine et la jurisprudence comme une universalité juridique de fait<sup>1665</sup> constituée d'un ensemble d'éléments corporels (mobilier, matériel, outillage, stocks etc.) et incorporels (clientèle, achalandage<sup>1666</sup>, droit au bail, enseigne, nom commercial, brevets, licences, marques etc.)<sup>1667</sup> réunis par un commerçant pour son activité dans le but de créer, maintenir et développer une clientèle<sup>1668</sup>, elle-même incluse parmi les éléments incorporels du fonds<sup>1669</sup>.

Le fonds de commerce apparaît ainsi comme une notion originale et complexe<sup>1670</sup> : considéré comme un bien meuble incorporel, il comporte néanmoins des biens corporels, universalité de fait, il ne peut contenir l'immeuble hébergeant l'exploitation<sup>1671</sup>, ni de créances, de dettes et, *a fortiori*, de contrats. Il ne représente donc qu'une partie de l'exploitation, de l'entreprise du commerçant. Par ailleurs, bien que la question soit débattue en doctrine<sup>1672</sup>, une jurisprudence ancienne et constante fait de la clientèle un élément essentiel du fonds de commerce sans lequel il ne peut exister<sup>1673</sup>.

**391. Conflit avec la propriété du bailleur.** Avec la notion de fonds de commerce, les commerçants ont obtenu une propriété nouvelle propre à leur activité<sup>1674</sup>.

Cependant, lorsque l'exploitant n'était pas propriétaire de son local, cette propriété était menacée par les règles du Code civil régissant son bail. En effet, au moment où ont été édictées ces règles, la notion moderne de fonds de commerce et, *a fortiori*, la propriété particulière qu'il représente, n'existait pas<sup>1675</sup>. La préoccupation des rédacteurs du Code civil était de préserver la propriété immobilière, propriété par

---

<sup>1663</sup> Chronologiquement, la loi du 28/02/1872 a assujéti les cessions des fonds de commerce à un droit de mutation, la loi du 01/03/1898 a autorisé leur nantissement, la loi du 17/03/1909 a réglementé ces cessions et nantissement et le décret n° 53-874 du 22/09/1953 a encadré la location des fonds de commerce.

<sup>1664</sup> C. com. art. L. 141-5 et L. 142-2.

<sup>1665</sup> Sur la notion : DENIZOT (A.), *L'universalité de fait*, Préf. R. Libchaber, Fondation Varenne, LGDJ, 2008.

<sup>1666</sup> Sur différence entre clientèle et achalandage : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 12.14 – VIALLA (F.), *Clientèle*, Rép. civ., 2003, maj. 2013, n° 5 s. – DERRUPPÉ (J.), *Clientèle et achalandage*, in Mél. R. Savatier, PUF, 1992, p. 167 s.

<sup>1667</sup> Sur les différents éléments du fonds de commerce : DERRUPPÉ (J.), *op. cit.*, n° 24 s. – RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 12.00 s. – RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *op. cit.*, n° 448 s. – PEDAMON (M.) et KENFACK (H.), *Droit commercial*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 272 s.

<sup>1668</sup> Sur la question, voir notamment : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 06.09.

<sup>1669</sup> Sur le débat sur la nature de la clientèle, élément constitutif ou résultante du fonds, voir notamment : PEDAMON (M.) et KENFACK (H.), *op. cit.*, n° 283.

<sup>1670</sup> Sur la question : Colloque de l'Association Droit & Commerce 2009, *Le fonds de commerce (1909 - 2009). Un centenaire à rejoindre !*, GP 31/05-04/06/2009 – CHATAIN-AUTAJON (L.), *La notion de fonds en droit privé*, Préf. P. Mousseron, BDE, t. 72, Litec, 2006 – LE FLOCH (P.), *Le fonds de commerce : essai sur la caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, Préf. J. Paillusseau, BDP, t. 192, LGDJ, 1986.

<sup>1671</sup> Cette exclusion résulte d'une jurisprudence constante sans justification convaincante, Derruppé la qualifie ainsi de « bizarrerie » car elle aboutit à donner moins de valeur au fonds de commerce lorsque le commerçant est propriétaire de son local (DERRUPPÉ (J.), *Fonds de commerce*, Rép. com., 1998, maj. 2014, n° 75 s.).

<sup>1672</sup> Sur la question, voir notamment : DERRUPPÉ (J.), *Fonds de commerce*, *op. cit.*, n° 29 s. – SALGADO (M.-B.), *Biens de l'exploitation - Eléments incorporels - Clientèle. Nom commercial et enseigne. Propriétés incorporelles*, JCl. Com., fasc. 207, 2009, n° 41 s. – DIDIER (P.), *A quoi sert le concept de clientèle ?*, in Mél. J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 337 s. – MONEGER (J.), *Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce*, AJDI 2001, p. 1042 s. – SERRA (Y.), *La clientèle*, D&P 07-08/1996, p. 64 s. – DERRUPPÉ (J.), *Fonds de commerce et clientèle*, in Mél. A. Jauffret, Faculté de droit et de sciences sociales d'Aix-Marseille, 1974, p. 231 s.

<sup>1673</sup> Dans ce sens : Civ. 3 07/12/2010 : n° 09-71489 – Com. 17/01/1997 : n° 94-14825 – Com. 16/01/1990 : n° 87-20156 – Civ. 3 18/05/1978 : n° 76-13943 ; B. n° 205 ; RTD com. 1978, 559, J. Derruppé, un fonds dont la clientèle a disparu n'existe plus – Com. 23/05/1960 : B. n° 192 – Civ. 2 10/07/1953 : D. 1953, 598 – Com. 29/05/1953 : D. 1953, 599 ; JCP 1953.II.7720, A. Cohen, un fonds n'existe pas tant que n'existe pas une clientèle – Req. 15/02/1937 : DP 1938.1.13, Cordonnier ; S. 1937.1.169, H. Rousseau – Req. 19/06/1934 : S. 1934.I.269 – Dans ce sens : ASTEGIANO-LA RIZZA (A.) et autres, *Droit et pratique des baux commerciaux*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 710.120 – RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 12-21 – PEDAMON (M.) et KENFACK (H.), *op. cit.*, n° 284 – DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), *op. cit.*, n° 497 – DERRUPPÉ (J.), *Le fonds de commerce*, Dalloz, 1994, p. 12 s.

<sup>1674</sup> Sur cette question : RIPERT (G.), *op. cit.*, n° 75, exposant comment les commerçants sont devenus des capitalistes.

<sup>1675</sup> SAVATIER (R.), *op. cit.*, p. 565 s.

excellence à l'époque<sup>1676</sup>. Titulaire d'un droit naturel et imprescriptible<sup>1677</sup> « *de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* »<sup>1678</sup> de son immeuble, le propriétaire était libre d'en consentir la jouissance pour le prix et la durée de son choix<sup>1679</sup>. En l'absence de durée stipulée, il pouvait reprendre son bien à tout moment à condition seulement de respecter un préavis conforme aux usages<sup>1680</sup>.

Ces règles sont apparues peu compatibles avec la création et le maintien d'un fonds de commerce dans des locaux pris à bail. En effet, la création d'une clientèle nécessite du temps et, une fois créée, celle-ci présente un certain attachement au lieu d'exploitation. Par suite, le déplacement du local d'exploitation du fonds de commerce est susceptible de s'accompagner d'une perte de clientèle et porte donc atteinte à la propriété du commerçant.

**392. Protection par le statut des baux commerciaux.** Le statut des baux commerciaux<sup>1681</sup> a ainsi été élaboré dans le but de résoudre le conflit existant entre la propriété des bailleurs (l'immeuble) et celle des commerçants (le fonds de commerce)<sup>1682</sup>. Il a inscrit les baux de locaux destinés à l'exploitation d'un fonds de commerce dans la durée et la stabilité en fixant une durée initiale de 9 années, en accordant au preneur un droit au renouvellement de son bail et en encadrant l'évolution du loyer. Le propriétaire souhaitant reprendre son bien doit ainsi indemniser le commerçant de la perte de son fonds de commerce<sup>1683</sup>. Par ailleurs, il a été reconnu au locataire un droit de céder son bail avec son fonds sans que le bailleur ne puisse s'y opposer<sup>1684</sup>.

Les droits tirés du statut (user et jouir du local, obtenir le renouvellement du bail ou, à défaut, une indemnité d'éviction, céder le bail avec le fonds) sont regroupés sous l'expression de « *droit au bail* » ou de « *propriété commerciale* »<sup>1685</sup> car ils représentent une propriété incorporelle cessible entrant ainsi dans la composition du fonds de commerce<sup>1686</sup>.

**393. Conditions de la protection.** Ayant pour objectif de préserver le fonds de commerce, propriété du commerçant, le législateur a logiquement accordé cette protection au seul propriétaire du fonds de commerce exploité dans le local pris à bail et la loi dispose ainsi que « *le droit au renouvellement du bail ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds qui est exploité dans les lieux* »<sup>1687</sup>. C'est dans le cadre de l'application de cette condition que la jurisprudence a appréhendé la dépendance du preneur.

**394. Difficultés liées à la dépendance.** Dans l'hypothèse d'une exploitation traditionnelle dans laquelle le commerçant est propriétaire de ses moyens d'exploitation (mobilier commercial, matériel et outillage, stocks,

---

<sup>1676</sup> Sur la question, voir notamment : TERRÉ (F.) et SIMLER (P.), *Les biens*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 30 – PÉRINET-MARQUET (H.), *L'immeuble et le Code civil, in Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 395 s.

<sup>1677</sup> Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, art. 2.

<sup>1678</sup> C. civ. art. 544.

<sup>1679</sup> C. civ. art. 1737.

<sup>1680</sup> C. civ. art. 1736.

<sup>1681</sup> Une première protection a été apportée par la loi du 30/06/1926 *régulant les rapports entre locataires et bailleurs, en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel* complétée ensuite par le décret n° 53-960 du 30/09/1953 *régulant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal*, aujourd'hui codifié aux articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce.

<sup>1682</sup> Sur la question, voir notamment : RIPERT (G.), *op. cit.*, n° 88 – PEDAMON (M.) et KENFACK (H.), *op. cit.*, n° 377.

<sup>1683</sup> C. com. art. L. 145-14.

<sup>1684</sup> C. com. art. L. 145-16 « *sont [...] réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre [(le statut)] à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise.* ».

<sup>1685</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « propriété commerciale » – Pour une utilisation de l'expression par la Cour de cassation, voir par exemple : Civ. 3 08/04/2010 : n° 08-70338.

<sup>1686</sup> C. com. art. L. 142-2.

<sup>1687</sup> C. com. art. L. 145-8.

enseigne, etc.), les exploite lui-même et a pris à bail un local indépendant – classiquement au rez-de-chaussée d'un immeuble en centre ville – la règle s'applique sans poser de difficulté. Mais la jurisprudence a été confrontée à des exploitations moins traditionnelles où le commerçant connaît un certain nombre de facteurs de dépendance portant sur ses moyens d'exploitation. Les bailleurs ont tiré argument de cette dépendance pour dénier au preneur la propriété du fonds exploité dans les locaux et, par suite, le priver des règles protectrices du statut des baux commerciaux. La jurisprudence a ainsi dû apprécier si la dépendance de ces preneurs était de nature à les priver de la propriété d'un fonds de commerce.

**395. Plan.** Les premières affaires concernaient des preneurs déployant une activité commerciale en subissant des contraintes matérielles et organisationnelles liées à la situation géographique de leur local (§1). Si cette dépendance géographique peut être étrangère aux rapports entre le distributeur et ses fournisseurs, c'est à partir de sa qualification que sera appréhendée la dépendance dans ces rapports (§2).

## **§1 – La qualification de la dépendance des exploitants connaissant des contraintes liées à la situation géographique de leur local**

**396. Plan.** Saisie de la dépendance d'exploitants confrontés à des contraintes liées à la situation géographique de leur local, la jurisprudence a posé des conditions à la reconnaissance de leur propriété d'un fonds de commerce (A) dont il sera souligné les incohérences et limites (B).

### **A – Les conditions de propriété du fonds de commerce**

**397. Conditions cumulatives.** La jurisprudence a eu l'occasion de préciser les conditions de propriété du fonds de commerce à propos d'affaires d'exploitations incluses dans l'enceinte d'autres.

**Clientèle propre.** Une des premières affaires concernait la buvette d'un hippodrome. Analysant les conditions matérielles et organisationnelles d'exploitation, la Cour a relevé plusieurs facteurs de dépendance : d'une part, en vertu de la convention passée avec l'hippodrome, l'activité était limitée « *à l'enceinte du champ de course et réduite aux seules journées de réunions hippiques* » au nombre de « *6 à 7 par an* » et, d'autre part, la clientèle venait « *avant tout sur les lieux pour assister aux courses de chevaux* ». Elle en a déduit que l'exploitant de la buvette ne « *s'était pas constitué une clientèle distincte de celle de la société de courses* » et n'était donc pas propriétaire d'un fonds de commerce<sup>1688</sup>.

**Autonomie de gestion.** En 1979, la Cour de cassation a suivi le même raisonnement pour dénier la propriété d'un fonds de commerce à une société de services minute de duplication de clefs et cordonnerie qui déployait son activité dans un local inclus dans l'enceinte d'un établissement *Carrefour*. La Cour a relevé que l'exploitante « *devait se conformer à la discipline générale en vigueur dans l'établissement, qu'elle ne bénéficiait d'aucune autonomie de gestion, son stand étant dans l'enceinte de l'établissement et les heures d'ouverture ainsi que de fermeture déterminées discrétionnairement par la société Carrefour, et qu'elle n'avait d'autre clientèle que celle de cette société* »<sup>1689</sup>. Est ainsi apparue expressément la notion d'« *absence d'autonomie de gestion* » qui sera appelée, par la suite, à englober les différents facteurs de dépendance cités.

<sup>1688</sup> AP 24/04/1970 : n° 68-10914 ; D. 1970, 381, R. Lindon ; JCP 1970.II.16489, B. Boccara.

<sup>1689</sup> Civ. 3 09/07/1979 : n° 77-13452 ; B. n° 153.

**398. Plan.** La jurisprudence déduit ainsi l'existence d'un fonds appartenant au preneur de la réunion de deux conditions<sup>1690</sup> : l'existence d'une clientèle distincte propre (1) et d'une autonomie de gestion (2).

### **1 – L'exigence d'une clientèle propre**

**399. Présentation.** Pour reconnaître la propriété d'un fonds de commerce à un commerçant, la Cour de cassation exige que la clientèle qu'il exploite lui soit propre ou personnelle, c'est-à-dire rattachée à son activité. Ainsi, lorsque le commerçant exploite son activité dans un local inclus dans un autre établissement, il ne sera titulaire d'un fonds de commerce qu'à la condition qu'il démontre qu'il dispose d'une clientèle distincte de celle de l'établissement dans lequel son local est inclus (le fonds dominant ou incluant)<sup>1691</sup>.

**400. Abandon de la prépondérance.** La Cour de cassation exigeait initialement que cette clientèle distincte soit en plus prépondérante par rapport à celle du fonds incluant<sup>1692</sup>. Elle est cependant revenue sur cette exigence, se contentant de la démonstration d'une clientèle distincte, quelle que soit son importance par rapport à celle du fonds incluant<sup>1693</sup>.

**401. Appréciation de la condition.** Pour apprécier l'existence de cette clientèle propre, la jurisprudence s'interroge sur la possibilité pour des clients autres que ceux du fonds incluant d'accéder au local inclus. Elle recherche donc si le local inclus est accessible et visible pour des personnes non clientes de l'établissement incluant<sup>1694</sup> – ce qui sera le cas lorsqu'existent une entrée<sup>1695</sup> et une vitrine indépendante<sup>1696</sup> –, si les jours et les horaires d'ouverture et de fermeture peuvent différer de ceux de l'établissement incluant<sup>1697</sup> ou encore si la localisation implique que la clientèle vienne nécessairement pour l'établissement incluant et non pour l'établissement inclus<sup>1698</sup>.

**402. Exemples.** Ainsi, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir reconnu l'existence d'une clientèle personnelle à un commerce de vente de casse-croûte et boissons situé sur une remontée mécanique en relevant que les preneurs « possédaient, en dehors de la clientèle de la régie des remontées mécaniques, une clientèle propre constituée par les amateurs de ski de fond, les randonneurs, les promeneurs en raquette et les amateurs d'équitation »<sup>1699</sup>. De même, malgré la stipulation d'une interdiction d'accès à des personnes extérieures (promeneurs et passagers), la Cour de cassation a admis l'existence d'une clientèle propre pour un restaurant-bar inclut dans un Golf, au motif que l'établissement était facilement accessible par une voie privée, qu'aucun panneau n'indiquait l'interdiction, qu'il était démontré que des clients avaient

---

<sup>1690</sup> Civ. 3 24/01/1996 : n° 94-10322 ; B. n° 22 ; D. 1997, somm. 306, L. Rozès – Civ. 3 05/07/1995 : n° 93-17674 ; B. n° 166.

<sup>1691</sup> Civ. 3 24/01/1996 : *op. cit.* – Com. 23/05/1960 : B. n° 192.

<sup>1692</sup> Civ. 3 08/01/1997 : n° 95-14124 – Civ. 3 04/11/1992 : n° 90-19355 – Civ. 3 27/11/1991 : n° 90-15177 ; B. n° 289 – Civ. 3 05/02/1997 : n° 95-14048.

<sup>1693</sup> Civ. 3 19/03/2003 : n° 01-17679 ; B. n° 66 ; R. Cass. 2003, 369 ; D. 2003, 973, Y. Rouquet et 2749, H. Kenfack ; Rev. Loyers 2003, 353, M.-O. Vaissier ; RTD com. 2003, 275, n° 2, J. Monégier ; RLDA 2003, 3827, S. Rouault ; JCP 2003.II.10143, G. Clamour et I. Tosi – Sur l'abandon de la condition de prépondérance : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 12.31 s.

<sup>1694</sup> Civ. 3 19/01/2005 : n° 03-15283 ; B. n° 10 ; R. Cass. 2005, 295 ; AJDI 2005, 476, J.-P. Blatter ; D. 2005, 491, Y. Rouquet ; Administrer/05/2005, 25, J.-D. Barbier – Civ. 3 01/10/2003 : n° 02-11239 ; B. n° 167 ; AJDI 2004, 198, M.-P. Dumont ; JCP 2003.II.10200, C. Tuailon.

<sup>1695</sup> Civ. 3 13/01/2015 : n° 13-14043.

<sup>1696</sup> Civ. 3 24/01/1996 : *op. cit.* – V. aussi : Civ. 3 01/12/1976 : n° 75-14592 ; B. n° 436.

<sup>1697</sup> AP 24/04/1970 : *op. cit.* – Civ. 3 19/03/2003 : *op. cit.* – Com. 07/04/2009 : n° 08-10996.

<sup>1698</sup> Com. 07/04/2009 : n° 08-10996 – V. aussi : Com. 23/05/1960 : B. n° 192.

<sup>1699</sup> Civ. 3 19/03/2003 : *op. cit.*

pu prendre des repas sans justifier de leur qualité de membres ou invités et qu'il existait un accord tacite<sup>1700</sup>.

Au contraire, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir exclu l'existence d'une clientèle propre à un débit de boisson et magasin de souvenirs situé à coté d'une grotte touristique isolée en relevant « *que seule la renommée du site apportait une clientèle conséquente au bar-magasin de souvenirs dont les horaires d'ouverture étaient liés à ceux de la grotte et l'activité interrompue lors de sa fermeture annuelle* »<sup>1701</sup>.

**403. Condition supplémentaire.** Cette jurisprudence appréhende la clientèle indépendamment de l'activité exercée, de la propriété et de la maîtrise des moyens mis en œuvre, des risques encourus et de la destination des profits réalisés.

À partir du moment où tout client de l'exploitation incluse est nécessairement client de l'exploitation incluante, l'exploitant du local inclus ne dispose pas d'une clientèle propre. La dépendance liée à l'emplacement du local conduit alors à dénier l'autonomie de la clientèle de l'exploitation incluse.

Au contraire, si un client de l'exploitation incluse n'est pas nécessairement client de l'exploitation incluante, une clientèle distincte existe mais la jurisprudence exige en plus que l'exploitation incluante soit gérée de façon autonome.

## **2 – L'exigence d'une autonomie de gestion**

**404. Présentation.** En posant une condition d'autonomie de gestion, la jurisprudence estime que l'existence d'un degré de dépendance dans la gestion d'un commerçant exploitant pourtant une clientèle propre à son exploitation peut faire obstacle à ce qu'il puisse être reconnu propriétaire d'un fonds de commerce<sup>1702</sup>.

**405. Appréciation par un faisceau d'indices.** Pour caractériser cette dépendance, la jurisprudence a utilisé la méthode du faisceau d'indices. Dans chaque espèce, était ainsi relevé un ensemble de facteurs de dépendance conduisant à dénier l'autonomie de gestion de l'exploitant : des horaires d'ouvertures et de fermetures déterminés par le propriétaire du fonds dominant<sup>1703</sup> ou liés à son activité<sup>1704</sup>, le fait que celui-ci détermine les jours possibles d'ouverture<sup>1705</sup>, paye des charges (eau, électricité)<sup>1706</sup>, fournisse des matières premières et du matériel<sup>1707</sup>, organise la publicité<sup>1708</sup>, fixe la politique de prix<sup>1709</sup>, gère les stocks<sup>1710</sup> ou se fasse transmettre les chiffres d'affaires réalisés et se réserve une possibilité d'adresser des rappels à l'ordre<sup>1711</sup>.

**406. Importance des contraintes horaires.** Parmi ces facteurs de dépendance, celui de l'absence de détermination autonome des horaires d'ouverture et de fermeture semblait primordial. En effet, l'existence de ce seul facteur était parfois suffisante à caractériser l'absence d'autonomie de gestion<sup>1712</sup> et il était quasi

---

<sup>1700</sup> Civ. 3 13/01/2015 : n° 13-14043.

<sup>1701</sup> Com. 07/04/2009 : *op. cit.*

<sup>1702</sup> Civ. 3 01/10/2003 : *op. cit.*

<sup>1703</sup> Civ. 3 09/07/1979 : n° 77-13452 ; B. n° 153 – Civ. 3 09/02/1994 : n° 91-16864 – Civ. 3 05/02/2003 : n° 01-16672 ; B. n° 25 ; D. 2003, 910, Y. Rouquet ; JCP 2004.II.10039, M. Meyer-Gast – Civ. 3 01/10/2003 : *op. cit.*

<sup>1704</sup> Com. 07/04/2009 : *op. cit.*

<sup>1705</sup> AP 24/04/1970 : *op. cit.* – Civ. 3 9 juil. 1979 : *op. cit.* – Civ. 3 09/02/1994 : n° 91-16864 – Civ. 3 24/01/1996 : *op. cit.*

<sup>1706</sup> Civ. 3 01/10/2003 : *op. cit.* – Civ. 3 05/02/2003 : n° 01-16672 ; B. n° 25 ; D. 2003, 910, Y. Rouquet.

<sup>1707</sup> Civ. 3 01/10/2003 : *op. cit.*

<sup>1708</sup> Civ. 3 05/02/2003 : *op. cit.* – Civ. 3 01/10/2003 : n° 02-11239 ; B. n° 167.

<sup>1709</sup> Civ. 3 05/02/2003 : *op. cit.*

<sup>1710</sup> Civ. 3 05/02/2003 : *op. cit.*

<sup>1711</sup> Civ. 3 05/04/1995 : n° 93-14864 ; B. n° 93.

<sup>1712</sup> Civ. 3 09/02/1994 : *op. cit.* – V. aussi : Civ. 3 09/07/1979 : *op. cit.* – Civ. 3 24/01/1996 : *op. cit.*



systématiquement relevé dans les espèces où l'autonomie de gestion n'était pas caractérisée.

**407. Évolution de l'autonomie de gestion à l'absence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité.** Par un arrêt de 2005, la Cour de cassation a semblé modifier sa prise en compte de l'autonomie de gestion. En l'espèce, une boutique était située dans l'enceinte d'un hôtel et soumise à son règlement intérieur qui lui imposait des horaires d'ouverture et de fermeture et les prestations qu'elle devait fournir à la clientèle. La Cour de cassation a posé en principe que « *le statut des baux commerciaux s'applique aux baux de locaux stables et permanents dans lesquels est exploité un fonds de commerce ou un fonds artisanal, ces fonds se caractérisant par l'existence d'une clientèle propre au commerçant ou à l'artisan, que, toutefois, le bénéfice du statut peut être dénié si l'exploitant du fonds est soumis à des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité* » avant d'approuver la cour d'appel d'avoir « *retenu que les contraintes imposées [...] par le règlement intérieur de l'hôtel ne constituaient pas une entrave effective à [l']activité commerciale, faisant ressortir ainsi l'absence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de celle-ci* »<sup>1713</sup>.

**Changement terminologique.** À partir de cet arrêt, la Cour de cassation explique dans son rapport annuel de 2005 que l'autonomie de gestion n'est « *plus une condition autonome dès lors qu'il suffit, pour que le statut soit applicable, que soit constatée l'exploitation d'un fonds, autrement dit que l'exploitant soit titulaire d'une clientèle propre et distincte de l'ensemble dont il dépend matériellement* » mais « *sera désormais prise en considération qu'au titre de cette recherche de l'existence d'une clientèle propre, la présence de contraintes incompatibles avec le libre exercice d'une activité commerciale étant le signe que la clientèle n'appartient pas en propre à l'exploitant* »<sup>1714</sup>. L'arrêt n'opère donc essentiellement un changement terminologique : pour que le statut soit applicable, il suffit que l'exploitant soit titulaire d'une clientèle propre (une clientèle personnelle distincte de celle du fonds dominant), ce qui suppose une autonomie de gestion (une absence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité<sup>1715</sup>). La jurisprudence antérieure relative à l'autonomie de gestion reste donc valable<sup>1716</sup>. L'arrêt apporte néanmoins deux précisions.

**Relativisation des contraintes horaires.** En premier lieu, il invite à apprécier finement l'existence d'horaires d'ouverture et de fermeture imposés puisqu'en l'espèce, ils n'ont pas été jugés comme une contrainte incompatible avec l'exercice de l'activité. Cela tient certainement au fait qu'il s'agissait d'une exploitation incluse dans un hôtel. Les contraintes horaires étaient donc certainement restreintes, les établissements hôteliers ne connaissant généralement pas de fermetures annuelles et restant accessibles toute la journée et parfois même la nuit. Par ailleurs, une partie de la doctrine a fait remarquer que les exploitants de locaux dans des centres commerciaux se voient aussi imposer des horaires, sans que cela ne les prive du statut des baux commerciaux<sup>1717</sup>. L'important est donc que l'amplitude horaire imposée soit suffisamment large pour permettre l'exercice de l'activité.

---

<sup>1713</sup> Civ. 3 19/01/2005 : *op. cit.*

<sup>1714</sup> R. Cass. 2005, p. 295.

<sup>1715</sup> Le pluriel de *contraintes* peut être analysé comme une confirmation qu'il s'agit d'une appréciation globale identique à celle de l'autonomie de gestion. En effet, il n'invite pas à rechercher l'existence d'une ou plusieurs contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité mais de plusieurs contraintes incompatibles avec ce libre exercice, c'est-à-dire d'une situation globale faisant obstacle à un exercice libre de l'activité, d'une accumulation de contraintes.

<sup>1716</sup> Dans ce sens : Civ. 3 13/01/2015 : n° 13-14043, tenant pour équivalent le fait de ne pas être « *soumis à des contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité* » et le fait de ne pas être privé « *de son autonomie de gestion* ».

<sup>1717</sup> Dans ce sens : BLATTER (J.-P.), *Fonds dépendants, clientèle propre et autonomie de gestion*, note ss Civ. 3 19/01/2005, AJDI 2005, p. 476 s.

**Relativisation des contraintes sur l'objet de l'activité.** En second lieu, l'arrêt précise que l'imposition des prestations devant être fournies à la clientèle n'est pas non plus une contrainte incompatible avec le libre exercice de l'activité. Il faut mettre en parallèle cette contrainte avec la destination de l'immeuble imposée par les baux commerciaux<sup>1718</sup>. En effet, il est fréquent qu'un local soit donné à bail pour une activité clairement spécifiée et pouvant être très précise<sup>1719</sup> sans que cela ne soit conçu comme un obstacle à la propriété du fonds de commerce. Ainsi, le fait que le type de biens à vendre ou de prestations à fournir soit imposé n'est pas un obstacle à la propriété d'un fonds de commerce et n'a donc logiquement pas été qualifié de contrainte incompatible avec libre exercice de l'activité. D'ailleurs, la Cour de cassation n'a pas posé une exigence générale d'absence de contraintes incompatibles avec le libre exercice d'une activité commerciale mais exigé que l'exploitant ne soit pas « *soumis à des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité* »<sup>1720</sup>. Cela signifie, d'une part, que l'imposition d'une activité déterminée et même d'un choix déterminé de produits ou services ne caractérise pas une telle contrainte et, d'autre part, que l'appréciation des contraintes doit être faite *in concreto*, au regard de l'activité exercée<sup>1721</sup>.

**Maintien des indices pris en compte pour l'autonomie de gestion.** Cependant, même si leur appréciation peut être fine, les indices qui caractérisaient l'absence d'autonomie de gestion restent pris en compte au titre des contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité. Ainsi, en 2012, la Cour de cassation a eu à connaître le cas d'une société exploitant plusieurs points de restauration d'un hôtel. Elle a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé que « *les contraintes auxquelles était soumise la société [de restaurant] [...] et sa dépendance à l'égard de [la société exploitant l'hôtel] [...] étaient incompatibles avec le libre exercice de son activité* ». Celle-ci avait relevé que les prix des repas du personnel et des petits-déjeuners étaient fixés contractuellement, que l'hôtel déterminait les horaires, que son accord préalable était nécessaire à la fermeture des restaurants et au changement de nom des points de vente, qu'il maîtrisait le planning d'occupation des salons, avait un droit de contrôle sur les employés, pouvait accéder aux zones de stockage et prenait en charge de « *nombreuses prestations telles que les fluides, l'électricité, les taxes, l'entretien et la réparation des agencements concernant les locaux affectés à l'exploitation de la société [de restauration]* »<sup>1722</sup>. La mise à disposition de mobilier ou matériel est également prise en compte<sup>1723</sup>.

**408. Conclusion.** Finalement, l'analyse de la jurisprudence concernant la dépendance des exploitants connaissant des contraintes liées à la situation géographique de leur local aboutit au constat qu'à partir d'un certain degré de dépendance un exploitant ne peut être reconnu propriétaire d'un fonds de commerce même s'il démontre avoir une clientèle distincte des personnes dont il est, le cas échéant, dépendant.

Ce degré de dépendance est apprécié globalement et *in concreto* à partir d'un faisceau de facteurs de dépendance affectant l'exercice de l'activité considérée et est atteint s'il existe des *contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité*, ce qui entraîne des incohérences et comporte des limites importantes.

<sup>1718</sup> *Ibid.*

<sup>1719</sup> Il a par exemple été jugé que l'activité de vente de sous-vêtements ou de maillots de bain n'était pas incluse dans celle de « *prêt-à-porter* » visée par le bail si bien que le preneur qui a exercé cette activité sans demander une déspecialisation partielle, a enfreint le bail et fait jouer la clause résolutoire (Paris 17/10/2007 : JurisData n° 2007-352265).

<sup>1720</sup> Mise en gras ajoutée.

<sup>1721</sup> Dans ce sens : Civ. 3 13/01/2015 : n° 13-14043, relevant notamment « *que les obligations imposées à l'exploitant ne créaient pas des conditions inhabituelles pour un restaurateur* » pour en déduire l'absence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité.

<sup>1722</sup> Civ. 3 05/09/2012 : n° 11-14961.

<sup>1723</sup> Dans ce sens : Civ. 3 13/01/2015 : n° 13-14043.

## B – Les limites de la qualification de la dépendance

**409. Présentation.** Qualifier la dépendance de l'exploitant d'une clientèle à partir d'une appréciation *in concreto* au moyen d'un faisceau de facteurs de dépendance pour déterminer une *absence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité* apparaît très incertain et peut conduire à des incohérences avec les autres règles du droit économique et celles du droit du travail.

**410. Incertitude.** A l'instar de l'*autonomie de gestion*, la notion de *contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité* apparaît comme un standard juridique<sup>1724</sup>. Son contenu n'est pas intrinsèquement déterminé mais abandonné à l'appréciation des juges dans les affaires qui leur sont soumises. Il est ainsi difficile de dresser une liste des contraintes incompatibles activité par activité. Cette difficulté est d'autant plus importante que la jurisprudence de la Cour de cassation se résume aujourd'hui à moins d'une vingtaine d'arrêts<sup>1725</sup>. La prévisibilité des solutions est donc très réduite.

Ainsi, par exemple, on ignore si un assortiment imposé, une exclusivité d'approvisionnement, des prix maximaux imposés, l'obligation de respecter une politique commerciale déterminée par autrui ou des normes de mise en œuvre d'un savoir-faire doivent être considérées comme des contraintes incompatibles avec le libre exercice d'une activité de distribution de tel ou tel produit ou service et donc si ces contraintes sont susceptibles de priver un distributeur de la propriété d'un fonds de commerce<sup>1726</sup>.

**411. Incohérence.** Par ailleurs, cette approche de la dépendance est autonome par rapport aux autres règles du droit économique et du droit du travail. L'exploitant peut ainsi se trouver dans une zone grise entre plusieurs statuts, ce qui rend sa situation très incertaine. Celle-ci l'est d'autant plus que le législateur, la jurisprudence et la doctrine ne se sont pas préoccupés de cette question, les analyses restant cloisonnées à l'application ou non du statut des baux commerciaux<sup>1727</sup>.

Or, si la clientèle est une valeur représentée par l'espérance de générer un chiffre d'affaires<sup>1728</sup>, il s'en déduit qu'à toute activité générant un chiffre d'affaires correspond, en principe, une clientèle. Par conséquent, un exploitant dépendant, bien que privé de fonds de commerce, exploite malgré tout une clientèle qui peut même lui être propre. La jurisprudence l'admet lorsqu'elle reconnaît l'existence d'une clientèle distincte, propre à l'activité mais dénie à l'exploitant la propriété d'un fonds de commerce en raison de son absence d'autonomie de gestion ou de l'existence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité<sup>1729</sup>.

**412. Plan.** Parmi les exploitants privés de fonds de commerce il convient donc de distinguer la situation de ceux n'ayant pas de clientèle propre (1) et de ceux disposant d'une telle clientèle (2).

---

<sup>1724</sup> Sur la notion de standard juridique : *infra* n° 911.

<sup>1725</sup> Une recherche sur *Légifrance* le 16/05/2015, dans l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation, sans limite temporelle des expressions exactes « *bail commercial* » et « *autonomie de gestion* » ou « *contraintes incompatibles* » donne 15 résultats.

<sup>1726</sup> *Infra* n° 442 s.

<sup>1727</sup> V. cependant : ASTEGIANO-LA RIZZA (A.) et autres, *Droit et pratique des baux commerciaux*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 710.290 s.

<sup>1728</sup> *Supra* n° 289.

<sup>1729</sup> Civ. 3 01/10/2003 : *op. cit.*, il est relevé que l'exploitant avait des clients distincts de ceux du fonds dominant et donc une clientèle propre à son activité mais la propriété d'un fonds de commerce lui est déniée pour cause d'absence d'autonomie de gestion.

## **1 – La situation de l'exploitant dépendant sans fonds de commerce faute de clientèle propre**

**413. Présentation.** L'exploitant dépendant auquel est déniée la propriété d'un fonds de commerce faute de clientèle propre à son activité car celle-ci n'est pas distincte de celle d'un fonds dominant exploite *a priori* une clientèle, un fonds rattaché<sup>1730</sup> ou confondu au fonds dominant sauf à considérer qu'existe une clientèle non distincte du fonds dominant mais qui constituerait un fonds distinct sans propriétaire<sup>1731</sup>. Or, celui qui exploite la clientèle ou le fonds d'autrui est, en principe, un salarié, un gérant de succursale, un représentant ou un locataire-gérant.

**414. Rapport avec le droit du travail.** Pour que l'exploitant soit considéré comme un salarié, un contrat de travail doit, en principe, être caractérisé. Or, l'absence de clientèle propre à son exploitation et l'exploitation de la clientèle d'un fonds dominant n'implique pas l'existence d'une prestation de travail à titre onéreux au profit de l'exploitant ou du propriétaire du fonds dominant. Elle n'implique pas non plus une subordination juridique à l'égard de celui-ci. En effet, même si elle est un indice pris en compte dans la qualification du contrat de travail, l'absence de clientèle propre n'est ni nécessaire, ni suffisante pour le caractériser<sup>1732</sup>. L'exploitant peut notamment conserver une liberté dans ses horaires et son lieu de travail, employer des salariés, exercer d'autres activités en parallèles, déterminer seul sa politique commerciale, n'avoir aucun compte à rendre à l'exploitant ou au propriétaire du local incluant, etc.

Ainsi, le fait qu'une boutique de souvenirs n'ait pas d'autre clientèle que celle de la grotte touristique isolée à côté de laquelle elle est installée ne fait pas de son exploitant un salarié du propriétaire ou de l'exploitant de la grotte. Il peut cumuler de nombreux indices excluant le contrat de travail : être libre de ses horaires personnels de travail et des horaires d'ouverture de sa boutique, déterminer seul les produits ou services offerts à la clientèle, leurs prix, sa politique commerciale, n'avoir aucun compte à rendre à l'exploitant ou au propriétaire de la grotte, ne pouvoir être sanctionné par celui-ci, avoir des activités parallèles, assumer seul l'ensemble des investissements et dépenses afférentes à son activité, employer des salariés et courir seul l'ensemble des risques de l'exploitation et de l'entreprise<sup>1733</sup>. Il en est de même pour l'exploitant d'une buvette dans un hippodrome : le fait que la clientèle soit nécessairement celle de l'hippodrome ne fait pas du cafetier un salarié de celui-ci.

Dans les affaires soumises à la Cour de cassation ayant abouti à la constatation d'une absence de clientèle propre, il n'existait *a priori* aucun contrat de travail entre l'exploitant du local inclus et celui du fonds incluant. Si un tel contrat avait existé, l'absence de clientèle propre en aurait directement découlé, le salarié ne pouvant, en principe, être titulaire de la clientèle qu'il exploite au nom et pour le compte de son employeur<sup>1734</sup>.

---

<sup>1730</sup> Rappr. : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 13.34, faisant l'hypothèse qu'il s'agit d'une « *branche d'activité du fonds dominant, ayant pour originalité de ne pas être exploitée par le titulaire du fonds, mais par un tiers* » mais concluant que « *cette qualification sera, le plus souvent, irrecevable, dans la mesure notamment, où, en l'occurrence, l'exploitant de la "branche" agirait à ses risques et périls* ».

<sup>1731</sup> Ce serait une chose sans maître insusceptible d'appropriation, sorte de *res communis* – Rappr. : GIVORD (F.) note ss Montpellier 19/01/1962, D. 1963, p. 172 s., p. 175 – Sur cette hypothèse : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 13.34.

<sup>1732</sup> *Supra* n° 117 s.

<sup>1733</sup> Sur ces différents indices : *supra* n° 83 s.

<sup>1734</sup> Sur la question : *supra* n° 117 s.

L'absence de clientèle propre n'implique pas non plus la réunion des conditions permettant une soumission au droit du travail par application des statuts des gérants de succursale, des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire ou des VRP<sup>1735</sup>.

**415. Rapport avec la gérance-représentation.** L'absence de clientèle propre et l'exploitation de la clientèle d'autrui n'implique pas nécessairement une exploitation au nom ou pour le compte d'autrui dans le cadre d'un contrat de mandat, de commission ou encore d'agence commerciale.

Ainsi, dans les espèces soumises à la Cour de cassation pré évoquées<sup>1736</sup>, il n'a jamais été relevé une quelconque représentation du propriétaire du fonds dominant, ni même une activité pour le compte de ce dernier. L'exploitant agissait *a priori* en son nom et pour son compte, contractait personnellement avec la clientèle sans engager l'exploitant du fonds dominant, percevait les profits de son activité et assumait ses frais et pertes. Rien n'indiquait même l'existence d'un lien contractuel autre qu'un éventuel contrat de louage de chose entre l'exploitant dépendant et le propriétaire du fonds dominant.

De plus, à l'instar du contrat de travail, si un contrat de mandat – notamment d'agence commerciale ou de gérance-mandat – avait été relevé, la propriété d'un fonds de commerce aurait été exclue sans besoin de s'interroger sur le caractère propre de la clientèle. En effet, la qualification de gérance-mandat suppose que le fonds géré soit la propriété du mandant<sup>1737</sup>, la jurisprudence juge qu'en présence d'un mandat il ne peut exister de clientèle indépendante attachée à un fonds de commerce qu'aurait créé l'exploitant et que « *l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre* »<sup>1738</sup>. La seule qualification restante est alors celle de locataire-gérant.

**416. Rapport avec la location-gérance.** La location gérance est définie légalement comme « *tout contrat ou convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce [...] en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls* »<sup>1739</sup>.

Cette qualification est d'office exclue en l'absence de contrat de louage de chose entre le propriétaire de la clientèle exploitée (du fonds dominant) et l'exploitant. La situation de l'exploitant est alors un état de fait – l'exploitation d'une clientèle appartenant à autrui – et non un état de droit. Dans cette hypothèse, l'exploitant jouit sans droit ni titre, du bien d'un autre (la clientèle du propriétaire du fonds dominant mais exploitée pour une activité différente) ou d'un bien non appropriable (la clientèle de son activité).

En revanche, lorsque le propriétaire du fonds dominant est aussi le bailleur, la question de la qualification d'une location-gérance se pose. En effet, en donnant à bail un emplacement pour y déployer une activité commerciale, l'objet du contrat ne comprenait-il pas également le droit d'exploiter et donc de jouir de la clientèle du bailleur ? La qualification peut alors aboutir à la nullité du contrat si le loueur n'a pas exploité antérieurement le fonds pendant deux années et ne peut invoquer une dérogation judiciaire ou légale<sup>1740</sup>.

---

<sup>1735</sup> Sur ces conditions : *supra* n° 222 s. (gérant de succursale), 260 s. (gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire) et 287 s. (VRP).

<sup>1736</sup> *Supra* n° 397 s.

<sup>1737</sup> C. com. art. L. 146-1, « *les personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce [...] 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 [...] elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire...* » (mise en gras ajoutée).

<sup>1738</sup> *Supra* n° 170 et 191.

<sup>1739</sup> C. com. art. L. 144-1 – Sur la notion : *supra* n° 268 s.

<sup>1740</sup> C. com. art. L. 144-3 et -5. – Dans ce sens : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 13-34 – ASTEGIANO-LA RIZZA (A.) et autres, *op. cit.*, n° 710.300 – Le propriétaire du fonds dominant deviendrait alors solidairement

**417. Conclusion.** La situation des exploitants dépendants privés de fonds de commerce faute de clientèle propre à leur activité, apparaît donc assez étonnante à la fois juridiquement et économiquement.

Commerçants, ils réalisent personnellement des actes de commerce à titre de profession habituelle, courent les risques et périls de l'entreprise (location du local, aménagement, constitution de stocks, éventuellement recrutement de personnel, responsabilité envers les clients, etc.) mais n'ont pas de clientèle propre, ne peuvent constituer un fonds de commerce et donc obtenir la protection des baux commerciaux et pourtant ne bénéficient d'aucun des régimes de protection offerts par le droit positif aux non titulaires de fonds de commerce (salariat, statut du gérant de succursale, statut du gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire, statut du VRP, statut du gérant-mandataire du Code de commerce, statut de l'agent commercial, etc.). Il s'agit de commerçants trop dépendants pour pouvoir bénéficier de la protection des baux commerciaux mais dont la dépendance n'est pas nécessairement appréhendée par un autre droit spécial. Ils évoluent ainsi dans une zone grise entre les différentes qualifications de la dépendance.

La situation est également étonnante économiquement car alors que la clientèle de l'exploitant n'est pas considérée comme distincte de celle du fonds dominant, ce fonds ne la captera pas nécessairement puisque les activités de l'exploitant et du fonds dominant sont distinctes. Par exemple, s'il a été jugé que la clientèle d'une boutique de souvenirs n'est pas distincte de celle de la grotte touristique isolée auprès de laquelle se trouve l'exploitation<sup>1741</sup>, l'activité n'en reste pas moins différente : l'une est une activité de vente de souvenirs, l'autre de visites touristiques. Par suite, faute de poursuivre la vente de souvenirs, le chiffre d'affaires attaché à cette activité ne sera pas capté par l'exploitant de la grotte. La jurisprudence confond ainsi les clients (les personnes passant des contrats avec le commerçant) et la clientèle (l'espoir de chiffre d'affaires attaché à une activité) alors que l'identité de clients ne fait pas l'identité de clientèle.

La situation de l'exploitant privé de fonds de commerce mais disposant d'une clientèle propre à son activité n'apparaît pas plus satisfaisante.

## ***2 – La situation de l'exploitant dépendant sans fonds de commerce mais ayant une clientèle propre***

**418. Présentation.** Un exploitant peut disposer d'une clientèle propre, distincte de celle d'un fonds dominant mais être néanmoins privé de fonds de commerce car il ne dispose pas d'une *autonomie de gestion* ou, selon la dernière terminologie utilisée par la Cour de cassation, car il est soumis à des *contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité*.

Sa situation est alors particulièrement complexe puisqu'il exploite, *a priori*, à la fois une clientèle distincte, propre à son activité et une clientèle non distincte, correspondant, en principe, à celle du fonds dominant. Exploitant, au moins partiellement, une clientèle ou un fonds dont il n'est pas propriétaire, il est, *a priori*, dans la situation étonnante précédemment évoquée de l'exploitant sans clientèle propre. Cependant, créant, développant ou maintenant une clientèle propre, il pourrait prétendre à un fonds de commerce pour cette seule clientèle mais les contraintes qu'il subit y font obstacle. Cela pose donc la question de la qualification de

---

responsable des dettes de l'exploitant dépendant à l'égard des tiers puisque la nullité n'est pas invocable à leur égard (C. com. art. L. 144-10).

<sup>1741</sup> Com. 07/04/2009 : n° 08-10996.

cet exploitant qui, faute d'être suffisamment libre dans son activité, n'est pas propriétaire de sa clientèle.

**419. Rapport avec le droit du travail.** En raison des contraintes pesant sur l'activité, de l'absence d'autonomie de gestion, la qualification de salarié peut être envisagée. Cependant, si certains facteurs de dépendance pris en compte par le droit du fonds de commerce le sont également par le droit du travail (imposition des horaires, fourniture des outils de travail, surveillance de l'activité, prix imposés, etc.)<sup>1742</sup>, les deux approches sont indépendantes et peuvent donc potentiellement aboutir à des résultats différents. En effet, les contraintes privant l'exploitant d'une autonomie de gestion ou d'un libre exercice de l'activité ne sont pas nécessairement suffisantes pour caractériser un lien de subordination et un contrat de travail.

Ainsi, dans la caractérisation du contrat de travail certaines contraintes peuvent être ignorées en étant considérées comme inhérentes à l'activité ou comme se rapportant uniquement à son aspect commercial ou encore comme ne caractérisant pas un degré de dépendance suffisant pour qu'existe un contrat de travail<sup>1743</sup>. En particulier, des contraintes touchant l'organisation de la publicité, la politique de prix, la gestion des stocks, imposant la transmission du chiffre d'affaires et l'existence d'un contrôle du respect de ces contraintes, ont pu caractériser l'absence d'autonomie de gestion<sup>1744</sup> alors même que dans le cadre de la franchise elles sont généralement considérées comme ne faisant pas obstacle à l'indépendance du distributeur et comme insusceptibles de caractériser un contrat de travail<sup>1745</sup>. De même, l'absence de libre détermination des horaires d'ouverture, alors qu'elle est souvent relevée pour caractériser l'absence d'autonomie de gestion<sup>1746</sup>, ne permet pas nécessairement de qualifier un contrat de travail si le travailleur reste libre de ses horaires personnels de travail et peut recourir à des salariés ou remplaçants.

Par ailleurs, même s'il existe des contraintes caractérisant une subordination juridique, le contrat de travail peut être exclu par la constatation d'indices d'indépendance dont l'existence d'une clientèle propre fait partie<sup>1747</sup>. En particulier, l'absence d'autonomie de gestion ou l'existence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité n'excluent pas que l'exploitant assume les risques de cette activité, ce qui sera pris en compte pour exclure le contrat de travail<sup>1748</sup>.

L'exploitant pourra aussi ne pas répondre à la qualification de gérant de succursale puisque, même si les conditions et prix imposés ont déjà été pris en compte pour caractériser des contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité<sup>1749</sup>, l'application du statut du gérant de succursale nécessite, en plus, que l'exploitant exerce essentiellement une activité de vente de produits fournis quasi exclusivement par le fonds dominant ou de prise de commandes exclusivement pour le compte de celui-ci<sup>1750</sup>.

La qualification de gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire ne paraît pas non plus adaptée car elle suppose notamment une distribution de produits alimentaires au détail, une rémunération par des remises proportionnelles aux ventes, une absence de propriété des moyens

---

<sup>1742</sup> *Supra* n° 83 s. et 405 s.

<sup>1743</sup> *Supra* n° 146 s.

<sup>1744</sup> *Supra* n° 405 s.

<sup>1745</sup> *Supra* n° 126 s.

<sup>1746</sup> *Supra* n° 406.

<sup>1747</sup> *Supra* n° 117 s.

<sup>1748</sup> *Supra* n° 112 s.

<sup>1749</sup> *Supra* n° 405.

<sup>1750</sup> *Supra* n° 226 s.

d'exploitation et une certaine autonomie<sup>1751</sup>, ce que n'implique nullement l'existence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité.

La qualification de VRP n'est pas non plus pertinente puisqu'elle supposerait l'exercice d'une profession exclusive et constante de représentant pour le compte du fonds dominant et est incompatible avec l'existence d'opérations commerciales pour le compte personnel du représentant<sup>1752</sup> et donc avec l'existence d'une clientèle personnelle.

**420. Rapport avec la gérance-représentation.** Les qualifications de commissionnaire, mandataire voire d'agent commercial pourraient être envisagées pour la part de l'activité correspondant à l'exploitation de la clientèle du fonds dominant et sont notamment compatibles avec la réalisation par l'intermédiaire d'opérations commerciales pour son propre compte (activité à laquelle correspondrait la clientèle personnelle). Cependant, ces qualifications nécessitent une activité au nom ou pour le compte d'autrui ce que n'implique nullement l'existence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité. Dans les affaires soumises à la Cour de cassation<sup>1753</sup>, l'exploitant déployait son activité auprès de la clientèle du fonds dominant non au nom ou pour le compte de ce dernier mais en son nom et pour son compte personnel.

**421. Rapport avec la location-gérance.** La qualification de locataire-gérant se heurte aux mêmes obstacles que ceux mis en évidence pour l'exploitant sans clientèle personnelle : il n'existe pas, *a priori*, de contrat de louage d'un fonds entre le propriétaire du fonds dominant et l'exploitant du fonds dépendant et un tel contrat pourrait être nul faute d'exploitation préalable suffisante<sup>1754</sup>.

**422. Conclusion.** L'exploitant ayant une clientèle personnelle mais subissant des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité peut ainsi être un commerçant qui réalise, à ses risques, en son nom et pour son compte, des actes de commerce à titre de profession habituelle auprès d'une clientèle qui lui est, au moins partiellement, propre. Cette situation le prive de la propriété d'un fonds de commerce mais ne fait pas nécessairement de lui un salarié, un gérant de succursale, un gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire, un VRP, un mandataire, un commissionnaire, un agent commercial ou un locataire-gérant. Il est alors trop dépendant pour être un commerçant titulaire d'un fonds de commerce et bénéficier du statut des baux commerciaux mais trop indépendant pour relever du droit du travail ou des statuts spéciaux du droit économique régissant les personnes non propriétaires d'un fonds (agence commerciale, location-gérance et gérance-mandat).

Cette situation conduit à une impossibilité de céder l'activité et à une destruction de valeur. En effet, la possibilité de cession de la clientèle propre est discutable et ne peut, en tout état de cause, s'analyser en la cession d'un fonds. En admettant qu'elle soit possible, cette cession est difficilement envisageable en pratique en raison de l'absence de protection de la jouissance du local par le statut des baux commerciaux qui devrait dissuader les acquéreurs. Par ailleurs, lorsque l'exploitant dépendant cesse son activité, le propriétaire du fonds dominant ne capte pas la clientèle propre puisque celle-ci est, par définition, distincte de la sienne. Il

---

<sup>1751</sup> *Supra* n° 260 s.

<sup>1752</sup> *Supra* n° 291 s.

<sup>1753</sup> Affaires citées *supra* n° 397 s.

<sup>1754</sup> *Supra* n° 416.



ne capte pas non plus la clientèle non distincte puisque celle-ci correspond à l'activité de l'exploitant<sup>1755</sup>, sauf à poursuivre celle-ci.

Le raisonnement retenu pour attribuer la propriété d'un fonds aux exploitants connaissant des contraintes liées à la situation géographique de leur local aboutit ainsi à une insécurité juridique et à des situations juridiques et économiques incohérentes. Alors que la question aurait pu connaître une évolution par l'influence de la jurisprudence développée à propos de la propriété du fonds de commerce des exploitants intégrés à des réseaux de distribution, les solutions insatisfaisantes et incohérentes ont été maintenues.

## **§2 – La qualification de la dépendance des exploitants soumis à des contraintes liées à leur intégration dans un réseau de distribution**

**423. Présentation.** Le développement de la franchise et de la concession a posé à la jurisprudence de nouvelles questions sur la propriété du fonds de commerce. En effet, dans ces formes de distribution, l'exploitant n'est pas propriétaire d'éléments essentiels à l'attraction de la clientèle comme l'enseigne, la marque ou le savoir-faire et doit, en outre, suivre une politique commerciale et des normes de gestion déterminées par l'organisateur du réseau<sup>1756</sup>. Des bailleurs ont ainsi invoqué ces facteurs de dépendance afin de dénier à leur locataire le bénéfice du statut des baux commerciaux.

**424. Plan.** Saisie de la question, la Cour de cassation a d'abord appliqué la jurisprudence développée pour la dépendance liée à la situation géographique du local avant de sembler faire évoluer son raisonnement avec l'arrêt *Trévisan* (A) mais sa portée paraît néanmoins limitée (B).

### **A – L'appréhension de la dépendance par l'arrêt *Trévisan***

**425. Plan.** Pour mesurer l'évolution opérée par l'arrêt *Trévisan* (2), il est nécessaire, au préalable, de rappeler la situation qui régnait sous l'empire de la jurisprudence antérieure (1).

#### **1 – La situation antérieure à l'arrêt *Trévisan***

**426. Lien entre propriété des éléments attractifs de clientèle et propriété du fonds.** Dans les années 1970, au moment de l'essor des réseaux de distribution – notamment de la concession – la jurisprudence a eu à se prononcer sur la propriété des fonds de commerce exploités par les distributeurs<sup>1757</sup>. Elle a alors appliqué un raisonnement classique liant la propriété de la clientèle à la propriété des moyens d'exploitation l'attirant.

Ainsi, dans une affaire jugée en 1973, la société pétrolière *Total* avait construit une station-service pour la donner ensuite en location-gérance. En fin de contrat, le locataire-gérant avait demandé la requalification du contrat en bail commercial et le versement d'une indemnité d'éviction. La Cour de cassation jugea que le locataire-gérant « *n'établissait pas avoir personnellement attiré les clients [et] qu'en réalité la clientèle était*

---

<sup>1755</sup> *Supra* n° 399 s.

<sup>1756</sup> *Supra* n° 126 s.

<sup>1757</sup> Sur la question, voir notamment : DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Bail commercial et droit de la distribution*, RTD com. 2003, p. 43 s. – LE FLOCH (P.), *Propriété commerciale et distribution intégrée*, in Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 407 s.

indissociable des autres éléments du fonds, notamment de l'excellence des installations modernes mises à la disposition des exploitants et de la notoriété de la marque "Total" » si bien qu'il n'était pas fondé « à prétendre avoir créé une clientèle attachée à un fonds qu'[il avait] seulement loué et dont [il n'avait] jamais acquis la propriété »<sup>1758</sup>. Pour les juges, le fonds de commerce étant composé d'éléments attractifs de clientèle, la propriété du fonds et de la clientèle qu'il attire et qui l'enrichit revient logiquement au propriétaire des éléments attractifs et en particulier de la marque ou de l'enseigne. L'exploitant d'éléments attractifs de clientèle, propriété d'autrui, ne pouvait donc prétendre avoir une clientèle propre.

**427. Application aux concessionnaires et franchisés.** Ce raisonnement a été appliqué aux franchisés et concessionnaires. La question se révélait plus complexe car ces exploitants sont généralement propriétaires d'une partie de leurs moyens d'exploitation (droit au bail, mobilier commercial, matériel, outillage, marchandises, etc.), le fournisseur n'étant propriétaire que de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et éventuellement du savoir-faire. Le raisonnement pouvait alors conduire à reconnaître une copropriété du fonds ou à en attribuer la propriété exclusive au propriétaire des éléments les plus attractifs.

La jurisprudence a choisi la seconde option. La cour d'appel de Paris a ainsi refusé de reconnaître la propriété d'un fonds de commerce à un franchisé *Avis* en jugeant que « pour qu'un locataire franchisé ou concessionnaire d'une marque soit considéré comme ayant un fonds de commerce en propre, il faut qu'il apporte la preuve de ce qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur ou du concédant, ou bien, qu'il démontre que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail<sup>1759</sup>, attire la clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque »<sup>1760</sup>.

**428. Exclusion de la protection du statut des baux commerciaux.** Or, de manière générale, dans la distribution de produits marqués d'une enseigne nationale, la clientèle est attachée de façon prépondérante aux produits ou services identifiés par la marque ou l'enseigne et non à l'emplacement de l'exploitation ou à la personne de l'exploitant<sup>1761</sup>. Ce raisonnement conduisait donc à priver de nombreux distributeurs en réseau – notamment les concessionnaires et franchisés – de la propriété du fonds exploité et, de fait, à écarter la protection du statut des baux commerciaux pour les unités de distribution concessionnaires ou franchisées. En effet, le distributeur ne pouvait bénéficier du statut, faute d'être propriétaire du fonds et l'organisateur du réseau ne pouvait l'invoquer, faute d'être partie au bail.

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a été saisie et s'est prononcée dans un arrêt *Trévisan*.

---

<sup>1758</sup> Com. 27/02/1973, *Total* : n° 71-10653 ; B. n° 101 ; D. 1974, 238, J. Derruppé.

<sup>1759</sup> La prise en compte du « droit au bail » apparaît, en outre, quelque peu contradictoire. En effet, cet élément représente le droit de jouissance du preneur sur le local en vertu du bail. Ce droit n'a réellement de valeur que s'il permet d'assurer une jouissance non précaire. Or, en l'absence de propriété du fonds par le preneur, le statut des baux commerciaux étant inapplicable, le bail se trouve soumis au droit commun du bail, il peut donc être résilié à tout moment s'il est à durée indéterminée et aucun droit au renouvellement n'existe s'il est à durée déterminée. La question de la propriété du fonds se posant généralement à proximité du terme du bail, au moment du renouvellement, le droit au bail représente alors un droit de jouir du local pendant une durée très limitée (jusqu'au terme fixé par le bail) et n'inclut pas un droit au renouvellement du bail, ce droit étant l'enjeu de la question de la propriété du fonds. Au moment où les juges se prononceront, le bail aura généralement pris fin, l'existence d'un droit au bail sera ainsi l'enjeu de leur décision, il apparaît alors contradictoire de considérer qu'il existe un droit au bail apporté le distributeur.

<sup>1760</sup> Paris 06/02/1996, *Avis* : D. 1997, somm. 57, D. Ferrier ; JCP 1997.II.22818, B. Boccara ; Defr. 1996, 36371, P. Le Cannu ; GP 1996.I.538, P. Belot.

<sup>1761</sup> Il n'y a guère que les exploitants d'une entreprise jouissant d'un monopole géographique qui auraient pu se voir reconnaître la propriété d'un fonds à condition d'être propriétaire de l'emplacement ou d'en avoir le droit au bail. Tel est, par exemple, le cas du propriétaire d'une station service sur une autoroute (mais généralement les installations sont la propriété de la compagnie pétrolière qui est aussi titulaire de la concession de l'emplacement) – *Infra* n° 839.

## 2 – L'évolution opérée par l'arrêt Trévisan

**429. Présentation de l'arrêt Trévisan.** Dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt *Trévisan* du 27 mars 2002<sup>1762</sup>, une société exploitait un magasin d'ameublement dans un local pris à bail. Plusieurs années après un premier renouvellement, l'exploitation s'est poursuivie sous la forme d'une franchise *Conforama*. Le bailleur a ensuite délivré un congé avec refus de renouvellement et d'indemnité d'éviction en soutenant que les preneurs n'étaient pas propriétaires du fonds de commerce exploité dans les lieux. Ceux-ci l'ont alors assigné en paiement de l'indemnité d'éviction et ont obtenu gain de cause en appel. La Cour de cassation, saisie du pourvoi du bailleur, a jugé dans un long attendu qu' « *ayant relevé, à bon droit, d'une part, que 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, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls, d'autre part, que le franchiseur reconnaissait aux [exploitants] le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds, la cour d'appel en a déduit exactement que les preneurs étaient en droit de réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction* ».

**430. Plan.** Analysé linéairement, cet attendu comporte deux parties *a priori* contradictoires. En effet sont d'abord substituées aux conditions traditionnelles de propriété du fonds de commerce de nouvelles conditions (a) contredites ensuite par l'exigence d'une reconnaissance d'un droit de disposer des éléments constitutifs du fonds (b). Au-delà de cette contradiction, l'arrêt appréhende très imparfaitement la dépendance du distributeur (c).

### a - Les nouvelles conditions d'attribution de la propriété d'un fonds

**431. Absence de référence aux conditions de clientèle propre et d'autonomie de gestion.** Si la jurisprudence classique sur les contraintes matérielles et organisationnelles avait été appliquée au franchisé, celui-ci n'aurait sans doute pas été reconnu propriétaire d'un fonds de commerce. En effet, il aurait fallu démontrer l'existence d'une clientèle propre et d'une autonomie de gestion.

S'agissant de la clientèle propre, le franchisé aurait dû démontrer, à l'époque, que sa clientèle était constituée, de façon prépondérante, par des clients attirés par l'emplacement ou par sa personne<sup>1763</sup>.

La question de l'autonomie de gestion aurait été délicate puisque le franchisé est soumis à des normes de gestion définies par le franchiseur qui en vérifie la bonne application, notamment par des visites. Ce dernier détermine les caractéristiques du local, son aménagement, l'assortiment, le niveau des stocks, la politique

---

<sup>1762</sup> Civ. 3 27/03/2002, *Trévisan* : n° 00-20732 ; B. n°77 ; D. 2002, 2400, H. Kenfack, 1487, E. Chevrier et 3006, D. Ferrier ; JCP 2002.II.10112, F. Auque ; RTD com. 2002, 457, B. Saintourens ; AJDI 2002, 376, J.-P. Blatter ; CDE 5/2002, 29, n° 3, J.-L. Respaud ; Administrer/06/2002, 35, B. Boccara et D. Lipman-Boccara ; Loyers et copr. 2002, 148, P.-H. Brault et P. Pereira-Ozouf ; CCC 2002, 111, M. Malaurie-Vignal et 155, L. Leveneur ; GP 2002.II.970, J.-D. Barbier ; RTD com. 2003, 43, M.-P. Dumont-LeFranc, 273, J. Monéger ; PA 04/02/2003, 3, Y. Marot.

<sup>1763</sup> L'arrêt *Trévisan* a été rendu avant que ne soit clairement abandonnée la condition de clientèle propre prépondérante (*supra* n° 400).

commerciale et notamment, dans une certaine mesure, la politique de prix, organise la publicité, se fait transmettre le chiffre d'affaires et peut même imposer des horaires et jours d'ouverture à condition qu'il laisse le franchisé libre d'organiser son activité personnelle<sup>1764</sup>. L'existence de ce faisceau de contraintes aurait probablement conduit à constater une absence d'autonomie de gestion du franchisé<sup>1765</sup>.

Mais l'arrêt *Trévisan* ne fait pas référence à ces conditions de clientèle propre et d'autonomie de gestion mais développe, à la place, un raisonnement original en deux étapes.

**432. Distinction entre clientèle locale et nationale.** La première étape consiste à distinguer entre la clientèle nationale attachée à la marque<sup>1766</sup> et la clientèle locale existant par les moyens mis en œuvre par le distributeur dans son unité commerciale. Par conséquent, la question de l'existence d'une clientèle propre, distincte de celle de la marque ne se pose plus. Peu importe que la clientèle locale soit, de façon prépondérante, une clientèle attirée par la marque du franchiseur plus que par l'emplacement ou l'activité personnelle du franchisé, l'important est qu'elle n'existe que par les moyens mis en œuvre localement.

**433. Distinction entre propriété et maîtrise des éléments attractifs de clientèle.** La seconde étape consiste à distinguer entre la propriété des éléments supports de la clientèle et leur maîtrise. L'existence du fonds de commerce du franchisé se déduit de l'« activité » du franchisé qui consiste à mettre en œuvre des « moyens » corporels (matériel, stocks) et incorporels (bail) à ses risques et périls. La notion de propriété des moyens mis en œuvre n'intervient pas et l'arrêt précise expressément que la clientèle locale fait partie du fonds de commerce du franchisé « *même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise* ». En d'autres termes, il est possible d'être propriétaire de la clientèle générée par un ensemble de biens sans être propriétaire de ces biens.

Un tel raisonnement n'est pas nouveau puisque le fait que l'exploitant d'un local n'en soit pas propriétaire ne s'est jamais opposé à ce qu'il soit propriétaire du fonds exploité dans les lieux. De plus, le propriétaire du local n'a jamais été considéré comme propriétaire de la clientèle générée par son bien alors même que ses caractéristiques et notamment sa localisation peuvent expliquer, en grande partie, l'importance de celle-ci<sup>1767</sup>. De même, l'absence de propriété des éléments corporels n'a jamais fait obstacle à la propriété du fonds. Ainsi, le fait que les stocks soient acquis sous clause de réserve de propriété ou fassent l'objet d'un dépôt-vente et que le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage fassent l'objet d'un crédit-bail n'est pas un obstacle à la propriété d'un fonds de commerce par l'exploitant<sup>1768</sup>. L'arrêt *Trévisan* ne fait donc qu'appliquer ce raisonnement dissociant l'usage, la jouissance et la pleine propriété aux éléments incorporels du fonds de

---

<sup>1764</sup> *Supra* n° 129 s.

<sup>1765</sup> Rapp. : Soc. 06/06/2007 : n° 06-42951, « des limites apportées à l'autonomie de gestion » du franchisé sont « inhérentes à la convention de franchise ».

<sup>1766</sup> La Cour de cassation ne précise pas quelle est la consistance de cette clientèle nationale. Pour une partie de la doctrine, elle serait constituée par les franchisés (DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Préf. C. Jamin, BDP, t. 485, LGDJ, 2007, n° 674 – DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *op. cit.*, RTD com. 2003, p. 43 s. – AUQUE (F.), note ss Civ. 3 27/03/2002, JCP 2002.II.10112 – V. déjà : DERRUPPE (J.), *Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ?*, AJPI 1997, p. 1002 s. – V. également : GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *Droit de la franchise*, Litec, 2011, n° 54). Pour une autre partie de la doctrine, il s'agirait des clients locaux attirés par la marque du franchiseur (CHEVRIER (E.), note ss Civ. 3 27/03/2002, D. 2002, p. 1487). – V. également : RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, Préf. Y. Picod, avant-propos L. Vogel, Fondation Varenne, LGDJ, 2014, n° 237 s., concluant que le franchiseur serait cumulativement titulaire « d'un achalandage, c'est-à-dire d'une clientèle potentielle » et d'une « véritable clientèle [...] constituée des seuls franchisés » et que les franchisés auraient « pour clientèle l'ensemble des clients finals qui fréquentent son magasin » (n° 240).

<sup>1767</sup> DERRUPPE (J.), note ss Paris 04/10/2000, RTD com. 2001, p. 50 s., p. 51.

<sup>1768</sup> BOCCARA (B.), *Régime locatif des franchises et renouvellement des concepts sur le fonds de commerce : la fin d'une controverse*, ADJI 2002, p. 502 s.

commerce que sont la marque, l'enseigne ou le nom commercial mais aussi le bail puisque l'arrêt retient « *l'élément incorporel que constitue le bail* » comme faisant partie du fonds de commerce du franchisé<sup>1769</sup>.

**434. Conclusion.** Pour être reconnu propriétaire d'un fonds de commerce, il suffirait donc que le distributeur puisse mettre en œuvre, à ses risques et périls, les éléments qui conditionnent l'existence de la clientèle et l'attirent, même s'il n'est pas propriétaire de ces éléments qui sont seulement mis à sa disposition.

La seconde partie de l'attendu paraît cependant contredire cette conclusion.

### **b - La question de la nécessité d'une reconnaissance du droit de disposer des éléments constitutifs du fonds**

**435. Présentation.** Après avoir, dans la première partie de son attendu, détaché la propriété du fonds de commerce de la propriété de ses éléments constitutifs, la Cour de cassation indique dans la seconde partie que la cour d'appel a relevé « *à bon droit* » que « *le franchiseur reconnaissait aux [franchisés] le droit de disposer des éléments constitutifs de leurs fonds* ». Or, le droit de disposer renvoie directement à une prérogative du droit de propriété<sup>1770</sup> et particulièrement au droit de céder un bien<sup>1771</sup>.

**436. Condition apparemment nécessaire.** La Cour de cassation a placé cette seconde partie de l'attendu sur le même plan que la première en utilisant les locutions « *d'une part* » et « *d'autre part* ». Les deux parties apparaissent donc comme des conditions cumulatives.

**437. Condition incertaine.** La doctrine continue encore à s'interroger sur le sens et la portée de cette seconde partie. En effet, le groupe nominal « *leur fonds* » laisse entendre que les franchisés sont propriétaires d'un fonds, il est alors totalement superflu de préciser qu'ils ont le droit de disposer des éléments constitutifs de celui-ci. Le seul pronom possessif « *leur* » emporte reconnaissance du droit de propriété qui comporte celui d'user, jouir et disposer du bien. Pour ne pas être pléonastique, la phrase aurait dû être : *le franchiseur reconnaissait aux franchisés le droit de disposer des éléments constitutifs du fonds exploité en franchise ou du fonds exploité localement*. Cependant, le fait que le franchiseur ait jugé utile d'ajouter cette précision montre, sinon qu'il se considérait comme propriétaire du fonds exploité par le franchisé, au moins que la propriété de celui-ci n'était pas évidente.

Quoi qu'il en soit, ce qui interroge surtout est que la Cour de cassation aurait pu, soit se passer de cette seconde partie de l'attendu, soit se fonder exclusivement sur elle pour rendre sa décision.

**438. Condition suffisante.** En effet, par le contrat de franchise, le franchisé peut user de la marque et appliquer le savoir-faire du franchiseur pour créer et développer une clientèle locale. Seule une partie du chiffre d'affaires généré par cette exploitation étant reversée au franchiseur, ce dernier donne donc au franchisé le droit de jouir d'une clientèle locale. Si, de surcroît, le franchiseur indique que le franchisé est libre de disposer des éléments constitutifs de son fonds, il lui reconnaît en plus un droit de propriété sur la clientèle puisque celle-ci est l'élément constitutif essentiel du fonds<sup>1772</sup>.

Par conséquent, le franchisé est nécessairement propriétaire de la clientèle locale et du fonds, soit

---

<sup>1769</sup> Pour la critique de ce raisonnement : *infra* n° 445.

<sup>1770</sup> C. civ. art. 544, « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* »

<sup>1771</sup> Disposer, c'est « *accomplir un acte de disposition [...] ; en ce sens le propriétaire dispose de son immeuble lorsqu'il l'aliène (le vend, le donne, le lègue)* » (CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « disposer »).

<sup>1772</sup> *Supra* n° 390.

initialement, soit du fait de la reconnaissance de cette propriété par le franchiseur, qui opérerait alors cession de la clientèle locale. La Cour de cassation aurait ainsi pu faire l'économie du raisonnement contenu dans la première partie de l'attendu.

**439. Condition inutile.** La Cour de cassation aurait aussi pu se limiter à cette première partie pour reconnaître l'existence d'une clientèle locale et d'un fonds de commerce, propriété du franchisé. En effet, dans ce cas, préciser que le franchiseur reconnaissait cette propriété ne présente aucun intérêt. Par ailleurs, la première partie de l'attendu fonde la propriété de la clientèle sur la maîtrise des éléments attractifs constituant le fonds et non sur leur propriété, le fait de relever que le franchiseur reconnaissait au franchisé le droit de disposer des éléments constitutifs du fonds est donc au moins surabondant, sinon contradictoire.

Cependant, la Cour de cassation n'ayant pas utilisé la locution « *en plus* » mais « *d'autre part* », il faut considérer que cette seconde partie est réellement une condition nécessaire et il convient alors de l'interpréter dans un sens qui ne soit pas contradictoire avec la première partie.

**440. Condition visant la location-gérance.** Une partie de la doctrine a proposé de voir dans cette condition une réserve de la situation du locataire-gérant<sup>1773</sup>. En effet, ce commerçant « *exploite [un fonds] à ses risques et périls* »<sup>1774</sup>, a la maîtrise de ses éléments constitutifs et contracte à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers. Il se retrouve ainsi exactement dans la situation décrite dans la première partie de l'attendu alors qu'il n'est pourtant pas propriétaire du fonds qu'il a pris à bail ; il ne peut qu'en user et jouir mais pas en disposer. Par conséquent, la seconde condition qui exige que l'exploitant dispose de l'*abusus*<sup>1775</sup> permet de ne pas reconnaître à un locataire-gérant la propriété de la clientèle qu'il développe, à ses risques et périls, par son exploitation des éléments corporels et incorporels dont il a obtenu l'usage et la jouissance grâce à la convention de location-gérance.

Cependant, dans l'espèce de l'arrêt *Trévisan*, il n'existait aucune convention de location-gérance mais seulement un contrat de franchise qui, en principe, ne s'y assimile pas. Se pose alors la question de savoir pourquoi la Cour de cassation a relevé dans son attendu l'existence de cette clause expresse de libre disposition des éléments constitutifs du fonds. Faut-il en déduire qu'en l'absence d'une telle clause, le franchisé est considéré comme n'ayant pas le pouvoir de disposer du fonds ? Dans ce cas, puisque le premier attendu a rendu le franchisé propriétaire du fonds incluant la clientèle locale, il faudrait considérer que le contrat de franchise emporte cession de la clientèle locale au profit du franchiseur qui devrait la rétrocéder au franchisé pour qu'il puisse bénéficier d'un fonds de commerce.

**441. Condition renvoyant aux contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité.** Un auteur a encore vu dans cette condition une référence, non au pouvoir de disposer, mais à l'existence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité du commerçant<sup>1776</sup> afin de concilier l'arrêt *Trévisan* et les solutions jurisprudentielles postérieures<sup>1777</sup>.

Cette interprétation semble dénaturer totalement l'expression « *droit de disposer* » mais a le mérite de

---

<sup>1773</sup> Dans ce sens : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 13.131.

<sup>1774</sup> C. com. art. L. 144-1 – Sur la location-gérance : *supra* n° 268 s.

<sup>1775</sup> Rappr. : RIERA (A.), *op. cit.*, n° 238, soutenant que les critères posés par l'arrêt *Trévisan* sont : « *posséder la maîtrise juridique et l'abusus des éléments du fonds de commerce (la question de la propriété n'important en rien) et exploiter lesdits éléments en son nom et à ses risques et périls* ».

<sup>1776</sup> Dans ce sens : BÉTOUILLE (J.), *Immatriculation, commerces dépendants et statut des baux commerciaux*, AJDI 2006, p. 356 s., p. 360.

<sup>1777</sup> *Supra* n° 407 et *infra* n° 453 s.

poser la question de l'appréhension de la dépendance du distributeur par l'arrêt *Trévisan*.

### c - La prise en compte de la dépendance par l'arrêt *Trévisan*

**442. Présentation.** L'arrêt *Trévisan* paraît avoir évincé une question importante qui se serait posée si la jurisprudence antérieure avait été appliquée : celle de l'autonomie de gestion du franchisé, de la liberté d'exercice de son activité. En effet, la première partie de l'attendu semble lui reconnaître assez facilement la propriété d'un fonds de commerce en reléguant au second plan son degré de dépendance par rapport au franchiseur. Il se focalise sur l'exploitation du franchisé, à ses risques et périls, d'éléments mis à sa disposition mais ne définit ni le degré de liberté, ni le degré de risques et périls exigé pour considérer que l'activité est indépendante.

**443. Plan.** Or, les notions imprécises de « *mise à disposition* » (c.1) et de « *risques et périls* » (c.2) renvoient directement à ces questions.

#### c.1 - La notion de mise à disposition

**444. Notion incertaine.** La notion de « *mise à disposition* » ne fait pas partie du vocabulaire juridique classique et suscite ainsi des interrogations<sup>1778</sup>. En effet, la notion semble renvoyer à l'acte de disposition, prérogative juridique du propriétaire de détruire ou d'aliéner (l'*abusus*). Or, l'arrêt *Trévisan*, en visant une mise à disposition d'un signe distinctif, semble plutôt faire référence à des prérogatives d'usage et de jouissance d'un bien (*usus* et *fructus*). La notion de mise à disposition appliquée à un signe distinctif est mentionnée par la loi *Doubin*<sup>1779</sup> et analysée comme synonyme d'un droit d'usage ou de jouissance<sup>1780</sup>.

Une partie de la doctrine ayant commenté l'arrêt *Trévisan* a préféré faire référence à une « *maîtrise juridique* »<sup>1781</sup> des éléments du fonds à laquelle faisait déjà référence Monsieur Boccara en l'illustrant par la location et le dépôt-vente<sup>1782</sup>. Mais la notion de *maîtrise juridique* n'est pas plus précise que la notion de *mise à disposition*. Même entendue comme un droit d'usage et de jouissance, la notion reste floue. Ainsi, est-il envisageable de ne donner à l'exploitant qu'un droit d'usage du signe distinctif et aucun droit de jouissance ? Dans cette hypothèse, y a-t-il encore mise à disposition de ce signe et propriété de la clientèle locale ?

**445. Critique.** Plus précisément, qu'elle soit entendue comme un droit d'usage, de jouissance ou de maîtrise juridique, la mise à disposition d'éléments d'un fonds de commerce ne suppose-t-elle pas un certain degré de liberté et de stabilité lorsqu'il s'agit, *in fine*, de reconnaître la propriété du tout (du fonds) ? Or, dans le cadre d'un contrat de franchise par exemple, l'usage ou la jouissance des signes distinctifs du franchiseur sont à la fois encadrés et temporaires : ils ne sont concédés que pour le temps du contrat de franchise et s'accompagnent de contraintes, de normes et directives émises et contrôlées par le franchiseur pour

---

<sup>1778</sup> Sur la question : DECOOPMAN (N.), *La notion de mise à disposition*, RTD civ. 1981, p. 300 s.

<sup>1779</sup> La loi prévoit que l'obligation d'information précontractuelle s'applique à toute personne qui « *met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne* » (C. com. art. L. 330-3).

<sup>1780</sup> *Infra* n° 482.

<sup>1781</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, *op. cit.*, n° 699 s. – DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *op. cit.*, p. 43 s. – CHEVRIER (E.), note ss Civ. 3 27/03/2002, D. 2002, p. 1487 – KENFACK (H.), note ss Civ. 3 27/03/2002, D. 2002, p. 2400 s., n° 4.

<sup>1782</sup> BOCCARA (B.), *Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée*, GP 1994.II.1021, n° 42, « *il faut [...] souligner que pour tous les éléments d'un fonds de commerce, et plus spécialement pour "les éléments nécessaires et essentiels d'attraction" de la clientèle, ce qui importe, ce n'est pas une propriété mais une maîtrise* ».

préserver et faire évoluer le savoir-faire et l'image associés aux signes distinctifs<sup>1783</sup>.

Le caractère temporaire et conditionné de la maîtrise, de l'usage ou de la jouissance des éléments du fonds de commerce rend ainsi très critiquable la reconnaissance d'une propriété de cette clientèle attachée à leur exploitation et, *a fortiori*, du fonds<sup>1784</sup>.

**Cas du bail.** Cette ignorance du niveau de maîtrise et de stabilité des éléments du fonds du distributeur transparaît également dans l'affirmation de l'arrêt qu'entrerait dans la composition de ce fonds « *l'élément incorporel que constitue le bail* »<sup>1785</sup>. En effet, les contrats n'entrent pas, en principe, dans la composition du fonds de commerce à l'exception de ceux qui suivent les biens (le contrat d'assurance par exemple)<sup>1786</sup>. Ainsi, un bail non soumis au statut des baux commerciaux ne peut, en principe, entrer dans la composition d'un fonds puisque le locataire ne peut céder son droit d'usage et de jouissance du local sans l'accord du bailleur, il n'est titulaire que d'un simple droit personnel et non d'une propriété incorporelle. Seul le *droit au bail* peut constituer une telle propriété et entrer dans la composition d'un fonds de commerce puisqu'il représente un droit au maintien dans le local, cessible avec le fonds, qui résulte de l'application du statut des baux commerciaux<sup>1787</sup>. Même en considérant qu'il faut lire *droit au bail* à la place de *bail*, le raisonnement de l'arrêt reste très critiquable. En effet, à la question de savoir si le distributeur est propriétaire du fonds exploité dans les locaux, condition du bénéfice du statut des baux commerciaux, c'est-à-dire du *droit au bail*, l'arrêt répond que le distributeur étant propriétaire du *droit au bail*, il est propriétaire du fonds de commerce et peut donc bénéficier du statut des baux commerciaux. En d'autres termes, bénéficiant du statut des baux commerciaux, le distributeur est propriétaire d'un fonds de commerce et peut donc bénéficier du statut des baux commerciaux ! Le raisonnement est tautologique.

**446. Conclusion.** L'arrêt *Trévisan* a ainsi ignoré la dépendance du distributeur non seulement à l'égard du bailleur mais également à l'égard du fournisseur, du franchiseur en l'espèce. Cette dépendance pourrait cependant être réintroduite par le biais de la notion de mise à disposition. Les différentes contraintes portant sur l'exercice de l'activité, sur l'usage ou la jouissance d'éléments du fonds de commerce aussi essentiels que la marque, l'enseigne, le savoir-faire et le local pour attirer et retenir la clientèle, pourraient ainsi être analysées comme s'opposant à l'existence d'une réelle mise à disposition, faute de maîtrise suffisante et stable, s'opposant ainsi à ce que le franchisé soit reconnu propriétaire du fonds de commerce exploité. La précision dans l'arrêt que « *le franchiseur reconnaissait aux [franchisés] le droit de disposer des éléments constitutifs de leurs fonds* » prendrait alors tout son sens et ferait de l'arrêt *Trévisan* un simple arrêt d'espèce où la reconnaissance d'un droit de disposition sur les éléments de l'exploitation par le franchiseur permettait, exceptionnellement, de reconnaître la propriété du fonds au franchisé.

La question de la dépendance, éludée par l'absence de référence à l'autonomie de gestion, pourrait également réapparaître avec la notion d'activité exercée aux risques et périls de l'exploitant.

---

<sup>1783</sup> *Supra* n° 130 s.

<sup>1784</sup> Sur la dépendance de la clientèle aux éléments du fonds, aux supports de clientèle : COLLOMB (P.), *La clientèle du fonds de commerce*, RTD com. 1979, p. 15 s., n° 23 s.

<sup>1785</sup> *Supra* n° 429.

<sup>1786</sup> Sur la question, voir notamment : DERRUPÉ (J.), *Fonds de commerce*, Rép. com. Dalloz, 1998, maj. 2015, n° 45 s.

<sup>1787</sup> *Supra* n° 392.



## c.2 - La notion d'activité exercée aux risques et périls de l'exploitant

**447. Présentation.** Pour rattacher la propriété de la clientèle locale au franchisé, l'arrêt *Trévisan* constate qu' « *elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls* ».

**448. Raisonnement de l'arrêt *Nicogi*.** Une partie de la doctrine<sup>1788</sup> a vu dans cette précision une reprise du raisonnement tenu par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Nicogi*<sup>1789</sup>. Les juges y avaient redéfini le fonds de commerce comme « *un ensemble d'éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou la prestation offerte en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise, c'est-à-dire celui de la perte des investissements qu'il a faits pour l'acquérir, le maintenir et le développer* ». Cette nouvelle définition avait permis à la cour d'appel d'attribuer la propriété du fonds, non en fonction de celle des éléments attractifs de clientèle mais des risques encourus. La cour d'appel s'était ainsi livrée à une analyse des risques et avait constaté que l'insuccès partiel ou total de la franchise « *frappe directement le franchisé au point le cas échéant de mettre en péril l'existence de son fonds* » alors qu'il n'atteint le franchiseur que « *de manière différée et, de manière limitée dans le temps, s'il en est avisé [...] sauf [...] dépôt du bilan du franchisé dont celui-ci est quand même la première victime* ». Les juges y avaient vu la preuve que la clientèle attachée au fonds était celle du franchisé.

Ce raisonnement comportait cependant des faiblesses. En particulier, la cour d'appel a minimisé l'impact de l'insuccès d'une exploitation franchisée sur le franchiseur. En effet, la perte de clientèle d'une exploitation franchisée entraîne immédiatement une baisse de la redevance revenant au franchiseur, celle-ci étant généralement proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé par le franchisé et la cour concède elle-même qu'en cas de dépôt de bilan du franchisé, le franchiseur est atteint. Par ailleurs, elle passe sous silence les investissements du franchiseur dans le développement de son savoir-faire et de la notoriété de sa marque ou enseigne qui sont également à l'origine de la clientèle locale. Si le raisonnement était véritablement appliqué, il conviendrait de reconnaître une copropriété du fonds de commerce exploité par le franchisé<sup>1790</sup>.

**449. Raisonnement de l'arrêt *Trévisan*.** L'arrêt *Trévisan* n'a pas repris exactement ce raisonnement fondé exclusivement sur une analyse – partielle – des risques. Pour rattacher la clientèle locale au franchisé, il a seulement constaté qu' « *elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls* ». L'exploitation à ses risques et périls n'apparaît donc pas comme une preuve de la propriété de la clientèle locale et du fonds au franchisé mais plutôt comme une condition de cette propriété. En d'autres termes, pour être propriétaire de la clientèle qu'il crée par son activité, le franchisé doit mettre en œuvre ses moyens d'exploitation à ses risques et périls.

**450. Incertitudes.** La notion est cependant particulièrement imprécise et incertaine. En effet, si la cour d'appel de Paris avait eu le mérite de préciser le risque en énonçant qu'il s'agissait de la perte des

---

<sup>1788</sup> Dans ce sens notamment : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire...*, op. cit., n° 673 s. – SAINTTOURENS (B.), note ss Civ. 3 27/03/2002, RTD civ. 2002, p. 457 s.

<sup>1789</sup> Paris 04/10/2000, *Nicogi* : JurisData n° 2000-133387 ; D. 2001, 301, D. Ferrier, 380, A.-L. Monéger-Dupuis et 1718, H. Kenfack ; RTD com. 2001, 50, J. Derruppé ; JCP 2001.II.10467, B. Boccara ; CDE 4/2001, 26, n° 4, J.-L. Respaud.

<sup>1790</sup> Rapp. : CHAMPAUD (C.), *La concession commerciale*, RTD com. 1963, p. 451 s., n° 33.

investissements faits pour acquérir, maintenir et développer le fonds de commerce, l'arrêt *Trévisan* ne mentionne aucun risque particulier. Il semble simplement ressortir des termes de l'arrêt que cette condition est remplie si le franchisé contracte « *à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers* ».

En entendant la notion de fournisseurs au sens comptable du terme afin d'englober à la fois les fournisseurs d'immobilisations (local, matériel, outillage, aménagements, etc.) et les fournisseurs d'actifs circulants (stocks de marchandises), l'exigence paraît rejoindre celle énoncée par la cour d'appel de Paris : les risques sont ceux liés aux investissements du franchisé dans des moyens d'exploitation permettant de créer la clientèle locale, investissements qu'il a réalisés en concluant en son nom des contrats avec les fournisseurs et les établissements de crédit.

Il est cependant étonnant que les risques liés à la vente des produits ou à la prestation des services ne soient pas visés par l'arrêt alors qu'ils sont généralement considérés comme propres à une activité de distribution par revente et comme révélant le fait que l'exploitant accomplit les actes de commerce en son nom et pour son propre compte<sup>1791</sup>. En ne précisant pas que la propriété de la clientèle suppose de contracter personnellement avec les clients, l'arrêt semble ouvrir la possibilité aux mandataires et notamment aux agents commerciaux d'être reconnus titulaires d'une clientèle propre et par suite, d'un fonds de commerce. En effet, même si le mandataire professionnel conclut les contrats au nom et pour le compte du mandant, la clientèle locale n'en est pas moins *créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls* puisqu'il est généralement considéré comme un indépendant ayant sa propre entreprise et courant les risques associés<sup>1792</sup>.

Les risques pris en compte et le degré requis n'étant pas précisés, l'attribution de la propriété du fonds de commerce devient très incertaine. Le mandataire qui ne court pas les risques liés aux contrats est-il titulaire d'une clientèle ? Le mandataire qui s'est porté du croire et qui court donc une partie des risques liés aux contrats est-il plus susceptible d'être titulaire d'une clientèle ? Un revendeur dont le fournisseur a limité les risques en prévoyant, par exemple, une reprise des stocks invendus peut-il toujours être reconnu titulaire d'une clientèle ? Qu'en est-il du commissionnaire-affilié qui contracte personnellement avec les clients mais ne supporte pas de risque d'invendu, faute d'être propriétaire de la marchandise ? En droit des pratiques anticoncurrentielles, la réponse serait certainement négative, le risque d'invendu étant considéré comme essentiel pour qu'un distributeur soit considéré comme une entreprise distincte de celle de son fournisseur sur le marché de ses produits ou services<sup>1793</sup>.

**451. Conclusion.** Le raisonnement de l'arrêt *Trévisan* comporte ainsi des faiblesses et incertitudes importantes qui auraient pu être corrigées par la jurisprudence postérieure, mais celle-ci révèle, au contraire, un retour aux solutions antérieures restreignant considérablement la portée de l'arrêt.

---

<sup>1791</sup> *Supra* n° 335 et 349.

<sup>1792</sup> *Supra* n° 155 s.

<sup>1793</sup> *Supra* n° 335 et 349. – Comp. : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *op. cit.*, n° 13.181 s. soutenant que le risque d'entreprise est limité mais non évincé si bien que le commissionnaire-affilié devrait pouvoir bénéficier d'un fonds de commerce (n° 13.193 s.).

## B – La portée limitée de l'arrêt *Trévisan*

**452. Portée envisagée par la doctrine.** Une partie de la doctrine pensait que l'arrêt *Trévisan* conduirait à reconnaître la propriété d'un fonds de commerce et, par suite, le bénéfice du statut des baux commerciaux, à tout commerçant non locataire-gérant qui, par son activité personnelle et mettant en œuvre des éléments corporels et incorporels dont il a la maîtrise juridique, crée ou développe une clientèle. Elle prédisait ainsi l'abandon de la jurisprudence antérieure exigeant une clientèle propre et une autonomie de gestion<sup>1794</sup>.

**453. Maintien des conditions de clientèle propre et d'autonomie de gestion.** La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Trévisan* a cependant maintenu ces conditions<sup>1795</sup>. Seul un assouplissement a été opéré en 2003 avec l'abandon de l'exigence de prépondérance de la clientèle propre<sup>1796</sup>.

L'arrêt concernait un commerce de vente de casse-croûtes et boissons installé en altitude et dépendant ainsi de l'existence de remontées mécaniques. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir constaté l'existence d'une clientèle personnelle en relevant que des clients distincts de ceux des remontées mécaniques fréquentaient l'établissement. Or, l'application des principes dégagés par l'arrêt *Trévisan* aurait dû conduire à reconnaître l'existence d'une clientèle appartenant à l'exploitant du commerce de casse-croûtes et boissons même en l'absence de clientèle distincte de celle des remontées mécaniques. En effet, sans l'activité exercée aux risques et périls de l'exploitant qui met en œuvre des moyens dont il a la maîtrise (lieux loués, stocks, etc.), aucune clientèle pour ces produits n'existerait mais seulement une clientèle pour les remontées mécaniques. La Cour de cassation n'a donc pas appliqué le raisonnement de l'arrêt *Trévisan*.

De même, dans un arrêt de 2009, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir relevé que « *seule la renommée du site apportait une clientèle conséquente* » à une boutique de souvenirs installée à proximité d'une grotte touristique et « *ainsi fait ressortir, [...] que [l'exploitant] qui n'avait pas de clientèle propre et indépendante de celle de la grotte, ne démontrait pas être le véritable propriétaire du fonds de commerce revendiqué* »<sup>1797</sup>.

Ces arrêts ne concernant pas des distributeurs intégrés à un réseau, il était possible de penser que la Cour de cassation entendait n'appliquer le raisonnement de l'arrêt *Trévisan* qu'à ces derniers, tout en conservant sa jurisprudence antérieure pour les autres. Mais des arrêts postérieurs tendent à démontrer le contraire.

**454. Maintien de l'attribution de la clientèle au propriétaire des signes distinctifs.** Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt en 2007, publié au Bulletin, un concessionnaire *Peugeot*, dont la concession avait été résiliée, avait cédé au nouveau concessionnaire « *des locaux d'exploitation, du matériel et des stocks nécessaires à la poursuite de l'activité de vente, de réparation et d'entretien de véhicules automobiles* ». L'administration fiscale avait analysé cette opération en une cession de fonds de commerce. La cour d'appel avait confirmé cette analyse en jugeant que l'ancien concessionnaire « *était propriétaire d'une clientèle propre, distincte de celle de la marque qu'elle diffusait* ». La Cour de cassation a cependant cassé l'arrêt au motif « *qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser la constitution par [...] [l'ancien concessionnaire] d'une clientèle propre qu'elle aurait cédée [...] [au nouveau concessionnaire], la cour*

---

<sup>1794</sup> Dans ce sens : AUQUE (F.), note ss Civ. 3 27/03/2002, JCP 2002.II.10112.

<sup>1795</sup> Civ. 3 01/10/2003 : *op. cit.* – Civ. 3 19/01/2005 : *op. cit.* – Civ. 3 05/09/2012 : *op. cit.*

<sup>1796</sup> Civ. 3 19/03/2003 : *op. cit.*

<sup>1797</sup> Com. 07/04/2009 : n° 08-10996.

d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »<sup>1798</sup>.

Dans une autre affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation en 2008, la société *Peugeot* s'était attribuée en copie, grâce au système informatique qu'elle avait mis en place, le fichier clients de son ancien concessionnaire et l'avait utilisé. L'ancien concessionnaire avait donc agi en concurrence déloyale reprochant à son ancien concédant une appropriation frauduleuse et une utilisation fautive de son fichier clients. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté l'action en relevant que « *la clientèle constituée par le concessionnaire pour l'exploitation la marque Peugeot est attaché à cette marque* »<sup>1799</sup>.

L'application du raisonnement de l'arrêt *Trévisan* aurait dû conduire à reconnaître au concessionnaire la propriété de la clientèle locale qui n'existe que par son activité exercée à ses risques et périls et donc, dans la première affaire, à conclure à une cession de fonds et, dans la seconde, à une appropriation de la clientèle d'autrui. La portée de l'arrêt *Trévisan* sur les distributeurs en réseau paraît donc réduite<sup>1800</sup>.

Par ailleurs, la Cour de cassation a admis « *qu'un fonds de commerce pouvait être exploité dans plusieurs locaux différents, que l'existence d'une clientèle plus spécialement attachée à chaque agence locale ne faisait pas obstacle à la reconnaissance d'un fonds de commerce général lié au nom commercial de la société [...], que le fait que la clientèle diffère selon les agences n'impliquait pas que celle-ci soit une clientèle propre déterminant autant de fonds de commerce différents* »<sup>1801</sup>.

Le raisonnement de l'arrêt *Trévisan* n'a pas non plus été appliqué aux intermédiaires professionnels pour leur reconnaître la titularité d'une clientèle. Ainsi, en 2008, la Cour de cassation a jugé qu'une cour d'appel ayant « *retenu que [l'exploitant] fournissait aux usagers du refuge des prestations de nourriture et de repas dans le cadre d'une obligation de faire subordonnée à un mandat de gestion, [...] en a déduit exactement qu'il ne pouvait exister de ce fait une clientèle indépendante attachée à un fonds de commerce qu'il aurait créé* »<sup>1802</sup> et 2010, elle a jugé que « *l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre* »<sup>1803</sup>.

**455. Portée remise en cause par le rapport annuel de la Cour de cassation.** Par ailleurs, dans son rapport annuel 2005, la Cour de cassation présente l'arrêt *Trévisan* de la façon suivante :

La Cour de cassation « *a admis que les franchisés peuvent avoir une clientèle propre leur permettant de bénéficier du statut des baux commerciaux en écartant la démarche consistant à déterminer, au*

<sup>1798</sup> Com. 12/06/2007 : n° 06-14872 ; B. n° 160 ; D. 2007, 1791, X. Delpech.

<sup>1799</sup> Com. 06/05/2008 : n° 06-11968 et 06-12178 ; JCP E 2009, 1479, n° 5, J.-L. Respaud ; PA 09/07/2009, 27, D. Guével – Rapp. : Chambéry 2/10/2007 : JurisData n° 2007-353925 ; CCC 2008, 98, M. Malaurie-Vignal, « *la clientèle du magasin titulaire de la carte de fidélité INTERMARCHÉ est une clientèle attachée à l'enseigne INTERMARCHÉ et que la Direction d'Enseigne INTERMARCHÉ, ne commet aucun détournement de clientèle en utilisant les fichiers des titulaires de cartes de fidélités* » – Sur ces arrêts, voir également : RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *Fonds de commerce*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 13-163. – Une partie de la doctrine estime cependant qu'il conviendrait de distinguer le fichier-clients et la clientèle, sur la question : RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, Préf. Y. Picod, avant-propos L. Vogel, Fondation Varenne, LGDJ, 2014, n° 458 s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 743.

<sup>1800</sup> V. également : Paris 16/09/2009 : n° 08/23780 (pourvoi rejeté par Com. 23/10/2012 : n° 11-21978 ; B. n° 192 ; D. 2012, 2862, N. Dissaux ; D. 2013, 732, D. Ferrier ; RTD civ. 2013, 11, B. Fages ; CCC 2013, 6, N. Mathey ; JCP E 2013, 1068, D. Sassolas et 1200, D. Mainguy) jugeant qu'un franchisé SFR distribuant des abonnements téléphoniques, des téléphones et des accessoires, « *ne saurait [...] utilement se prévaloir d'un quelconque droit privatif sur cette clientèle d'abonnés SFR dès lors que celle-ci est exclusivement attachée aux prestations offertes par l'intimée, telles que les offres de service, les promotions ou la couverture géographique du réseau, fruits des investissements réalisés par l'intéressée, étant observé que les souscripteurs d'abonnements auprès de cette dernière n'ont eux-même aucun lien juridique avec la société ETE même si le contrat lui-même a été conclu dans les locaux de celle-ci et par son intermédiaire ; que, par suite, aucune perte ou détournement de clientèle ne saurait être utilement invoqué à ce titre* ». – Analysant cet arrêt comme remettant en cause l'arrêt *Trévisan* : RIERA (A.), *op. cit.*, n° 372.

<sup>1801</sup> Civ. 3 7 juill. 2009 : n° 08-17304.

<sup>1802</sup> Civ. 3 09/07/2008 : n° 07-15534 ; B. n° 122.

<sup>1803</sup> Com. 29/06/2010, *Chattavak* 2 : n° 09-66773 ; B. n° 114 ; JCP E 2010, 876, C. Grimaldi et 1694, N. Dissaux ; D. 2010, 1703, E. Chevrier. – Sur cet arrêt : *infra* n° 458.

*cas par cas, qui, du franchiseur ou du franchisé, a eu un rôle prépondérant dans la création et le développement de la clientèle.*

*Et dans le droit fil de cette jurisprudence, elle a, dans un arrêt du 19 mars 2003, approuvé une cour d'appel ayant reconnu le bénéfice de la propriété commerciale d'un exploitant d'un restaurant d'altitude dépendant largement du fonctionnement des remontées mécaniques en raison de l'existence, souverainement constatée, d'une clientèle propre constituée de personnes n'empruntant pas ces remontées, en dispensant explicitement les juges du fond de toute recherche supplémentaire sur la prépondérance de cette clientèle, comme elle l'exigeait auparavant »<sup>1804</sup>.*

Il apparaît ainsi qu'alors que la jurisprudence *Trévisan* est généralement analysée par la doctrine comme reconnaissant largement la propriété d'un fonds de commerce aux franchisés et concessionnaires<sup>1805</sup>, le rapport annuel de la Cour de cassation indique seulement que « les franchisés **peuvent** avoir une clientèle propre » et invite à limiter la portée de l'arrêt à l'abandon de l'exigence de prépondérance du rôle du franchisé dans la création et le développement de la clientèle.

**456. Conclusion sur la portée.** La conception renouvelée du fonds de commerce approuvée par l'arrêt *Trévisan* ne paraît donc pas avoir la portée que la doctrine lui donne généralement<sup>1806</sup>.

Par conséquent, pour qu'un distributeur soit propriétaire d'un fonds de commerce, il semble nécessaire qu'existe, d'une part, une clientèle propre, distincte de celle de la marque, de l'enseigne ou du nom commercial du fournisseur et, d'autre part, une autonomie de gestion caractérisée par l'absence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité.

Cette portée de l'arrêt *Trévisan* limitée à l'abandon de la condition de prépondérance de la clientèle propre n'a vraisemblablement pas été perçue par les praticiens puisque le contentieux de contestation du bénéfice du statut des baux commerciaux pour défaut de propriété du fonds de commerce des franchisés et concessionnaires s'est tari. Il a pourtant toutes les raisons de réapparaître et pourrait alors conduire à des incohérences dans la qualification de la dépendance.

**457. Incohérences.** Grâce à l'abandon de la condition de prépondérance de la clientèle propre, il suffira que l'emplacement du local (le droit au bail) attire une clientèle indépendamment des autres éléments d'exploitation pour remplir la condition de clientèle propre.

Il existe, en revanche, une très grande incertitude sur la condition d'absence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité. En effet, les distributeurs peuvent être soumis à de nombreuses contraintes dont certaines ont déjà été prises en compte pour exclure l'existence d'une autonomie de gestion<sup>1807</sup>. Ce raisonnement pourrait alors conduire aux situations insatisfaisantes précédemment mises en évidence où un exploitant pourrait être considéré comme trop dépendant pour être propriétaire d'un fonds de commerce mais pas assez pour relever du droit du travail ou d'un statut spécial du droit économique régissant les

---

<sup>1804</sup> R. Cass. 2005, p. 295.

<sup>1805</sup> V. par ex. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 743.

<sup>1806</sup> Dans ce sens : AMEDEC-MANESME (G.), *La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé et de l'impact de l'appartenance à un réseau en cas de cession de ce fonds de commerce*, JCP E 2010, 1110, n° 21 s. la solution de l'arrêt *Trévisan* est « marginalisée » (n° 25) et contestée (n° 30) – Pour une application néanmoins à un contrat de concession en 2006 : Paris 01/03/2006 : RLDA 13/07, 93, F.-X. Licari.

<sup>1807</sup> Comp. *supra* n° 130 s. et 405 s.

personnes non propriétaires d'un fonds (agent commercial, locataire-gérant ou gérant-mandataire)<sup>1808</sup>.

**458. Exemple de la commission-affiliation.** L'affaire *Chattawak* illustre ce risque. En effet, la Cour de cassation a censuré, à deux reprises<sup>1809</sup>, la cour d'appel de Paris<sup>1810</sup> qui avait requalifié une convention de commission-affiliation en agence commerciale tout en constatant que le distributeur était un commerçant propriétaire d'un fonds de commerce.

Dans son dernier arrêt<sup>1811</sup>, la Cour de cassation adresse trois critiques au raisonnement de la cour d'appel.

Elle juge d'abord que « *l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre* » et censure donc les juges du fond d'avoir retenu cette qualification tout en relevant qu'« *une clientèle, à l'évidence détachable de la marque Chattawak, était attachée* » au distributeur.

Elle juge ensuite que « *la circonstance que [...] [le distributeur] ait été titulaire du bail commercial était un élément essentiel pour déterminer si [celui-ci] avait la qualité de commerçant qu'un agent commercial ne peut posséder* » et invite donc la cour d'appel à se prononcer sur la possibilité pour le distributeur considéré d'avoir une clientèle propre.

Elle juge enfin qu'il convient de rechercher « *laquelle des deux sociétés [le fournisseur et le distributeur] avait la qualité juridique de vendeur* ».

Si finalement, la qualité juridique de vendeur était reconnue au commissionnaire-affilié (qui, en tant que commissionnaire, contracte en son nom propre auprès de la clientèle<sup>1812</sup>), il ne pourrait bénéficier du statut de l'agence commerciale.

Par ailleurs, parmi les facteurs de dépendance relevés par la cour d'appel<sup>1813</sup> un certain nombre ont déjà conduit la jurisprudence à exclure l'autonomie de gestion : la fixation de la politique tarifaire par le commettant<sup>1814</sup>, l'absence de propriété<sup>1815</sup> et de gestion des stocks<sup>1816</sup>, la fourniture du matériel de vente<sup>1817</sup>, le droit de regard sur le chiffre d'affaires<sup>1818</sup>. A ceux-ci s'ajoute sans doute l'organisation de la publicité par le commettant<sup>1819</sup> puisqu'il s'agit d'une clause classique dans les contrats de commission-affiliation. Ainsi, il ne serait pas impossible que soient relevées des contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité, une absence d'autonomie de gestion.

Le commissionnaire-affilié serait alors qualifié de commerçant mais privé de fonds de commerce<sup>1820</sup> et

---

<sup>1808</sup> *Supra* n° 418 s.

<sup>1809</sup> Com. 26/02/2008, *Chattawak* : n° 06-20772 ; CCC 2008, 95, N. Mathey ; JCP 2008.II.10094, D. Mainguy et J.-L. Respaud ; JCP E 2008, 1710, N. Dissaux ; D. 2008, 2907, D. Ferrier ; PA 09/07/2008, 5, O. Tiquant – Com. 29/06/2010 *Chattawak 2* : n° 09-66773 ; B. n° 114 ; JCP E 2010, 876, C. Grimaldi et 1694, N. Dissaux ; D. 2010, 1703, E. Chevrier.

<sup>1810</sup> Paris 13/09/2006, *Chattawak* : JurisData n° 2006-312382 ; D. 2007, 1914, D. Ferrier ; CDE 3/2007, 47, M.-P. Bonnet-Desplan – Paris 09/04/2009, *Chattawak 2* : JurisData n° 2009-378726 ; JCP E 2009, 1842, N. Dissaux ; D. 2009, 1942, D. Ferrier ; RTD com. 2009, 683, B. Saintourens ; CCC 2009, 264, N. Mathey ; RJC 2009, 272, S. Lebreton-Derrien.

<sup>1811</sup> Com. 29/06/2010, *Chattawak 2* : *op. cit.*

<sup>1812</sup> C. com. art. L. 131-1, « *le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ».

<sup>1813</sup> Paris 13/09/2006 : *op. cit.*

<sup>1814</sup> Civ. 3 05/02/2003 : *op. cit.* – Civ. 3 05/09/2012 : *op. cit.*

<sup>1815</sup> Civ. 3 01/10/2003 : *op. cit.*

<sup>1816</sup> Civ. 3 05/02/2003 : *op. cit.*

<sup>1817</sup> Civ. 3 01/10/2003 : *op. cit.*

<sup>1818</sup> Civ. 3 05/04/1995 : n° 93-14864 ; B. n° 93.

<sup>1819</sup> Civ. 3 05/02/2003 : *op. cit.* – Civ. 3 01/10/2003 : n° 02-11239 ; B. n° 167.

<sup>1820</sup> *Contra* : Paris 3/11/2011 : n° 09/21634 (consultable sur LexisNexis.com), « *la société Julie, qui a la qualité de commerçant et exploite un fonds de commerce comprenant une clientèle propre, ne peut pas être l'agent commercial de la société Valege Distribution et est un commissionnaire au sens de l'article L. 132-1 du code de commerce, comme le confirme l'article I du contrat d'affiliation qui prévoit, en son alinéa 1 que 'le commettant confie au commissionnaire, qui*

n'entrerait pas nécessairement dans le champ des statuts de l'agence commerciale, de la location-gérance ou encore de la gérance-mandat. Il n'est pas non plus évident qu'il entre dans le champ du droit du travail, que ce soit par la voie du contrat de travail de droit commun<sup>1821</sup> ou du statut des gérants de succursales<sup>1822</sup>.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**459. Prise en compte de la dépendance.** Le contentieux du bénéfice du statut des baux commerciaux révèle une prise en compte de la dépendance des exploitants à partir des notions de *clientèle propre* et de *contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité* (anciennement *autonomie de gestion*). En l'absence de clientèle propre ou en présence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité, une personne ne peut être propriétaire d'un fonds de commerce et, par suite, revendiquer la protection du statut des baux commerciaux<sup>1823</sup>.

**460. Application aux distributeurs.** L'application de la condition de clientèle propre a conduit à dénier la propriété d'un fonds de commerce aux distributeurs utilisant la marque ou l'enseigne de leur fournisseur – notamment les concessionnaires et franchisés –, car la clientèle attirée par ces éléments a été jugée prépondérante par rapport à celle attirée par les autres éléments de l'exploitation<sup>1824</sup>.

Par un arrêt *Trévisan* rendu en 2002, la Cour de cassation, saisie du cas d'un franchisé, a semblé abandonner ces conditions au profit d'un raisonnement attribuant la propriété de la clientèle locale et du fonds de commerce correspondant, non au propriétaire de la marque ou de l'enseigne (le franchiseur), mais au franchisé au motif que la clientèle locale n'est créée que par des moyens propres (le droit au bail) ou des moyens mis à sa disposition (marque, enseigne), qu'il met en œuvre à ses risques et périls<sup>1825</sup>.

Ce raisonnement comportait des incertitudes importantes liées, d'une part, aux notions incertaines de mise à disposition et d'activité aux risques et périls<sup>1826</sup> et, d'autre part, au fait que la Cour de cassation se fondait également, en l'espèce, sur la reconnaissance au franchisé, par son franchiseur, du droit de disposer des éléments constitutifs du fonds<sup>1827</sup>.

Une grande partie de la doctrine et des praticiens a néanmoins analysé l'arrêt comme une reconnaissance générale du fonds de commerce des franchisés et concessionnaires, les conditions de clientèle propre et d'autonomie de gestion étant abandonnées, au moins pour ces distributeurs. Le contentieux s'est donc tari.

Cependant, la jurisprudence postérieure tend à démontrer qu'il faudrait seulement retenir de l'arrêt un abandon de l'exigence d'une prépondérance de la clientèle propre de l'exploitant<sup>1828</sup>. Les distributeurs dépendants seraient donc, en réalité, seulement propriétaires de la clientèle attachée à leur emplacement et la propriété d'un fonds pourrait leur être déniée si les contraintes liées à leur contrat de distribution sont jugées incompatibles avec le libre exercice de leur activité, c'est-à-dire en l'absence d'*autonomie de gestion*.

---

accepte, le soin de vendre en son nom propre, mais pour le compte du commettant, les produits 'Valege', et en alinéa 2 que 'le concessionnaire, commerçant indépendant, s'engage à agir sous sa propre dénomination sociale pour le compte du commettant' ».

<sup>1821</sup> *Supra* n° 172 s.

<sup>1822</sup> *Supra* n° 245 – Sur cette question : FERRIER (D.), note ss Com. 26/02/2008, D. 2008, p. 2907 s.

<sup>1823</sup> *Supra* n° 393 s. et 396 s.

<sup>1824</sup> *Supra* n° 426 s.

<sup>1825</sup> *Supra* n° 429 s.

<sup>1826</sup> *Supra* n° 444 s. et 447 s.

<sup>1827</sup> *Supra* n° 435 s.

<sup>1828</sup> *Supra* n° 452 s.

**461. Incertitudes.** Or, la jurisprudence, plutôt rare, sur l'*autonomie de gestion* et les *contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité* laisse apparaître une appréciation *in concreto* à partir d'indices multiples rendant très difficile toute prévisibilité des solutions<sup>1829</sup>. Néanmoins, les indices déjà pris en compte par la jurisprudence font penser que des contraintes assez classiques imposées à de nombreux distributeurs – particulièrement aux franchisés, concessionnaires et commissionnaires-affiliés – seraient susceptibles de faire obstacle à leur propriété d'un fonds de commerce<sup>1830</sup>.

Une telle solution serait plus cohérente que celle de l'arrêt *Trévisan* puisqu'il apparaît artificiel et critiquable d'attribuer au distributeur un droit de propriété sur une clientèle qu'il ne peut transmettre librement car elle est principalement liée à des éléments d'exploitation dont il n'a qu'un usage et une jouissance limitée à la fois temporellement (à la durée du contrat de distribution) et matériellement (par le respect des directives du propriétaire des éléments). Elle ferait cependant réapparaître les incertitudes liées aux notions d'*autonomie de gestion* ou de *contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité*.

**462. Incohérences.** Cette solution ferait aussi apparaître une incohérence liée au fait que la dépendance faisant obstacle à la propriété d'un fonds de commerce ne correspond pas nécessairement à celle prise en compte par le droit du travail et par les statuts spéciaux du droit économique régissant les personnes créant, développant ou maintenant la clientèle d'autrui (agent commercial, gérant-mandataire, locataire-gérant)<sup>1831</sup>.

Enfin, réapparaîtrait la situation absurde dans laquelle une unité de distribution non succursaliste, qui constitue indéniablement un fonds de commerce, ne peut être protégée par le statut des baux commerciaux car le distributeur n'est pas propriétaire du fonds et le fournisseur n'est pas partie au bail.

---

<sup>1829</sup> *Supra* n° 410.

<sup>1830</sup> *Supra* n° 457 s.

<sup>1831</sup> *Supra* n° 457, 413 s. et 418 s.



## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**463. Qualification éclatée.** L'étude du droit économique montre que s'il n'ignore pas la dépendance des distributeurs, il ne l'appréhende pas de façon unitaire. Un distributeur peut donc potentiellement être indépendant pour le droit des ententes anticoncurrentielles, être dans état de dépendance économique pour le droit des pratiques restrictives de concurrence mais pas pour le droit des abus de domination tout en étant trop dépendant pour avoir la propriété d'un fonds de commerce.

Cette situation n'est pas nécessairement critiquable car il n'est pas illogique que les acceptions de la dépendance puissent varier en fonction de l'objet des règles considérées.

**464. Qualifications incertaines, incohérentes ou restrictives.** Cependant, il est apparu que certaines de ces qualifications étaient très incertaines, notamment dans les pratiques restrictives de concurrence<sup>1832</sup> et dans l'attribution de la propriété d'un fonds de commerce<sup>1833</sup>.

Certaines de ces qualifications conduisent également à des incohérences, notamment dans le droit des ententes anticoncurrentielles<sup>1834</sup> et dans l'attribution de la propriété d'un fonds de commerce<sup>1835</sup>.

Par ailleurs, certaines qualifications sont interprétées de façon restrictive par la jurisprudence, en particulier dans le droit des concentrations<sup>1836</sup> et celui des abus de domination<sup>1837</sup>.

**465. Infirmerie de l'hypothèse.** Finalement, il est apparu que des situations de dépendance que peuvent connaître certains distributeurs et qui ne sont pas appréhendées par le droit du travail – en particulier celles des franchisés et concessionnaires qui organisent et gèrent leur exploitation conformément aux normes et directives du fournisseur et sous son contrôle<sup>1838</sup> – n'étaient susceptibles d'être appréhendées par les qualifications de la dépendance retenues en droit de la concurrence ou en droit des procédures collectives que dans des cas très particuliers ou extrêmes<sup>1839</sup> et qu'elles avaient été artificiellement ignorées par l'arrêt *Trévisan* pour leur attribuer, de façon critiquable, la propriété d'un fonds de commerce<sup>1840</sup>.

L'hypothèse que la dépendance des distributeurs non appréhendée par le droit du travail serait appréhendée par le droit économique et corrélée à une nature ou à un degré particulier de dépendance à l'égard d'un fournisseur est donc infirmée.

---

<sup>1832</sup> *Supra* n° 479 s.

<sup>1833</sup> *Supra* n° 409 s. et 442 s.

<sup>1834</sup> *Supra* n° 328 s..

<sup>1835</sup> *Supra* n° 413 s., 418 s. et 457.

<sup>1836</sup> *Supra* n° 325.

<sup>1837</sup> *Supra* n° 353 s. et 356 s..

<sup>1838</sup> *Supra* n° 126 s.

<sup>1839</sup> *Supra* n° 322 et 367.

<sup>1840</sup> Rapp. : DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, constant l'« absence de régime de la dépendance économique née d'un contrat d'intégration » (n° 161 s.) en raison notamment du « caractère artificiel de l'indépendance juridique de l'entrepreneur économiquement dépendant » (n° 192 s.).

## CONCLUSION DU TITRE 1

**466. Distinctions incertaines et incohérentes.** Finalement, l'étude du droit du travail a révélé que la qualification de la dépendance était éclatée en raison de l'existence de statuts spéciaux.

L'analyse des critères du contrat de travail de droit commun et des champs d'application des statuts spéciaux du droit du travail (voyageurs, représentants et placiers, gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire) et du droit économique (agence commerciale, agents généraux d'assurance, gérants-mandataires) a mis en évidence que la soumission au droit du travail ou aux différents statuts spéciaux n'était pas corrélée à une nature ou à un degré de dépendance du distributeur à l'égard du fournisseur mais liée à des distinctions incertaines et incohérentes au point que la question dépendait parfois essentiellement de la conception du juge saisi.

L'hypothèse de l'existence d'une nature ou un degré de dépendance du distributeur à l'égard de son fournisseur qui permettrait de déterminer s'il doit être qualifié de salarié ou d'indépendant et, par suite, être soumis au droit du travail ou au droit économique a donc été infirmée<sup>1841</sup>.

Dans le droit économique, il a également été constaté que la dépendance des distributeurs n'était pas qualifiée de façon unitaire mais appréhendée par des notions multiples aux contours incertains et qui ne correspondaient pas nécessairement à celles retenues par le droit du travail<sup>1842</sup>.

L'hypothèse que la dépendance des distributeurs exclus du droit du travail serait appréhendée par le droit économique et corrélée à une nature ou à un degré particulier de dépendance à l'égard des fournisseurs a donc également été infirmée.

**467. Qualification insatisfaisante de la dépendance.** La qualification de la dépendance des distributeurs par le droit positif apparaît donc éclatée, incohérente, incertaine et parfois artificiellement restrictive, en particulier à l'égard des distributeurs intégrés comme les franchisés ou les concessionnaires.

**468. Effets.** La finalité de l'opération de qualification étant d'identifier les règles de droit susceptibles d'être appliquées<sup>1843</sup>, il convient logiquement d'apprécier les effets des caractères éclaté, incertain et incohérent de la qualification de la dépendance sur le régime juridique applicable aux distributeurs.

---

<sup>1841</sup> Chapitre 1 – *Supra* n° 50 s.

<sup>1842</sup> Chapitre 2 – *Supra* n° 318 s.

<sup>1843</sup> *Supra* n° 41.

## TITRE 2 – LA PROTECTION INÉGALITAIRE DES DISTRIBUTEURS FACE À LA DÉPENDANCE

**469. Hypothèse.** L'éclatement de la qualification de la dépendance des distributeurs en plusieurs catégories juridiques aux frontières incertaines n'entraîne pas nécessairement des inégalités de traitement. En effet, si les règles prévues par le droit du travail et le droit économique convergent, la soumission à l'un ou l'autre n'a finalement aucune conséquence sur le niveau de protection accordé au distributeur.

Peut ainsi être posée l'hypothèse que les règles de protection du droit positif, à la différence des qualifications, seraient corrélées avec les facteurs de dépendance des distributeurs.

En d'autres termes, l'existence d'un ou de plusieurs facteurs de dépendance particuliers, d'une nature ou d'un degré particulier de dépendance conduirait à l'application d'une même règle protectrice, qu'elle soit prévue par le droit du travail ou par le droit économique.

Il s'agit ainsi de savoir si, au-delà de la multiplicité des qualifications de la dépendance, il existe une cohérence de régime qui conduit à accorder un traitement juridique comparable aux distributeurs placés dans des situations de dépendance similaires.

**470. Méthode de vérification.** La vérification de cette hypothèse suppose une étude analytique et transversale des règles de protection applicables aux distributeurs et de leurs fondements.

Cette analyse sera menée, règle par règle, en deux étapes.

La première étape consistera, par une approche comparative des régimes, à identifier s'il existe, à l'égard de la règle considérée, des différences de traitement entre les distributeurs.

La seconde étape permettra de vérifier si la différence de traitement ou, au contraire, l'absence de traitement différencié, est justifiée au regard du fondement de la règle considérée.

La recherche de ce fondement conduira à distinguer l'objet ou la finalité de la règle juridique – son fondement téléologique – et les situations justifiant cette règle – son fondement technique –, généralement révélée par ses conditions d'application.

Si la différence de traitement constatée apparaît justifiée par le fondement de la règle, l'hypothèse sera validée : la différence de traitement observée trouvant sa source dans une différence de situation au regard de la finalité de la règle, il n'existe pas de traitement inégalitaire. Au contraire, si la différence de traitement ne peut être justifiée par une différence de situation des distributeurs au regard de la finalité de la règle, l'hypothèse sera infirmée et il aura alors été mis en évidence une inégalité de traitement<sup>1844</sup>.

---

<sup>1844</sup> Cette conception de l'égalité est inspirée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. – V. par ex. : CC 07/01/1988 : n° 87-232 DC, pt 10, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit » – CE 18/12/2002 : n° 233618, « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier » – Sur l'égalité en droit privé : LOKIEC (P.), *L'égalité devant la loi*, DS 2014, p. 325 s. – AKANDJI-KOMBÉ (A.) (dir.), *Égalité et droit social*, IRJS éd., 2014 – CESARO (J.-F.) (dir.), *L'égalité en droit social*, Préf. B. Teyssier, LexisNexis, 2012 – MAZIÈRE (P.), *Le principe d'égalité en droit privé*, Préf. B. Teyssié, PUAM, 2003 – BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Préf. J.-L. Souriaux, BDP, t. 320, LGDJ, 1999 – LYON-CAEN (A.), *L'égalité et la loi en droit du travail*, DS 1990, p. 68 s. – V. également : GICQUIAUD (E.), *L'équivalence en droit de l'entreprise*, Préf. P. Briand, Fondation Varenne, LGDJ, 2013.

**471. Plan.** Les principales règles protectrices intervenant aux différents moments de la relation entre un distributeur et son fournisseur seront examinées successivement : d'une part, celles intervenant à la naissance et au cours de la relation (Chapitre 1), d'autre part, celles encadrant la fin de la relation (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 – LES INÉGALITÉS DE PROTECTION À LA NAISSANCE ET AU COURS DE LA RELATION DE DISTRIBUTION

**472. Restriction de l'étude et plan.** Il existe des différences de régime entre distributeurs sur divers aspects de la naissance et du cours de la relation de distribution. En particulier, les distributeurs soumis au droit du travail bénéficient de nombreuses règles d'ordre public destinées à les protéger<sup>1845</sup> régissant notamment le recours aux contrats à durée déterminée<sup>1846</sup>, la représentation syndicale, le droit à la formation tout au long de la vie, etc. Parmi ces différentes règles, seront seulement examinées deux protections qui intéressent particulièrement les relations de distribution : l'information du distributeur à la naissance de la relation (Section 1) et la garantie de son revenu au cours de celle-ci (Section 2).

---

<sup>1845</sup> Sur la question : VATINET (R.), *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 89 s. – CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, Préf. F. Gaudu, BIAT, t. 14, LGDJ, 2007 – GAUDU (F.), *L'ordre public en droit du travail*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 363 s. – REVET (T.), *L'ordre public dans les relations de travail*, in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, coord. T. Revet, p. 43 s.

<sup>1846</sup> *Infra* n° 653.

## SECTION 1 – LES INÉGALITÉS DE PROTECTION CONTRE L'ASYMÉTRIE D'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE

**473. Présentation.** La loi a mis à la charge de certains fournisseurs une obligation d'information précontractuelle à l'égard de leurs futurs distributeurs. Cette obligation contraint le fournisseur à communiquer des informations sur son entreprise, son activité, son secteur ou encore ses autres distributeurs. Elle est présentée par une partie de la doctrine comme résultant d'un ordre public de protection visant à prémunir le distributeur contre le déséquilibre de sa relation avec le fournisseur<sup>1847</sup>. Cependant cette protection légale n'est pas prévue pour l'ensemble des relations de distribution et son contenu et ses modalités diffèrent selon la relation en cause.

**474. Plan.** Il existe ainsi des différences de protection tenant à l'existence même d'une obligation d'information précontractuelle légale (§1) et, lorsqu'elle existe, à ses modalités et à son contenu (§2) dont il conviendra, à chaque fois, d'apprécier la justification.

### §1 – Les inégalités de protection tenant à l'existence d'une obligation d'information précontractuelle légale

**475. Plan.** Une fois mises en évidence les différences de protection tenant à l'existence de l'obligation d'information précontractuelle légale (A), il en sera recherché les justifications (B).

#### A – La mise en évidence des différences de traitement

**476. Plan.** La mise en évidence de différences de protection suppose d'identifier les distributeurs créanciers d'une obligation légale d'information précontractuelle (1) et de comparer leur situation à ceux bénéficiant uniquement des règles du droit commun de la formation du contrat (2).

#### 1 – L'identification des distributeurs créanciers d'une obligation d'information précontractuelle légale

**477. Présentation et plan.** Deux textes prévoient une obligation d'information précontractuelle dans une relation de distribution : l'article L. 330-3 du Code de commerce issu de la loi du 31 décembre 1989 dite loi *Doubin*<sup>1848</sup>, texte compréhensif, dont il conviendra de cerner le champ d'application (a) et l'article L. 146-2 du même code prévoyant une telle obligation au profit des gérants-mandataires et qui pose donc la question de son articulation avec le premier texte (b). L'analyse *a contrario* du champ d'application de ces textes permettra d'identifier les distributeurs ne bénéficiant pas d'une information précontractuelle légale (c).

---

<sup>1847</sup> Dans ce sens : LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Préf. M. Pédamon, BDE, t. 57, Litec, 2002, n° 119 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 25 s. – CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996, n° 559 et n° 760.

<sup>1848</sup> Loi n° 89-1008 du 31/12/1989, art. 1. – L'article L. 330-3 du Code de commerce sera parfois visé par l'expression « loi *Doubin* ».

## a - Le champ d'application de l'obligation d'information de la loi Doubin

**478. Présentation.** La loi dispose que « 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 »<sup>1849</sup>.

**479. Indifférence de la nature du contrat.** Même si l'intention du législateur était de viser les franchises<sup>1850</sup>, le texte ne mentionne aucun contrat de distribution particulier et subordonne son application à plusieurs conditions pouvant se retrouver dans des contrats de nature différente.

**480. Indifférence de la forme d'exercice de l'activité.** Le texte visant « toute personne », il s'applique à la fois aux distributeurs personnes morales et aux distributeurs personnes physiques.

**481. Conditions cumulatives.** L'application du texte suppose une réunion de trois conditions : la mise à disposition d'un signe distinctif, l'exigence d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité et un contrat conclu dans l'intérêt commun des parties.

**482. Mise à disposition d'un signe distinctif.** Le texte impose qu'un signe distinctif (nom commercial, marque, enseigne<sup>1851</sup>) soit mis à la disposition du distributeur.

La mise à disposition s'entend généralement comme une « modalité de délivrance qui consiste à rendre une chose accessible à son destinataire [...] de manière à ce que celui-ci puisse effectivement en prendre possession »<sup>1852</sup>. La notion est utilisée par la doctrine à la fois dans la vente, le bail, le prêt et le dépôt comme synonyme de livraison ou délivrance<sup>1853</sup>. Elle ne suppose donc pas nécessairement un droit d'usage, de jouissance ou de disposition sur le bien.

La condition apparaît ainsi très compréhensive : elle sera remplie lorsqu'un droit d'usage ou de jouissance est obtenu par le distributeur notamment dans le cadre d'un prêt à usage ou d'un louage (licence, location-gérance)<sup>1854</sup>. Elle devrait également être satisfaite si le contrat prévoit simplement la fourniture de produits marqués puisque celle-ci autorise, en principe, le distributeur à indiquer qu'il distribue des produits de cette marque et, *a minima*, à présenter les produits marqués en vue de les vendre ou revendre<sup>1855</sup>. En effet, qu'il soit propriétaire ou non des produits marqués, le distributeur, par sa fonction même de diffusion, est

<sup>1849</sup> C. com. art. L. 330-3.

<sup>1850</sup> *Infra* n° 506.

<sup>1851</sup> Sur la notion : OLSZAK (N.), *Enseigne*, Rép. com., 2005, maj. 2013.

<sup>1852</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « mise à disposition » – Sur la question voir : DECOOPMAN (N.), *La notion de mise à disposition*, RTD civ. 1981, p. 300 s.

<sup>1853</sup> V. par ex. : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, n° 21105.

<sup>1854</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 597 – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 41 – BLANC (G.), *Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin*, D. 1993, p. 219 s., n° 3.

<sup>1855</sup> Dans ce sens : Com. 27/10/1992 : n° 91-11382 ; B. n° 323, ayant relevé que « la reproduction des dessins par la société [distributrice] avait été faite exclusivement dans un cadre commercial pour la vente des produits commercialisés par [le fournisseur], la cour d'appel a retenu à bon droit que [le distributeur] n'avait pas contrefait ces dessins en les faisant paraître, dans des conditions normales, dans un catalogue publicitaire destiné à la promotion des vêtements sur lesquels figuraient ces dessins et avec lesquels ils formaient un ensemble indissociable » – Com. 01/03/1994 : n° 92-14548, « la confection, par le distributeur, du signe reproduisant une marque protégée, lorsque ce dernier est destiné à désigner des produits authentiques, commercialisés dans des conditions normales, n'en constitue pas la contrefaçon et ne nécessite pas l'autorisation écrite du titulaire » et que « la cour d'appel, qui a relevé que la société Carrefour avait mentionné la marque Poirer X... afin de permettre à sa clientèle de retrouver plus commodément le rayon dans lequel étaient exposés les articles de la marque et a retenu, à bon droit, que le distributeur bénéficie de l'autorisation implicite d'utiliser la marque du fabricant, dès lors que cette utilisation n'est pas faite dans des conditions de nature à préjudicier à la marque, n'avait pas à rechercher si le signe utilisé par la société Carrefour contrefaisait la marque ». – Sur la question voir : PASSA (J.), *Distribution et usage de marque*, Litec, 2002, n° 86 s.

nécessairement et tacitement autorisé à vendre les produits ou services marqués et donc à utiliser la marque, au moins pour ces produits ou services<sup>1856</sup>. La condition de mise à disposition d'un signe distinctif apparaît ainsi remplie dans l'ensemble des contrats de distribution portant sur des produits ou services marqués ou, dans le cas de produits et services non marqués, si la distribution s'effectue avec un signe distinctif dont l'usage a pu être autorisé par le fournisseur.

**483. Engagement d'exclusivité ou quasi-exclusivité.** La loi requiert également que l'auteur de la mise à disposition du signe distinctif « exige » du bénéficiaire un « *engagement d'exclusivité ou quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité* ». Cependant, ni l'assiette, ni le taux de l'exclusivité ne sont précisés.

**Interprétation doctrinale.** S'agissant de l'assiette, il pourrait s'agir de l'ensemble de l'activité du distributeur (le distributeur devrait alors distribuer exclusivement ou quasi exclusivement les produits ou services du fournisseur)<sup>1857</sup> ou seulement des produits ou services objets du contrat (le distributeur devrait alors, pour la catégorie de produits ou services concernée, distribuer exclusivement ceux du fournisseur sans que cela lui interdise la distribution d'autres produits ou services non concurrents).

Une partie de la doctrine soutient encore qu'il ne faudrait pas apprécier l'exclusivité et la quasi-exclusivité juridiquement à partir des engagements du contrat mais rechercher si le distributeur est ou non dépendant, la dépendance étant alors entendue comme le fait que le distributeur n'exerce pas « *une activité annexe lui procurant des revenus substantiels ou à tous le moins suffisamment importants* »<sup>1858</sup>. Ce raisonnement apparaît doublement critiquable. D'une part, la loi vise un « *engagement d'exclusivité ou quasi-exclusivité* » or le terme d'« *engagement* » ne renvoie pas à une situation concrète mais à une obligation ce qui exclut donc, en principe, une appréciation en fait de l'exclusivité. D'autre part, il apparaît relativement divinatoire d'apprécier l'importance d'une activité accessoire par rapport à une activité principale qui n'a, en principe, pas encore commencé puisque le propre d'une obligation d'information précontractuelle est d'être délivrée avant la signature du contrat<sup>1859</sup>.

S'agissant du taux de l'exclusivité, la doctrine avance des taux variant de 66<sup>1860</sup> à 80 %<sup>1861</sup>.

**Interprétation jurisprudentielle.** La Cour de cassation s'est prononcée pour une appréciation juridique de l'engagement d'exclusivité, à partir donc des clauses du contrat et non de la situation économique<sup>1862</sup>. Par ailleurs, elle a admis que la condition était satisfaite si l'exclusivité ou la quasi-exclusivité existait à l'égard des « *produits couverts par la convention* », indépendamment de la « *possibilité d'exploiter*

---

<sup>1856</sup> V. cependant : BURST (J.-J.), *Le domaine de l'article 1<sup>er</sup>*, in *La loi Doubin*, CDE 4/1990, p. 12 s. soutenant que la mise à disposition d'un signe distinctif est absente car l'usage du signe doit être fait à titre personnel, ce qui exclurait les mandataires.

<sup>1857</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, 2014, n° 597.

<sup>1858</sup> BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 43 – V. également : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 255 – BLANC (G.), *op. cit.*, n° 4 – VIRASSAMY (G.), *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1<sup>er</sup>)*, JCP E 1990.II.15809, n° 11, « *on doit finalement rechercher si le distributeur tire la plus grande partie de ses ressources professionnelles d'une activité autre que la vente de produits fournis exclusivement ou presque par la compagnie pétrolière, le franchiseur ou le concédant. C'est à la fois la mesure de sa dépendance économique et le critère de l'application du texte nouveau* ».

<sup>1859</sup> Dans ce sens : REGNAULT (S.), *La tentation d'autoritarisme de la loi Doubin*, PA 10/01/2003, p. 13 s., p. 14.

<sup>1860</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 597

<sup>1861</sup> Dans ce sens : BLANC (G.), *op. cit.* n° 4 – LUTZ (P.) et WAGNER (M.-P.), *Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière*, D. 2001, p. 1708 s., p. 1711 – REGNAULT (S.), *op. cit.*, p. 14, retenant 70 ou 80 %.

<sup>1862</sup> Com. 17/03/2004 : n° 02-12671, rejetant un pourvoi qui soutenait que l'obligation s'imposait « *non seulement lorsque les parties sont liées formellement par des stipulations contractuelles prévoyant [...] un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée mais encore si en fait l'activité d'une partie consiste à distribuer presque exclusivement les marchandises de l'autre ou des fournisseurs agréés par elle* ». La Cour a approuvé la juridiction du fond d'avoir écarté l'application de l'obligation d'information pour ces distributeurs affiliés à une coopérative en constatant dans le contrat de concession, les statuts et le règlement intérieur « *qu'il n'y a[vait] aucun engagement d'exclusivité* » et une « *absence d'obligation de se fournir exclusivement ou quasi exclusivement auprès de la centrale d'achats* ».



des activités non concurrentes »<sup>1863</sup>. La condition sera ainsi remplie si le distributeur est tenu contractuellement d'une exclusivité ou quasi-exclusivité pour les produits ou services objets du contrat ou, *a fortiori*, d'une exclusivité pour l'ensemble de son activité.

Mais la jurisprudence ne permet pas de dégager l'information à partir de laquelle doit être appréciée l'exclusivité (chiffre d'affaires, marge, mètres linéaires, etc.) et un taux à partir duquel existerait la quasi-exclusivité<sup>1864</sup>.

L'exigence d'un engagement d'exclusivité exclut, de fait, les contrats instantanés puisqu'il n'a de sens que pour une certaine durée. Seuls les contrats à exécution successives sont donc visés.

**484. Contrat conclu dans l'intérêt commun des parties.** Un débat est intervenu sur l'existence d'une troisième condition tenant à l'adjonction dans le texte de la loi, au cours des débats parlementaires, des termes « *conclu dans l'intérêt commun des deux parties* »<sup>1865</sup>.

Pour une partie de la doctrine, il s'agissait d'une « *condition supplémentaire d'application* » de la loi<sup>1866</sup>.

Pour une autre partie de la doctrine, il s'agissait seulement d'un critère d'identification des contrats concernés par la loi. En d'autres termes, la loi s'appliquait « *aux contrats de franchise et de concession qui sont, en tout état de cause, conclus dans l'intérêt commun des deux parties* »<sup>1867</sup>. Certains auteurs en ont même déduit que le caractère d'intérêt commun de ces contrats était légalement consacré et qu'il appartenait ainsi à la jurisprudence de faire évoluer ses solutions pour leur appliquer le régime du mandat d'intérêt commun<sup>1868</sup> ou, au moins, un régime inédit de protection<sup>1869</sup>.

---

<sup>1863</sup> Com. 19/01/2010 : n° 09-10980 ; B. n° 15 ; JCP E 2010, 1348, E. Friedel et G. Toulouse ; D. 2010, 320, E. Chevrier ; D. 2011, 549, D. Ferrier ; JCP 2010, 1015, n° 4, P. Stoffel-Munck ; PA 22/06/2010, 11, O. Tiquant ; CCC 2010, 92, M. Malaurie-Vignal ; RDLC 02/10, 89, N. Eréséo – Dans le même sens : Agen 12/03/2008 : JurisData n° 2008-363282 ; CCC 2008, 199, M. Malaurie-Vignal.

<sup>1864</sup> Pour une présentation exhaustive des différentes approches existantes et des divergences jurisprudentielles : ERÉSÉO (N.), *L'exclusivité contractuelle*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 79, Litec, 2008, n° 191 s.

<sup>1865</sup> JOAN Déb. 08/12/1989, p. 6247, col. 2 – Recensant les différents points de vue : MAROT (Y.), *La collaboration entre franchiseur et franchisé*, PA 31/08/2000, p. 4 – GRIGNON (P.), *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution*, in Mél. M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 127 s., n° 2.

<sup>1866</sup> Dans ce sens : GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, n° 282 – BLANC (G.), *op. cit.*, n° 6 – LUTZ (P.) et WAGNER (M.-P.), *op. cit.*, p. 1709 – BÉNABENT (A.), *Le contrat d'intérêt commun en droit positif et en droit communautaire*, PA 07/12/1990, p. 21 s. – Cependant, la jurisprudence étant réticente à caractériser l'intérêt commun hors du contrat de mandat (*infra* n° 696 s.), cette nouvelle condition était susceptible de réduire quasiment à néant le champ d'application du texte et notamment d'exclure les contrats de franchise qui avaient pourtant motivés son adoption. Il s'agissait ainsi d'une interprétation potentiellement abrogative du texte (dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 48 – BLANC (G.), *op. cit.*, n° 7).

<sup>1867</sup> PIGACHE (C.), *Le mandat d'intérêt commun*, thèse Paris 5, 1991, n° 11 – Le rapporteur considérait que les contrats de concession et franchise sont conclus dans l'intérêt commun des deux parties car ils « *établissent entre les deux cocontractants une véritable collaboration économique devant permettre la satisfaction de l'intérêt commun des deux parties* » (JOAN Q 09/12/1989, p. 6247). – V. également : ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Préf. L. Aynès, Economica, 2002, n° 185 s. – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 139 s. – Rapp. : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 256, la mention de l'intérêt commun « *est sans conséquence puisque tout contrat de distribution est d'intérêt commun* »

<sup>1868</sup> Dans ce sens : VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 36, « *appliquée au contrats de distribution, l'intérêt commun aura pour effet de contraindre pour l'avenir le cocontractant du distributeur, en l'occurrence les fabricants, brasseurs ou franchiseurs, à motiver leur décision de rompre. Il s'en suit qu'il n'appartiendra plus aux distributeurs de prouver l'existence d'un abus dans la cessation du contrat ainsi que l'exige le droit commun. C'est au contraire à leurs cocontractants qu'il reviendra d'établir qu'ils avaient de bonnes raisons de mettre fin aux relations contractuelles. Se trouve ainsi condamnée la jurisprudence antérieure qui écartait constamment les actions des distributeurs en se fondant sur le droit de rompre de leur cocontractant qui n'avait pas à donner de motif de rupture* » – V. également : CLEMENT (J.-P.), *La Nouvelle Donne Juridique de la Franchise*, GP 1991.II.287, n° 244.

<sup>1869</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, n° 60, « *d'une part, l'interprète peut toujours s'inspirer des travaux préparatoires pour connaître l'esprit d'une loi ; d'autre part et surtout, la loi n'impose plus le même respect que jadis et les juges se sont arrogés, à bon escient, une assez grande latitude dans leur application. Aussi pourront-ils, le cas échéant, faire produire des conséquences inédites à cette notion* ». – Monsieur le Tourneau a même soutenu que le législateur avait créé une qualification juridique autonome de « *contrat d'intérêt commun* » qui s'ajouterait aux différents contrats prévus par le Code civil et le Code de commerce et pourrait donc remplacer les dénominations de « *concession* » ou « *franchise* » (LE TOURNEAU (P.), *Concession exclusive*, JCl. Distrib., fasc. 1010, 2006, n° 101 s.). Les propos du rapporteur pouvaient effectivement le laisser croire puisqu'il soutenait que « *le contrat concerné par le projet de loi, contrat complexe fait partie de ces contrats jusqu'alors "innommés"* » indiquait qu'« *il importe donc que le législateur répare cette omission* » (JOAN Déb. 08/12/1989, p. 6247, col. 2).

La Cour de cassation a tranché le débat en neutralisant la référence à l'intérêt commun<sup>1870</sup>, renvoyant ainsi au législateur la question d'un éventuel encadrement de la fin de relation<sup>1871</sup>. Par suite, les juges du fond n'ont pas à vérifier si le contrat est conclu dans l'intérêt commun des parties : dès lors que la convention remplit les deux premières conditions, celle relative à l'intérêt commun est automatiquement satisfaite.

**485. Conclusion.** Finalement, la condition relative à l'intérêt commun ayant été neutralisée et celle relative à la mise à disposition d'un signe distinctif étant, en principe, systématiquement remplie dans une activité de distribution de produits marqués ou sous enseigne du fournisseur, la condition déterminante de la loi *Doubin* réside dans l'existence d'un engagement juridique d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour les produits ou services concernés par la convention ou, *a fortiori*, pour l'ensemble de l'activité du distributeur.

Le texte est donc applicable et appliqué aux concessionnaires exclusifs, aux franchisés, partenaires<sup>1872</sup>, commissionnaires-affiliés<sup>1873</sup> ou locataires-gérants<sup>1874</sup> liés par une clause d'approvisionnement exclusif.

Il est également applicable aux commissionnaires exclusifs, aux intermédiaires d'assurance<sup>1875</sup>, aux agents commerciaux<sup>1876</sup>, aux VRP<sup>1877</sup>, aux autres mandataires d'intérêt commun<sup>1878</sup>, aux gérants de succursale<sup>1879</sup> et à certains gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire<sup>1880</sup>. Pour ces distributeurs, il existe néanmoins un décalage entre l'applicabilité et l'application effective. L'étude de la jurisprudence<sup>1881</sup> et de la doctrine<sup>1882</sup> révèle qu'ils ne sont rarement envisagés parmi les bénéficiaires de l'information.

Cette situation peut expliquer que le législateur, en créant le statut des gérants-mandataires dans le Code de commerce, ait cru nécessaire de prévoir une obligation d'information spécifique.

---

<sup>1870</sup> Dans ce sens : Com. 10/02/1998 : n° 95-21906 ; B. n° 71 ; Defr. 1998, 733, P. Delebecque ; CCC 1998, 55, L. Leveneur, jugeant, à propos de contrats de location-gérance, que « *c'est à bon droit [qu'une cour d'appel] [...] retient, justifiant par là même sa décision, que les contrats en cause entrent dans le champ d'application de la loi du 31 décembre 1989, dès lors que, pour l'application de ce texte, il suffit que les parties soient liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée, l'obligation d'information s'imposant avant la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des parties* ».

<sup>1871</sup> Si le législateur entendait voir évoluer la jurisprudence, il lui appartenait d'adopter des dispositions spécifiques et claires quant à leur portée et non d'insérer dans un texte sur la conclusion des contrats, une référence à une notion jurisprudentielle utilisée uniquement dans la cessation des contrats de mandat.

<sup>1872</sup> V. par ex. : Com. 01/10/2013 : n° 12-23337.

<sup>1873</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 254.

<sup>1874</sup> V. par ex. : Com. 04/01/2004 : n° 00-21319.

<sup>1875</sup> Dans ce sens : BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *L'intermédiation d'assurance*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009, n° 53 s.

<sup>1876</sup> Les agents commerciaux ne peuvent représenter une entreprise concurrente à celle de l'un de leurs mandants sans son accord (C. com. art. L. 134-3 – Com. 24/05/2011 : n° 10-16969 ; CCC 2011, 166, N. Mathey ; Concurrences 3/2011, 119, D. Ferrier) si bien qu'en principe leur activité est exclusive pour les produits et services de chaque mandant. – Dans le sens de l'applicabilité de la loi *Doubin* : BLANC (G.), *op. cit.*, n° 14.

<sup>1877</sup> Le statut prévoit la possibilité d'une clause d'exclusivité et, à défaut, conditionne la représentation de nouveaux produits ou entreprises à un accord préalable de l'employeur (C. trav. art. L. 7313-6) – Dans le sens d'une applicabilité de la loi *Doubin* : BLANC (G.), *op. cit.*, n° 17.

<sup>1878</sup> Il a été jugé « *que dans un mandat d'intérêt commun, si le mandataire a le droit, à défaut de clause contraire, d'accepter la représentation d'un nouveau mandant, c'est à la condition que les produits de ce dernier ne soient pas concurrents de ceux du premier mandant, sauf accord de celui-ci* » (Com. 16/03/1993 : n° 91-11194 ; B. n° 109 ; D. 1994, 224, Y. Picod ; CCC 1993, 106, L. Leveneur) ce qui revient à imposer, à l'instar des agents commerciaux, une obligation contractuelle d'exclusivité de représentation pour les produits et services du mandant.

<sup>1879</sup> L'exclusivité ou la quasi-exclusivité de fourniture et de profession sont des conditions de cette qualification (C. trav. art. L. 7321-2, 2<sup>o</sup>, *supra* n° 228 s.) – Dans le sens d'une applicabilité de la loi *Doubin* : BLANC (G.), *op. cit.*, n° 15 et 16. – V. également : FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat*, JCl. Com., fasc. 323, 2008, n° 27.

<sup>1880</sup> Le statut prévoit expressément la possibilité d'une « *clause de fourniture exclusive* » (C. trav. art. L. 7322-1, al. 2).

<sup>1881</sup> Une recherche sur *Legifrance*, le 09/03/15, sans limite temporelle, dans le texte intégral de l'ensemble des décisions référencées (Cour de cassation, cours d'appel et juridictions de premier degré), des termes « 330-3 » ou « *loi du 31 décembre 1989* » (expression exacte) et « *VRP* » ou « *781-1* » ou « *7321-1* » ou « *782-1* » ou « *7322-1* » ou « *agent commercial* » (expression exacte) donne 5 résultats dont 4 non pertinents. Dans le seul arrêt pertinent, la Cour de cassation censure, pour un motif procédural, une cour qui avait appliqué la loi *Doubin* à un locataire-gérant en se référant à l'arrêt d'une autre cour ayant jugé qu'ils pouvaient se prévaloir du statut de gérant de succursale (Com. 17/03/2009 : n° 07-21549).

<sup>1882</sup> Ne mentionnant pas l'obligation d'information de la loi *Doubin* dans l'étude des VRP, des gérants relevant du Code du travail, des agents commerciaux et des mandataires : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 2015 – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, 2014 – V. cependant : DISSAUX (N.), *Franchise*, Rép. com., 2014, maj. 2015, n° 32 – FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 27 – BLANC (G.), *op. cit.*.

## **b - L'articulation entre l'obligation d'information de la loi *Doubin* et celle du statut des gérants-mandataires**

**486. Superposition des champs d'application.** Le statut des gérants-mandataires du Code de commerce prévoit une obligation d'information précontractuelle spécifique<sup>1883</sup>. L'existence de cette obligation d'information spéciale pose des questions d'articulation avec celle de la loi *Doubin*.

En effet, si le statut des gérants-mandataires ne prévoit pas expressément la mise à disposition d'un signe distinctif au gérant, celle-ci existera généralement. Le contraire supposerait cumulativement que le mandant soit propriétaire d'un fonds de commerce non identifié par un nom commercial, une enseigne ou une marque et ne fournisse pas le gérant en produits marqués, ce qui relève de l'hypothèse d'école.

Par conséquent, si l'activité de gérance est stipulée exclusive ou si une exclusivité ou quasi-exclusivité d'approvisionnement a été prévue pour les produits ou services couverts par la convention, ce qui sera généralement le cas<sup>1884</sup>, l'obligation d'information de la loi *Doubin* sera potentiellement applicable<sup>1885</sup>. Par ailleurs, même en l'absence de telles stipulations, la gérance-mandat étant fondée sur un mandat pouvant être qualifié d'intérêt commun, il peut y être décelé une obligation d'exclusivité d'activité du mandataire pour les produits ou services du contrat<sup>1886</sup>.

Les conditions prévues par la loi *Doubin* seront ainsi souvent satisfaites.

**487. Solutions.** Dès lors, soit les obligations d'information s'appliquent de façon cumulative<sup>1887</sup>, soit l'obligation d'information spéciale des gérants-mandataires doit être considérée comme dérogeant à l'obligation générale prévue par la loi *Doubin*<sup>1888</sup>. La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer mais pourrait retenir cette seconde solution<sup>1889</sup>.

## **c - Les distributeurs non créanciers d'une obligation légale d'information précontractuelle**

**488. Présentation.** Il se déduit d'une analyse *a contrario* du champ d'application des obligations d'information précontractuelle légales que n'en bénéficient pas les distributeurs n'utilisant aucun signe distinctif mis à leur disposition par leur fournisseur ou n'étant soumis à aucun engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour des produits ou services diffusés et *a fortiori*, pour l'ensemble de leur activité.

**489. Exclusion liée à la mise à disposition d'un signe distinctif.** La condition relative aux signes

---

<sup>1883</sup> C. com. art. L. 146-2 « le mandant fournit au gérant-mandataire, avant la signature du contrat, toutes informations nécessaires à sa mission, telles que définies par décret, afin de lui permettre de s'engager en connaissance de cause. » issu de la loi n° 2005-882 du 02/08/2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (art. 19) – Sur la question : SAINTTOURENS (B.), *Les informations précontractuelles à fournir au gérant-mandataire*, RTD com. 2006, p. 565 s.

<sup>1884</sup> Dans ce sens : FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 27.

<sup>1885</sup> L'admettant implicitement pour un contrat de location-gérance d'une station-service avec mandat de distribution des carburants : Com. 28/01/2003 : n° 00-19026.

<sup>1886</sup> *Supra* n° 210.

<sup>1887</sup> Envisageant cette possibilité : FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 97.

<sup>1888</sup> Dans ce sens : FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 27, l'auteur, même s'il envisage ultérieurement le cumul (n° 97), semble plutôt favorable à une exclusion, au motif, d'une part, que l'esprit de la loi *Doubin* était de réserver sa protection « à ceux qui supportent un risque lié à l'exercice de l'activité de distributeur sous l'enseigne d'un fournisseur » alors que « dans le cadre d'un contrat de gérance-mandat, le risque de l'activité est supporté, non par le gérant mandataire, mais par le mandant » et, d'autre part, que « si l'obligation d'information précontractuelle prévue à l'article L. 330-3 du Code de commerce profitait par sa généralité à tous les gérants mandataires, notamment ceux visés à l'article L. 146-1 du Code de commerce, il était inutile de consacrer à leur profit une obligation spéciale d'information qui recoupe en grande partie la précédente et qui apparaît en tout état de cause moins complète ».

<sup>1889</sup> Elle l'a jugé pour l'articulation du délai de préavis à vocation générale prévu par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce et les délais de préavis prévus par le statut spécial des agents commerciaux (*infra* n° 596).

distinctifs exclut les relations portant sur la distribution de produits non marqués, sous enseigne ou nom commercial du distributeur. Tel est, par exemple, le cas des conventions d'approvisionnement portant sur des produits en vrac non marqués (bois, fruits, légumes, viande, poisson, etc.) conclues par des distributeurs ayant leur propre enseigne et nom commercial. La relation devrait également être exclue du champ de l'obligation d'information lorsqu'elle porte sur des produits portant exclusivement la marque du distributeur car celui-ci a alors déjà la disposition du signe distinctif. Tel est le cas des conventions conclues par les enseignes de la grande distribution portant sur la fourniture de produits sous marque de distributeur.

**490. Exclusion liée à l'engagement contractuel d'exclusivité.** La condition relative à l'exclusivité conduit à écarter les relations de distribution non fondées sur un contrat encadrant l'activité, c'est-à-dire les relations fondées sur un simple courant d'affaires et, plus généralement l'ensemble des relations sans engagement d'exclusivité : les contrats de distribution sélective, les contrats d'approvisionnement non exclusifs, les contrats de franchise ou de concession non exclusifs (notamment les concessions multimarques), les contrats d'agence commerciale ou de VRP pour lequel le mandant a autorisé la représentation de concurrents (ce qui est extrêmement rare).

Sont également exclus tous les contrats de distribution dans lesquels l'engagement d'exclusivité partiel n'atteint pas le seuil – indéterminé – de la quasi-exclusivité. Tel devrait être le cas si le contrat comporte une exclusivité seulement pour 50 % de l'approvisionnement ou de l'activité.

**491. Conclusion.** Finalement, malgré le champ d'application large de la loi *Doubin*, un certain nombre de relations de distribution peuvent être conclues sans qu'existe une obligation d'information précontractuelle légale. Pour que cette situation caractérise une différence de protection, encore faut-il que la présence d'une telle obligation modifie la protection accordée au distributeur.

## ***2 – La comparaison de l'obligation légale d'information précontractuelle et du droit commun de l'information précontractuelle***

**492. Présentation et plan.** Comme le précisent les articles L. 330-3 et L. 146-2 du Code de commerce, la finalité de l'obligation précontractuelle d'information est de permettre au distributeur de « *s'engager en connaissance de cause* ». Cette finalité apparaît *a priori* identique à celle des articles 1109 et suivants du Code civil garantissant l'intégrité du consentement<sup>1890</sup>. L'existence d'une différence de traitement suppose donc de constater que la protection par l'obligation d'information précontractuelle légale (b) n'équivaut pas à celle du droit commun de l'information précontractuelle (a).

### **a - L'information précontractuelle due en l'absence d'obligation légale**

**493. Présentation.** Une partie de la doctrine s'accorde sur l'existence d'une obligation précontractuelle d'information de droit commun dégagée par la jurisprudence sur le fondement notamment de la bonne foi

---

<sup>1890</sup> V. par ex. : Civ. 1 25/11/2009 : n° 08-15927 ; CCC 2010, 176, N. Mathey, caractérisant un dol du franchiseur indépendamment de toute obligation légale d'information précontractuelle.

dans la formation des conventions<sup>1891</sup>. Cependant, si cette obligation est généralement mise à la charge d'un professionnel contractant avec un consommateur ou profane, son existence est moins évidente lorsqu'un professionnel contracte avec un autre ou une personne pouvant être assimilée à un professionnel.

**494. Jurisprudence antérieure à la loi *Doubin*.** Ainsi, avant la loi *Doubin*, la jurisprudence se fondait sur la qualité de professionnel du distributeur pour exclure toute obligation d'information précontractuelle à la charge du fournisseur<sup>1892</sup> au point qu'une partie de la doctrine avait pu évoquer un « *devoir de se méfier de l'autre et de contrôler le sérieux de son renseignement* »<sup>1893</sup>. En effet, le fournisseur n'était pas tenu de communiquer des informations particulières et il appartenait au distributeur non seulement de demander les renseignements utiles à son consentement mais aussi, le cas échéant, de vérifier les informations qui lui étaient communiquées<sup>1894</sup>.

**495. Cantonnement des informations dues.** Depuis la loi *Doubin*, la Cour de cassation cantonne strictement l'obligation d'information précontractuelle au contenu fixé par la loi et son règlement d'application. Ainsi, dans la franchise, le fournisseur n'est pas tenu de communiquer une étude du marché local<sup>1895</sup>, ni des comptes prévisionnels d'activité<sup>1896</sup> alors même qu'une partie de la doctrine soutient que ces éléments participeraient du savoir-faire du franchiseur<sup>1897</sup> et que, lorsqu'ils sont communiqués, la jurisprudence retient qu'ils portent sur la substance même du contrat de franchise ou présentent un élément déterminant<sup>1898</sup>. Il s'en déduit, *a fortiori*, qu'en dehors des informations spécifiquement prévues par la loi ou le règlement, un fournisseur n'est pas tenu de communiquer au distributeur une quelconque information<sup>1899</sup>.

---

<sup>1891</sup> Dans ce sens : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 1512 s., spéc. n° 1699 s. – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 258 s. – HOUTCIEFF (D.), *La protection du consentement - L'obligation d'information*, *Lamy Droit du contrat*, étude 132, maj. 2015, n° 132-7 s. – BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 57 – Sur la question : FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 221, LGDJ, 1991 – LE TOURNEAU (P.), *De l'allègement de l'obligation d'information de renseignement ou de conseil*, D. 1987, chron. p. 101 s. – LUCAS de LEYSSAC (C.), *L'obligation de renseignement dans les contrats*, in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 305 s. – DE JUGLART (M.), *L'obligation de renseignement dans les contrats*, RTD civ. 1945, p. 1 s. – Sur l'introduction d'un devoir d'information précontractuelle par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : *infra* n° 993.

<sup>1892</sup> Sur la question : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, *op. cit.*, n° 233 – VIRASSAMY (G.), *Les justifications de la loi Doubin du 31 décembre 1989*, PA 07/12/1990, p. 11 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 32.

<sup>1893</sup> MESTRE (J.), note ss Com. 25/02/1986, RTD civ. 1987, p. 84 s., p. 86 – MESTRE (J.), *Le consentement du professionnel contractant*, in Mél. F. Derrida et A. Breton, Dalloz, 1991, p. 250 s. – Sur la question : JOURDAIN (P.), *Le devoir de « se » renseigner*, D. 1983, chron. p. 139 s.

<sup>1894</sup> Com. 25/02/1986, *Turco* : n° 84-13432 ; B. n° 33 ; RTD civ. 1987, 84, J. Mestre ; RTD com. 1987, 246, J. Hémar et B. Boulloc ; JCP 1988.II.20995 et JCP E 1988.II.15272, G. Virassamy, la cour d'appel avait retenu la responsabilité du concédant au motif « *que lors de l'établissement du bilan prévisionnel, le conseiller de gestion de la société Talbot [concédant] a, en indiquant à son partenaire un objectif en hausse pour 1980, laissé présager une évolution favorable alors que toutes les tendances dont il avait connaissance donnaient à prévoir une aggravation de la récession et que pour sa part, la société Turco [concessionnaire] ne disposait pas des éléments nécessaires pour contrôler le sérieux d'une telle prévision* », la Cour de cassation casse l'arrêt au motif qu'il n'a pas précisé « *en quoi la société Turco, dont elle avait pourtant retenu la qualité de professionnel du marché de l'automobile n'aurait pas eu les éléments nécessaires pour contrôler le sérieux de la prévision faite par la société Talbot* » – Com. 10/02/1987 *Couturier* : n° 85-18186 ; B. n° 41 ; JCP 1988.II.20995 et JCP E 1988.II.15272, G. Virassamy, approuvant une cour d'appel d'avoir rejeté l'action en responsabilité précontractuelle d'un concessionnaire qui alléguait l'inexactitude des renseignements fournis par le concédant sur sa situation financière et sa politique industrielle et commerciale, en relevant « *qu'au moment de décider si elle avait intérêt ou non à rester dans le réseau Talbot, il appartenait à la société Couturier, dont a été retenue la qualité de professionnel du marché de l'automobile de s'informer, en l'état de l'évolution de la conjoncture, et de s'entourer de tous éclaircissements lui permettant de mesurer les risques et de former raisonnablement son opinion* ».

<sup>1895</sup> Dans ce sens : Com. 01/10/2013 : n° 12-23337 – Com. 19/01/2010 : n° 09-10980 ; B. n° 15 ; JCP E 2010, 1348, E. Friedel et G. Toulouse ; D. 2010, 320, E. Chevrier ; D. 2011, 549, D. Ferrier ; JCP 2010, 1015, n° 4, P. Stoffel-Munck ; PA 22/06/2010, 11, O. Tiquant ; CCC 2010, 92, M. Malaurie-Vignal ; RDLC 02/10, 89, N. Eréséo – Com. 11/02/2003 : n° 01-03932 – V. également : Com. 28/05/2013 : n° 11-27256 – Sur la question : *infra* n° 1008.

<sup>1896</sup> Dans ce sens : Com. 31/01/2012 : n° 11-10834 ; CCC 2102, 123, M. Malaurie-Vignal – Sur la question : *infra* n° 1009.

<sup>1897</sup> *Infra* n° 1008 s.

<sup>1898</sup> V. par ex. : Com. 12/06/2012 : n° 11-19047, « *les chiffres prévisionnels [...] portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante* » – V. également : Com. 25/06/2013 : n° 12-20815, « *un prévisionnel [...] [est un] élément déterminant dans le calcul des risques* » d'un franchisé.

<sup>1899</sup> Dans ce sens : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 1659, le fournisseur « *n'est pas tenu de fournir toutes les informations qui permettraient au franchisé de s'engager « en connaissance de cause », mais seulement celles qui résultent de la loi et de son interprétation* ».

**496. Réticence dolosive.** Par suite, s'il est admis que le fournisseur qui communique des informations mensongères ou non sérieuses commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité civile et de constituer un dol<sup>1900</sup>, l'absence de communication d'éléments ayant une influence sur le consentement mais non prévus par loi ou le règlement semble difficilement susceptible de constituer une réticence dolosive. C'est évidemment le cas pour les comptes prévisionnels et l'étude du marché local mais il a également été jugé qu'un franchiseur qui garde « *le silence sur les difficultés conjoncturelles subies par le précédent franchisé* » ne commet pas un dol<sup>1901</sup>.

**497. Compétence du distributeur.** Par ailleurs, comme c'était le cas avant la loi *Doubin*, la jurisprudence admet que la compétence du distributeur puisse exclure l'existence d'un vice de consentement<sup>1902</sup>. Il semble ainsi qu'en l'absence d'information précontractuelle légale ou réglementaire, il appartienne au distributeur qui s'apprête à entrer dans une relation de distribution de demander les informations nécessaires pour éclairer son consentement et, le cas échéant, de vérifier l'exactitude de celles qui lui sont transmises<sup>1903</sup>.

**498. Conclusion.** Finalement, en l'absence d'obligation légale d'information précontractuelle, le fournisseur ne semble pas être tenu de communiquer des informations particulières au distributeur. Si la communication d'informations délibérément fausses ou non sérieuses est susceptible d'engager sa responsabilité et de caractériser un dol, l'absence de communication d'informations pouvant pourtant présenter un caractère essentiel, ne paraît pas en mesure de vicier le consentement du distributeur. Celui-ci est considéré comme un professionnel tenu de s'informer et de vérifier les informations qui lui sont transmises.

Reste à savoir dans quelles mesures une obligation légale d'information modifie cette situation.

---

<sup>1900</sup> La question se pose régulièrement lorsque des comptes prévisionnels erronés ou surévalués ont été communiqués par le fournisseur (Com. 07/07/2004 : n° 02-19289 ; D. 2005, 152, D. Ferrier). La jurisprudence admet le dol lorsque le prévisionnel est délibérément mensonger, fantaisiste, trompeur ou non sérieux (Com. 20/10/1998 : n° 96-13159 – Com. 31/01/2012 : n° 11-10834 ; CCC 2102, 123, M. Malaurie-Vignal – Com. 15/05/2012 : n° 11-15573 – Com. 12/06/2012 : n° 11-19047) et a provoqué une erreur du distributeur ayant déterminé son consentement (Com. 25/03/2011 : n° 10-11871), ce qui peut être déduit du fait que « *ces données portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante* » (Com. 12/06/2012 : n° 11-19047) – Sur la question voir : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 709 – GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 1664 s. – LOIR (R.), *Les prévisionnels : le point de vue du juriste*, in *La protection du franchisé au début du XXIème siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 97 s., spéc. p. 111 s.

<sup>1901</sup> Com. 08/07/2003 : n° 02-11691 ; CCC 2003, 153, L. Leveneur, « *est légalement justifié, l'arrêt qui, pour écarter l'imputation de dol, constate [...] que [le franchiseur] a gardé le silence sur les difficultés conjoncturelles subies par le précédent franchisé, et a présenté des prévisions de résultats exagérément optimistes, mais qu'il n'est pas démontré que les prévisions de chiffre d'affaires aient été mensongères, et retient souverainement que cette faute est insuffisante pour entraîner la nullité du contrat, compte tenu des éléments d'appréciation à la disposition du franchisé* » – Comp. : Com. 15/03/2011 : n° 10-11871, rendu sur le fondement de la loi *Doubin* et approuvant la cour d'appel d'avoir retenu une réticence dolosive au motif que « *faute d'attirer spécialement l'attention sur cette charge importante [(coût d'une maison témoin incombant au franchisé)], qui est un élément essentiel dont les franchisés ne peuvent se dispenser durablement, tous les prévisionnels fournis sont nécessairement faussés, et trompeurs sur les capacités financières à prévoir en début d'exploitation* » mais cassant l'arrêt au motif qu'elle n'a pas recherché « *si le manquement du franchiseur avait déterminé le consentement des franchisés* ».

<sup>1902</sup> V. par ex. : Com. 22/10/2013 : n° 12-17344, ayant retenu que le distributeur « *était un professionnel averti au regard de l'expérience acquise dans le domaine de la téléphonie mobile, la cour d'appel, qui n'a pas exonéré SFR de sa responsabilité au titre d'un manquement à l'obligation d'information, a pu écarter la demande indemnitaire qui était fondée sur le vice de consentement occasionné par ce manquement* » – Com. 07/07/2004 : n° 02-15950 ; B. n° 150 ; D. 2005, 151, D. Ferrier, « *qu'à la date à laquelle elle a signé le contrat pour l'exploitation de la station en cause, la société [distributrice] avait exploité depuis plus de six années des stations-services Esso dans des environnements fort différents et avait été à même d'apprécier les chances et les risques d'une telle exploitation* » – V. cependant : Com. 04/10/2011 : n° 10-20956 ; D. 2011, 459, S. Amrani-Mekki et M. Mekki, 577, D. Ferrier et 3052, N. Dissaux ; JCP 2011, 1350, Y.-M. Serinet ; RDC 2012, 64, T. Génicon, la cour d'appel avait exclu l'erreur du franchisé en jugeant notamment « *qu'en sa qualité de professionnel averti du commerce qui avait exercé pendant plus de vingt ans dans le domaine de la grande distribution, son dirigeant se devait d'apprécier la valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité qui lui avaient été faites* » mais la Cour de cassation juge « *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* » – Com. 25/06/2013 : n° 12-20815, retenant un vice du consentement malgré le fait que le distributeur « *n'était pas un novice pour avoir repris avec succès un centre de lavage de la même enseigne dans une autre région quelques années auparavant* ».

<sup>1903</sup> Dans ce sens : Com. 28/05/2013 : n° 11-27256, la cour d'appel a pu déduire l'absence de preuve d'un vice du consentement de la constatation que le distributeur « *a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie* ». En l'espèce, le fournisseur n'avait pas communiqué l'état local du marché prévu par la loi *Doubin*. Si dans une telle hypothèse, il appartient au distributeur de compléter son information, la solution s'impose, *a fortiori*, lorsqu'aucune information n'est légalement due.

## b – Les effets de l'obligation d'information précontractuelle légale

**499. Présentation.** En présence d'une obligation légale d'information précontractuelle, le fournisseur est évidemment tenu de communiquer les informations prévues par la loi et ses règlements d'application.

**500. Sanction.** Cependant, ni la loi *Doubin*, ni le statut du gérant-mandataire, n'ont prévu de sanction aux obligations d'information précontractuelle qu'ils prévoient et n'ont même pas précisé si elles avaient un caractère d'ordre public<sup>1904</sup>.

Le décret d'application de la loi *Doubin* a cependant prévu une amende de la 5<sup>e</sup> classe (1.500 €) en cas de non communication du document d'information précontractuelle<sup>1905</sup>. Si cette sanction pénale peut apparaître symbolique<sup>1906</sup>, une partie de la doctrine en a déduit le caractère d'ordre public de protection de l'obligation d'information précontractuelle et a soutenu que sa méconnaissance devait être sanctionnée par la nullité du contrat en application de l'article 6 du Code civil, nullité qui pourrait même être automatique<sup>1907</sup>. D'autres auteurs ont cependant soutenu que « *le caractère d'ordre public d'une loi devrait être [...] déduit de celle-ci et non d'un décret qui lui est postérieur* » et que l'article 6 du Code civil ne pouvait fonder la nullité puisqu'il concerne « *l'objet du contrat et non sa conclusion ou sa forme* »<sup>1908</sup>. La Cour de cassation leur a donné raison en jugeant que le manquement à l'obligation d'information de la loi *Doubin* n'avait pas de portée automatique sur le consentement<sup>1909</sup>.

Il devrait logiquement en être de même pour l'information due aux gérants-mandataires<sup>1910</sup> surtout qu'aucune sanction pénale n'a été prévue par son décret d'application.

Ainsi, l'absence ou l'inexactitude de l'information précontractuelle n'entraîne une remise en cause du consentement que si elle caractérise une erreur ou un dol<sup>1911</sup>. Pour caractériser un vice du consentement, le manquement doit donc avoir été déterminant de celui-ci, ce qui est apprécié au regard de la compétence du distributeur<sup>1912</sup> et du temps dont il a disposé pour se décider<sup>1913</sup>. Pour constituer un dol, le manquement doit, en plus, être intentionnel<sup>1914</sup>. Ces solutions ne diffèrent donc pas du droit commun des vices du

<sup>1904</sup> Sur la question pour le statut du gérant-mandataire : *supra* n° 207.

<sup>1905</sup> C. com. art. R. 330-3.

<sup>1906</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 65

<sup>1907</sup> Dans ce sens : *ibid.*, n° 67 et les références citées.

<sup>1908</sup> MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *Comment renforcer l'efficacité de la « loi Doubin »* (C. com., art. L. 330-3) ?, CCC 2003, chron. 4, n° 3 – DISSAUX (N.), *L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ?*, JCP 2010, 134, n° 13. – *Contra* : THREARD (J.), *L'art 1<sup>er</sup> de la Loi Doubin du 31 Décembre 1989 et les Contrats de Concession et de Franchise*, GP 1991.II.609, p. 610.

<sup>1909</sup> Dans ce sens : Com. 14/01/2003 : n° 00-11781, la cour d'appel avait jugé que l'« obligation [d'information précontractuelle], pénalement sanctionnée, présente un caractère d'ordre public dont l'inexécution suffit à entraîner la nullité du contrat », la Cour de cassation juge au contraire « qu'en se déterminant par ces seuls motifs, sans rechercher si ce défaut d'information avait vicié le consentement [...] la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » – V. également : Com. 20/03/2007 : n° 06-11290 – Com. 14/06/2005, 2 arrêts : n° 04-13947 et 04-13948.

<sup>1910</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 174 – FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 97.

<sup>1911</sup> Dans ce sens : Com. 03/04/2012 : n° 11-16303 – Civ. 1 25/11/2009 : n° 08-15927 ; CCC 2010, 176, N. Mathey – Com. 06/05/2003 : n° 01-00515 – Com. 16/05/2000 : n° 97-16386 – Com. 02/12/1997 : n° 95-21563 ; D. 1998, somm. 334, D. Ferrier.

<sup>1912</sup> *Supra* n° 497.

<sup>1913</sup> Dans ce sens : Com. 28/05/2013 : n° 11-27256, « l'arrêt retient que M. X... a eu à sa disposition le document d'information précontractuelle, qu'il a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie et que si le document ne comportait pas d'état local du marché et s'il appartenait effectivement au franchiseur de présenter l'état général et local du marché, le candidat à la franchise devait réaliser lui-même une étude précise du marché local et que, compte tenu du temps dont M. X... avait disposé pour affiner son appréciation du marché local, les éventuels manquements à telle ou telle exigence légale n'auraient pu, de toute façon, être constitutifs d'un dol ou d'une erreur de nature à vicier son consentement ; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu déduire que M. X... ne rapportait pas la preuve d'un vice du consentement ».

<sup>1914</sup> Com. 30/05/2012 : n° 11-19594, « le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci » – Com. 28/06/2005 : n° 03-16794 ; B. n° 140.

consentement et ont ainsi été analysées par une partie de la doctrine comme privant d'efficacité l'obligation d'information précontractuelle légale<sup>1915</sup>.

**501. Régime probatoire.** L'existence d'une obligation légale d'information précontractuelle permet cependant de formaliser une partie des pourparlers précontractuels. En effet, les textes prévoient expressément le contenu de l'information devant être délivrée et imposent un écrit<sup>1916</sup>. La preuve d'une faute du fournisseur dans l'information précontractuelle s'en trouve facilitée pour le distributeur.

Si un document a été communiqué, il suffira de comparer son contenu au contenu réglementaire pour faire apparaître une éventuelle carence.

Au contraire, si aucun document n'a été communiqué, la jurisprudence déduit de l'article 1315 du Code civil qu'il appartient au débiteur d'une obligation d'information d'en prouver l'exécution<sup>1917</sup>. En l'absence d'écrit, cette preuve ne pourra, en pratique, être rapportée et le manquement du fournisseur sera donc établi.

L'obligation d'information précontractuelle légale facilite ainsi la démonstration d'une faute du fournisseur dans les pourparlers, susceptible d'engager sa responsabilité civile<sup>1918</sup> en présence d'un préjudice<sup>1919</sup> et d'un lien de causalité<sup>1920</sup> et, le cas échéant, de caractériser un vice du consentement<sup>1921</sup>.

De plus, par rapport au droit commun, la faute pourra être appréciée objectivement (non délivrance des informations prévues par la loi) et non par rapport à des normes imprécises, relatives et abstraites comme la bonne foi ou la loyauté lors des pourparlers, la pertinence de l'information ou son ignorance légitime.

S'agissant de l'altération du consentement, une partie de la doctrine a soutenu que l'obligation légale d'information précontractuelle devrait faire peser sur le fournisseur l'ayant méconnue une présomption simple de vice du consentement du distributeur conduisant ainsi à inverser la charge de la preuve du vice qui, en principe, incombe à celui qui l'allègue<sup>1922</sup>. La Cour de cassation a semblé l'admettre dans une décision de 2004<sup>1923</sup> mais a jugé postérieurement que le vice du consentement ne pouvait être déduit du seul

---

<sup>1915</sup> Dans ce sens : MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *Comment...*, *op. cit.*, n° 3, la solution « aboutit pratiquement à abroger de facto la loi » – KENFACK (H.), *L'obligation précontractuelle d'information : l'espoir déçu ?*, in *Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 155 s., p. 162, « cette condition anéantit l'intérêt du texte » – *Contra* : REGNAULT (S.), *op. cit.*, p. 16 s.

<sup>1916</sup> C. com. art. L. 330-3, R. 330-1, L. 146-2 et D. 146-2 – Sur la question : *infra* n° 525 s.

<sup>1917</sup> Dans ce sens : Civ. 1 15/05/2002 : n° 99-21521 ; B. n° 132 – Civ. 1 25/02/1997 : n° 94-19685 ; B. n° 75 ; CCC 1997, 76, L. Leveneur ; Defr. 1997, 36591, J.-L. Aubert ; RTD civ. 1997, 924, J. Mestre – V. également : Com. 24/03/1998 : n° 96-13158, retenant la réticence dolosive au motif notamment que « le franchiseur ne justifie pas avoir fourni les informations sur le réseau de franchisage et les perspectives de développement ».

<sup>1918</sup> Com. 27/01/2009 : n° 07-21616 ; RDC 2009, 1150, M. Béhar-Touchais – Com. 09/10/2007 : n° 05-14118 ; JCP E, 2008, 1638, D. Mainguy et J.-L. Respaud – Com. 06/05/2003 : n° 01-00515 – V. également : Com. 21/01/2004 : n° 02-16866.

<sup>1919</sup> « Le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par une perte d'une chance d'obtenir les gains attendus » (Com. 25/11/2014 : n° 13-24658 ; CCC 2015, 37, M. Malaurie-Vignal – Com. 31/01/2012 : n° 11-10834 – Com. 18/10/2011 : n° 10-23524).

<sup>1920</sup> Com. 19/01/2010 : n° 09-10980 ; B. n° 15 ; JCP E 2010, 1348, E. Friedel et G. Toulouse ; D. 2010, 320, E. Chevrier ; D. 2011, 549, D. Ferrier ; JCP 2010, 1015, n° 4, P. Stoffel-Munck ; PA 22/06/2010, 11, O. Tiquant ; CCC 2010, 92, M. Malaurie-Vignal ; RDLC 02/10, 89, N. Eréséo – Com. 06/05/2003 : n° 01-00515.

<sup>1921</sup> V. pour des exemples dans lesquels le vice du consentement est tiré de l'analyse du document précontractuel : Com. 03/04/2012 : n° 11-16303 – Com. 06/05/2003 : n° 01-00515 – Com. 16/05/2000 : n° 97-16386 – Com. 24/03/1998 : n° 96-13158.

<sup>1922</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ?*, JCP 2010, 134, n° 9, relevant cependant le caractère formel de cette présomption (n° 31) – MAROT (Y.), *Le contenu et la finalité de l'obligation pré-contractuelle en franchise*, JCP E. 2005, 1775, n° 12 – MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.* n° 9 s. – KENFACK (H.), note ss Com. 14/01/2003, D. 2003, p. 2304 s., n° 8 – TIQUANT (O.), *Rétablir l'autorité de la loi... Doubin*, D. 2002, p. 2597 s., p. 2599 – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 70 – NEAU-LEDUC (P.), *La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin*, CDE 02/1998, p. 27 s.

<sup>1923</sup> Com. 04/02/2004 : n° 00-21319 ; RDC 2004, 729, M. Behar-Touchais ; D. 2005, 151, D. Ferrier, en réponse au pourvoi qui rappelait que « c'est à celui qui soutient que son consentement a été vicié en raison de l'inexécution d'une obligation d'information de rapporter la preuve de ce vice », la Cour de cassation juge qu'« ayant retenu qu'en l'absence de remise du document précité, les [distributeurs] [...] ont été privés de précisions et d'informations essentielles qu'il leur était difficile, voire impossible de se procurer, l'arrêt constate, sans inverser la charge de la preuve, que la société [fournisseuse] [...] n'établit pas la parfaite connaissance, exclusive de tout vice du consentement, qu'ils avaient lorsqu'ils se sont engagés ». La solution pourrait cependant être limitée à



manquement du fournisseur à son obligation d'information précontractuelle<sup>1924</sup>. Une partie de la doctrine soutient cependant qu'il convient de distinguer selon l'accessibilité et le caractère déterminant de l'information<sup>1925</sup>.

**502. Caractère normatif.** Indépendamment des sanctions et du régime probatoire, une partie de la doctrine soutient que l'existence même de l'obligation légale produit des effets sur la protection du consentement du distributeur en raison de son caractère normatif<sup>1926</sup>.

En effet, même si les sanctions de l'obligation peuvent sembler peu dissuasives, le fournisseur reste incité à respecter la loi car l'omission partielle ou totale de l'information lui fait néanmoins courir un risque juridique et pourrait entraîner la méfiance du distributeur. De plus, le respect de l'obligation lui permet de prévenir les vices du consentement et donc de renforcer la validité du contrat de distribution.

Or, l'information délivrée permet au candidat distributeur d'avoir à sa disposition un certain nombre d'éléments que le législateur a estimé nécessaires à un consentement éclairé et que le fournisseur est souvent seul à posséder<sup>1927</sup>. L'information permettra ainsi une comparaison des réseaux par le candidat et d'attirer son attention sur des points qu'il aurait pu négliger. De plus, disposant d'un délai de réflexion, le candidat aura le temps d'apprécier l'opération et, le cas échéant, de solliciter les conseils d'autres professionnels.

Pour une partie de la doctrine, l'obligation légale d'information précontractuelle est un mécanisme relationnel protecteur du distributeur car, en réduisant l'asymétrie d'information, elle amenuiserait la position de puissance du fournisseur lors de la négociation du contrat<sup>1928</sup>. Elle favoriserait ainsi l'équilibre contractuel et préviendrait les abus<sup>1929</sup>.

**503. Conclusion.** Finalement, en dépit du débat sur les sanctions des obligations légales d'information précontractuelle et leurs effets sur la charge de la preuve d'un vice du consentement, l'existence d'une telle obligation reste un avantage pour les distributeurs puisqu'elle est susceptible de limiter l'asymétrie d'information dans les pourparlers précontractuels et de faciliter la preuve d'une éventuelle faute du fournisseur. Il existe ainsi une différence de traitement entre les distributeurs créanciers d'une obligation légale d'information précontractuelle et les autres dont il convient de rechercher la justification.

---

l'absence totale de document d'information (KENFACK (H.), *L'obligation précontractuelle d'information : l'espoir déçu ?*, in *Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 155 s., p. 165) ou à l'impossibilité de se procurer les informations en cause (MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 2012, n° 286, dans la 3<sup>ème</sup> édition de l'ouvrage, l'arrêt n'est plus mentionné, l'auteur ayant manifestement estimé qu'il s'agissait d'un cas d'espèce sans portée) — Sur cet arrêt, voir également : GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Préf. Y. Lequette, BDP, t. 509, LGDJ, 2009, n° 310.

<sup>1924</sup> Com. 20/03/2007 : n° 06-11290, « en déduisant un vice du consentement du franchisé du seul manquement du franchiseur à son obligation d'information pré-contractuelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » — Com. 14/06/2005, 2 arrêts : n° 04-13947 et 04-13948, les « manquements à l'obligation d'information incombant au franchiseur [...] sont impropres à caractériser en eux-mêmes l'existence de manoeuvres telles qu'il est évident que, sans elles, les franchisés n'auraient pas contracté » — V. également : Com. 28/05/2013 : n° 11-27256.

<sup>1925</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 605, « en matière de manquement à l'obligation d'informer, il appartient à la victime d'établir seulement que toutes les informations requises n'ont pas été délivrées, alors le contrat sera nul si le fournisseur ne parvient pas de son côté à prouver que la carence n'a pas été de nature à affecter le consentement du distributeur. La charge de la preuve est donc allégée pour la victime du manquement à la délivrance des informations légales : ce n'est pas à elle de prouver qu'elle a été trompée, c'est au fournisseur de prouver qu'elle ne l'a pas été. Cependant si l'information en cause était facilement accessible pour le distributeur ou n'était pas déterminante pour l'amener à s'engager, le fournisseur bénéficiera d'une présomption, simple, d'absence d'altération du consentement. » — *Contra* : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 272, « une présomption de vice du consentement en cas de défaut d'information [...] n'est pas retenue par la Cour de cassation. C'est au créancier de l'information de prouver le vice. Il n'est pas présumé. » — GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 1668.

<sup>1926</sup> Dans ce sens : LEBRETON (S.), *op. cit.*, n° 122, soulignant la portée normative de l'obligation légale d'information précontractuelle qui « manifeste que le législateur souhaite apporter un certain équilibre dans les situations où des rapports de force économiquement inégaux existent, organiser des mécanismes relationnels plus protecteurs du distributeur, et, partant, renforcer la qualité des relations ».

<sup>1927</sup> *Infra* n° 531.

<sup>1928</sup> CHAZAL (J.-P.), *op. cit.*, n° 559 et n° 760.

<sup>1929</sup> LEBRETON (S.), *op. cit.*, n° 119, 122 et 124.

## B – La justification des différences de traitement

**504. Plan.** Une fois les fondements des obligations légales d'information précontractuelle identifiés (1), il sera possible d'apprécier s'ils permettent de justifier les différences de traitement observées (2).

### 1 – Les fondements des obligations légales d'information précontractuelle

**505. Plan.** Les fondements de l'obligation d'information précontractuelle de la loi *Doubin* (a) et celle des gérants-mandataires (b) seront recherchés successivement.

#### a - Les fondements de l'information précontractuelle de la loi *Doubin*

**506. Travaux parlementaires.** L'étude des travaux parlementaires de la loi *Doubin* révèle que le législateur avait pour intention d'« encadrer les rapports entre franchiseurs et franchisés » dans le but de lutter contre les « cas de faillites de certains réseaux, voire d'escroquerie pure et simple ». L'« objectif recherché » était « d'une part, de permettre au futur franchisé de se déterminer en ayant en sa possession toutes les informations indispensables et de lui laisser un laps de temps suffisant pour s'entourer des conseils qui lui paraîtront nécessaires, d'autre part, d'assurer la transparence des relations entre les cocontractants lors de la signature du contrat ». Le rapporteur expliquait encore que cette initiative de réglementation était « parfaitement justifiée » car « s'il est juridiquement indépendant, le distributeur est économiquement subordonné puisqu'il ne peut ni se diversifier, ni appliquer une politique commerciale personnelle ». De plus, cette subordination économique étant « librement consentie par un contrat signé entre les deux partenaires et destiné à permettre une collaboration économique dont chacune des parties devra tirer bénéfice », il était « donc bien nécessaire que le futur partenaire dispose, avant de s'engager, d'informations complètes lui permettant de signer en toute connaissance de cause »<sup>1930</sup>.

Dans ces propos, il apparaît que la finalité de l'obligation d'information précontractuelle est de renforcer la qualité du consentement (fondement téléologique) des franchisés perçus comme s'engageant dans un rapport de dépendance caractérisé par une impossibilité de diversification rendant le contrat essentiel à l'activité (dépendance-nécessité) doublée d'une impossibilité de développer une politique commerciale personnelle (dépendance-obéissance) (fondement technique).

Ces fondements renvoient à une conception libérale des relations économiques et contractuelles à laquelle se rapporte également la théorie de l'autonomie de la volonté<sup>1931</sup>. La volonté étant libre et raisonnable, la loi doit laisser aux contractants la plus grande liberté dans l'organisation de leurs relations car ils sont les meilleurs juges de leurs intérêts<sup>1932</sup>. Le législateur admet ainsi qu'un distributeur prenne le risque de se placer dans un état de dépendance à condition qu'il s'agisse d'un choix libre, ce qui suppose qu'il dispose d'informations suffisantes pour se déterminer.

---

<sup>1930</sup> JOAN Déb. 1989-1990, 08/12/1989, p. 6231, col. 1, propos de P. Bassinet, rapporteur. – V. également : KENFACK (H.), *L'obligation précontractuelle d'information : l'espoir déçu ?*, *op. cit.*, p. 159 s.

<sup>1931</sup> Sur la question : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 182 s.

<sup>1932</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (Y.), *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mél. P. Didier, Economica, 2008, p. 247 s., n° 18, « le droit impose une telle obligation [d'information précontractuelle] à l'une des parties, [...] parce qu'il considère que des individus, même en situation d'inégalité, sont aptes à défendre leurs intérêts, si on leur donne les moyens de s'informer et de réfléchir » – V. également : SAVAUX (E.), *Solidarisme contractuel et formation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 43 s.

**507. Risques du contrat.** Une partie de la doctrine rattache ainsi l'obligation d'information précontractuelle à la notion de risque<sup>1933</sup>. Monsieur Barbier soutient que cette obligation garantit la liberté de prendre des risques – composante de la liberté d'entreprendre<sup>1934</sup> – puisqu'elle suppose la capacité de connaître les risques<sup>1935</sup>. Monsieur Martin souligne que le texte de la loi *Doubin*, « *pourtant rédigé en termes très généraux, vise avec une relative précision un grand nombre d'éléments essentiel pour la gestion des risques* » et « *qu'à la différence des obligations traditionnelles d'informer* », il « *porte davantage sur l'ensemble de l'opération, ses chances de développement, ses risques d'échec et son environnement commercial général* » et traduit donc une recherche d'équilibre des capacités d'évaluation des risques du contrat par les parties<sup>1936</sup>. La jurisprudence lie également parfois l'information précontractuelle et les risques associés au contrat<sup>1937</sup>. L'information est ainsi conçue comme un « *antidote contre les risques* » de l'activité mais aussi du contrat lui-même conçu comme source d'une domination économique<sup>1938</sup>. En effet, il a été constaté que dans les contrats d'intégration comme la franchise, l'activité était dirigée et contrôlée par le fournisseur alors que ses risques étaient supportés par le distributeur<sup>1939</sup>.

**508. Fondement téléologique.** La loi précise clairement le fondement téléologique de l'obligation d'information puisqu'elle dispose qu'elle doit « *permettre [à son créancier] de s'engager en connaissance de cause* »<sup>1940</sup>. Il s'agit de renforcer la connaissance du distributeur sur l'entreprise de son cocontractant, son réseau, le contenu du contrat et, par suite, de prévenir tout vice du consentement.

**509. Fondement technique.** S'agissant du fondement technique, si la loi réserve l'obligation aux contrats « *conclu[s] dans l'intérêt commun des deux parties* », exigeant au cocontractant « *un engagement de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité* » et mettant à sa « *disposition [...] un nom commercial, une marque ou une enseigne* »<sup>1941</sup>.

Pour le législateur, le texte concernait la franchise, l'intérêt commun visait la nécessité de collaboration des parties, l'engagement de quasi-exclusivité renvoyait à la dépendance-nécessité tirée de l'impossibilité de diversification et la mise à disposition d'un signe distinctif à l'obligation de suivre la politique commerciale liée à ce signe et donc à l'impossibilité de développer une politique commerciale personnelle<sup>1942</sup>.

Cependant, en raison de l'imprécision des termes utilisés, la mise à disposition d'un signe distinctif

<sup>1933</sup> MARTIN (A.-C.), *L'imputation des risques entre contractants*, Préf. D. Ferrier, BDP, t. 508, LGDJ, 2009, n° 165 s. – FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 27, « *la protection [de la loi Doubin] semble [...] réservée à ceux qui supportent un risque lié à l'exercice de l'activité de distributeur sous l'enseigne d'un fournisseur, en contribuant à leur meilleure connaissance du risque* » – MARTIN (G. J.), *Le risque, concept méconnu du droit économique*, RIDE 2/1990, p. 173 s., p. 198.

<sup>1934</sup> BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2010, n° 103 s.

<sup>1935</sup> *Ibid.*, n° 58 s.

<sup>1936</sup> MARTIN (G. J.), *op. cit.*, n° 31 et 32.

<sup>1937</sup> V. par ex. : Com. 07/07/2004 : n° 02-15950 ; B. n° 150 ; D. 2005, 151, D. Ferrier, excluant un vice du consentement de locataires-gérants malgré les manquements à la loi *Doubin* au motif que le distributeur « *avait été à même d'apprécier les chances et les risques d'une telle exploitation* ».

<sup>1938</sup> MOLFESSIS (N.), *De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 927 s., n° 29 s., « *l'obligation d'information est comprise comme une forme d'antidote contre les risques. C'est la loi du genre : plus une activité, une décision, un investissement, comportent des risques, plus il apparaît nécessaire de les faire précéder d'une information qui, en révélant les dangers, serait censée les prévenir* ».

<sup>1939</sup> *Supra* n° 126 s., spéc. n° 153.

<sup>1940</sup> C. com. art. L. 330-3.

<sup>1941</sup> C. com. art. L. 330-3.

<sup>1942</sup> Dans ce sens : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 1659 – THREARD (J.), *op. cit.*, p. 610, « *par cet engagement le distributeur abandonne sa liberté. Il épouse la marque et les aléas commerciaux qu'elle va connaître. Il accepte d'appliquer une politique commerciale qui ne lui est pas personnelle, l'exclusivité qui l'engage exclut toute diversification. Le fournisseur et le distributeur ont l'un et l'autre intérêt à réussir* ».

appréhende la simple fourniture d'un produit ou service marqué, l'exigence d'un intérêt commun a été gommé par la jurisprudence et celle-ci a fait de la quasi-exclusivité d'activité une quasi-exclusivité d'approvisionnement pour les produits ou services objets du contrat<sup>1943</sup>. Le texte appréhende donc finalement d'autres contrats que la franchise, ne suppose pas que le distributeur consacre la quasi-exclusivité de son activité à la distribution des produits ou services du cocontractant et qu'il identifie son entreprise aux yeux des tiers à l'aide d'un signe distinctif propriété de ce dernier. Ainsi, par exemple, entre dans le champ d'application du texte un simple contrat portant sur une opération commerciale de promotion par lequel un fournisseur de produits marqués exigerait d'un distributeur ayant sa propre enseigne et commercialisant de nombreux produits et services, qu'il ne distribue, pendant quelques jours, aucun produit concurrent.

**510. Conclusion.** Finalement, l'obligation d'information de la loi *Doubin* a pour finalité d'assurer un consentement éclairé et donc de prévenir tout vice du consentement (fondement téléologique) d'une personne s'appêtant à conclure un contrat présentant un risque de dépendance (fondement technique) en raison d'une exigence d'exclusivité ou quasi-exclusivité pour les produits ou services contractuels ou, *a fortiori*, pour l'ensemble de son activité et l'autorisant ou l'obligeant, à utiliser un signe distinctif dont il n'est pas propriétaire.

Il reste à savoir si l'obligation légale d'information précontractuelle des gérants-mandataires procède du même fondement.

## **b - Les fondements de l'information précontractuelle des gérants-mandataires**

**511. Travaux parlementaires.** L'étude des travaux parlementaires relatifs à l'obligation d'information précontractuelle des gérants-mandataires révèle que l'intention du législateur était de rappeler les principes généraux du droit des contrats encadrant le consentement. La commission du Sénat saisie précise ainsi qu'« *au plan strictement juridique, [l'obligation précontractuelle d'information] semble inutile [...] en raison du fait que les principes généraux du droit des contrats imposent d'ores et déjà l'échange loyal d'informations sincères, complètes et claires avant l'engagement commun* » mais que « *toutefois, comme l'expérience démontre – hélas ! – qu'une telle approche n'est pas systématique privilégiée, en particulier lorsque le rapport de force est déséquilibré, il semble opportun d'effectuer ce rappel dans le cadre du chapitre consacré à la gérance-mandat, à l'instar de ce qui est prévu pour la franchise à l'article L. 330-3 du code de commerce* »<sup>1944</sup>. La commission compétente de l'Assemblée nationale émet des remarques similaires et analyse l'obligation précontractuelle d'obligation comme un simple « *rappel, motivé par l'expérience* » que le consentement donné par erreur ou dol n'est pas valable<sup>1945</sup>.

**512. Fondement téléologique.** La finalité de l'obligation d'information précontractuelle des gérants-mandataires réside ainsi, à l'instar de celle la loi *Doubin*, dans la prévention d'un vice du

---

<sup>1943</sup> *Supra* n° 483.

<sup>1944</sup> CORNU (G.), *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan du Sénat sur le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises*, 11/05/2005, p.89.

<sup>1945</sup> POIGNANT (S.) et CHATEL (J.-M.), *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires économiques, de l'Environnement et du Territoire de l'Assemblée nationale sur le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises*, 29/06/2005, p. 111 « Les principes généraux du droit des contrats imposent d'ores et déjà l'échange loyal d'informations sincères, complètes et claires avant l'engagement commun. L'article 1109 du code civil indique qu'il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou surpris par le dol. Il s'agit donc là d'un rappel, motivé par l'expérience, qui montre que l'obligation précontractuelle de renseignement n'est pas systématiquement respectée ».

consentement. Le statut des gérants-mandataires a d'ailleurs repris les termes de cette loi en prévoyant que l'information est due au gérant afin de « *lui permettre de s'engager en connaissance de cause* »<sup>1946</sup>.

**513. Fondement technique.** A s'en tenir aux travaux parlementaires, l'information précontractuelle apparaît comme une exigence générale qui doit s'appliquer à la négociation de tout contrat, « *en particulier lorsque le rapport de force est déséquilibré* ». Ce rapport vise nécessairement la négociation du contrat puisqu'il est question d'une obligation précontractuelle. A la différence de la loi *Doubin*, l'obligation d'information ne semble donc pas liée à la dépendance-nécessité ou la dépendance-obéissance susceptible de résulter du contrat mais à une simple probabilité d'un rapport de force déséquilibré lors de sa conclusion.

Néanmoins, la définition légale du gérant-mandataire exige que le mandant « *fixe une mission* », trace « *un cadre* » et ajoute que le gérant peut être tenu par des « *clauses commerciales* » précisant « *les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué* »<sup>1947</sup>. Se retrouve ainsi la dépendance-obéissance liée à l'impossibilité de suivre une politique commerciale personnelle.

Par ailleurs, le statut ne prévoit aucun engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité du gérant, que ce soit pour son activité ou son approvisionnement. Au contraire, en imposant que le gérant ait « *toute latitude [...] d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants* »<sup>1948</sup> et en admettant qu'il puisse être une personne morale<sup>1949</sup>, la loi semble lui laisser la possibilité de développer plusieurs activités et de gérer plusieurs fonds appartenant, le cas échéant, à des mandants différents. Cependant, le caractère de mandat d'intérêt commun de la gérance-mandat et l'obligation de loyauté du mandataire devraient interdire la gestion d'un fonds concurrent ou la distribution de produits ou services concurrents à ceux que lui fournirait un de ses mandants, sauf accord de celui-ci<sup>1950</sup>. De plus, en pratique, l'exclusivité sera souvent la règle.

Par conséquent, même si le contrat présente potentiellement moins de risques que la franchise<sup>1951</sup>, le mandant devant supporter les risques liés à l'exploitation du fonds<sup>1952</sup> et garantir une « *commission minimale* » au mandataire<sup>1953</sup>, la dépendance-nécessité et la dépendance-obéissance sont des réalités dans la pratique de la gérance-mandat qui expliquent le nombre très important de requalification en contrats de travail<sup>1954</sup>. Le gérant-mandataire gère rarement plusieurs fonds et est souvent tenu de suivre une politique commerciale stricte du mandant. Il n'est certainement pas anodin que le législateur ait pensé à introduire une obligation légale d'information précontractuelle visant à renforcer le consentement d'une personne adoptant un statut conçu précisément pour mettre fin à l'application du droit du travail dans des situations de dépendance que la jurisprudence avait estimé révélatrices de rapports relevant du salariat<sup>1955</sup>.

**514. Conclusion.** Finalement, les deux obligations précontractuelles légales ont un fondement téléologique commun (accroître la connaissance d'une des parties pour prévenir tout vice du consentement). Leur

---

<sup>1946</sup> C. com. art. L. 146-2.

<sup>1947</sup> C. com. art. L. 146-1.

<sup>1948</sup> C. com. art. L. 146-1.

<sup>1949</sup> C. com. art. L. 146-1.

<sup>1950</sup> *Supra* n° 167 et 210.

<sup>1951</sup> Dans ce sens : FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 27.

<sup>1952</sup> C. com. art. L. 146-1 – Sur la question : *supra* n° 210 et *infra* n° 555.

<sup>1953</sup> C. com. art. L. 146-3 – Sur la question : *infra* n° 552 s.

<sup>1954</sup> *Supra* n° 206 s.

<sup>1955</sup> *Supra* n° 206.

fondement technique peut apparaître différent puisque l'obligation d'information du gérant-mandataire semble uniquement liée à un risque d'existence d'un rapport de force déséquilibré lors de la négociation et ne suppose pas nécessairement que le contrat comporte un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité et la mise à disposition d'un signe distinctif. Cependant, l'existence fréquente de ces éléments en pratique et les nombreuses requalifications en contrat de travail des gérances-mandats permet de retenir un fondement technique commun résidant dans un risque de dépendance présenté par un contrat autorisant le fournisseur à imposer une politique commerciale ou à restreindre les possibilités de diversification du distributeur.

Reste à savoir si ces fondements justifient les différences de traitement observées entre les distributeurs.

## **2 – L'appréciation de la justification des différences de traitement**

**515. Justification tirée du rapport de force déséquilibré.** Le fondement téléologique de l'obligation d'information précontractuelle légale étant la prévention d'un vice du consentement, si le fondement technique réside dans un simple risque d'erreur ou de dol en raison d'un risque de rapport de force déséquilibré lors de la conclusion du contrat rien ne justifie que l'obligation d'information ne soit pas étendue à l'ensemble des contrats de distribution, un tel risque étant susceptible d'exister dans toutes les relations de distribution<sup>1956</sup>.

**516. Justification tirée du risque de dépendance présenté par le contrat.** En revanche, si le fondement technique est la conclusion d'un contrat de distribution susceptible d'entraîner une dépendance, la possibilité d'inégalités de traitement est très limitée.

En effet, la loi *Doubin* dont le champ d'application a été interprété de façon extensive par la jurisprudence, permet d'appréhender l'essentiel des contrats présentant un tel risque. Elle n'exclut aucune nature contractuelle (vente, louage, dépôt, mandat, commission, courtage, etc.), appréhende l'exclusivité partielle tant dans son assiette (produits ou services contractuels ou intégralité de l'exclusivité) que dans son taux (exclusivité ou quasi-exclusivité) et toute situation pouvant donner lieu à une restriction de la liberté commerciale puisqu'une telle restriction est, en principe, justifiée par l'image associée à une marque, à une enseigne ou à un nom commercial<sup>1957</sup>.

Par suite, les contrats n'entrant pas dans le champ de la loi *Doubin* présentent, en principe, un risque de dépendance plus limité soit parce qu'ils n'exigent d'exclusivité ou de quasi-exclusivité ni pour les produits ou services contractuels, ni pour l'activité du distributeur, soit parce qu'ils concernent des produits non marqués

---

<sup>1956</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 25 s.

<sup>1957</sup> Si, théoriquement, la mise à disposition d'un signe distinctif ne suppose pas nécessairement son utilisation et l'imposition d'une politique commerciale par le fournisseur, en pratique, l'imposition d'une politique commerciale par le fournisseur se systématiquement liée à la mise à disposition d'un signe distinctif. En effet, l'objectif de la mise à disposition d'une enseigne ou d'un nom commercial pour la distribution de produits ou services est de permettre d'identifier un établissement (enseigne) ou une entreprise (nom commercial). Or, cette identification n'aurait aucun sens, si elle ne s'accompagnait pas de similitudes commerciales entre les établissements ou entreprises identifiés par le même signe. L'utilisation d'une enseigne ou d'un nom commercial appartenant au fournisseur sera donc systématiquement accompagnée de normes d'organisation ou de gestion de l'entreprise ou de l'établissement associées à ce signe. Le lien est moins systématique avec la mise à disposition d'une marque, celle-ci identifiant non l'entreprise ou l'établissement de distribution mais les produits et services distribués. Cependant, les marques sont souvent utilisées comme enseignes et renvoient à une image particulière du produit ou service qui justifie souvent des limites dans la politique commerciale ou une organisation particulière de l'unité de distribution (c'est particulièrement le cas pour les produits ou services de luxe). Certains produits ou services marqués peuvent cependant n'être associés à aucun concept particulier de distribution et n'impliquer aucune politique commerciale particulière (c'est notamment le cas pour les marques bas de gamme ou éphémères). En visant à la fois la mise à disposition d'un nom commercial, d'une enseigne ou d'une marque, le texte permet en principe d'englober l'ensemble des situations dans lesquelles une politique commerciale est imposée au distributeur.

et ne mettent à la disposition du distributeur aucun signe distinctif, le laissant ainsi libre de sa politique commerciale et lui facilitant une éventuelle substitution des produits ou services par d'autres.

Des inégalités de traitement pourraient donc seulement exister en raison du taux incertain de la quasi-exclusivité. En effet, un contrat exigeant un même engagement d'exclusivité partielle pourrait être inclus dans le champ de la loi *Doubin* par un juge alors qu'il en serait exclu par un autre qui exigerait un taux d'exclusivité plus important pour qualifier la quasi-exclusivité<sup>1958</sup>.

**517. Conclusion.** Finalement, les inégalités de traitement entre les distributeurs tenant à l'existence ou non d'une l'obligation légale d'information précontractuelle sont limitées. Tout distributeur auquel est proposé un contrat présentant un risque de dépendance lié à une exclusivité ou quasi-exclusivité ou à l'imposition d'une politique commerciale entre, en principe, dans le champ d'une obligation légale d'information précontractuelle. Il existe cependant deux sources d'inégalités.

En premier lieu, le taux de la quasi-exclusivité étant incertain, il peut conduire à des inégalités de traitement liées à des interprétations jurisprudentielles divergentes.

En second lieu, il existe des inégalités de fait dues à une perception restreinte du champ d'application de la loi *Doubin* puisque qu'elle n'est, en pratique, ni respectée, ni invoquée pour les contrats de VRP, d'agence commerciale, de gérance de succursales ou de gérance non salariée de succursales de commerce de détail alimentaire alors qu'elle leur serait pourtant applicable.

## **§ 2 – Les inégalités de modalités et contenu de l'obligation d'information précontractuelle**

**518. Postulat.** La possibilité d'inégalités de traitement entre les distributeurs bénéficiant de l'information précontractuelle de la loi *Doubin* et ceux bénéficiant de l'information prévue par l'article L. 146-2 du Code de commerce suppose une absence d'application cumulative de ces obligations d'information au gérant-mandataire du Code de commerce<sup>1959</sup>. Les raisonnements auront comme postulat ce non-cumul.

**519. Plan.** Il apparaît alors des inégalités tenant aux modalités (A) et au contenu (B) de l'information.

### **A – Les inégalités dans les modalités de l'obligation d'information**

**520. Plan.** L'étude comparative des obligations d'information précontractuelle prévues par la loi *Doubin* et par le statut des gérants-mandataires du Code de commerce fait apparaître des inégalités de traitement sur le délai de réflexion accordé au distributeur (1) et sur les sanctions de l'irrespect de l'obligation (2).

#### **1 – Les inégalités de délai de réflexion**

**521. Mise en évidence des différences.** Il existe une disparité sur le délai de communication des documents devant être remis au distributeur avant la signature du contrat. Pour l'information de la loi

---

<sup>1958</sup> Dans ce sens : ERÉSEIO (N.), *op.c it.*, n° 191 s., constatant les divergences jurisprudentielles sur le taux de la quasi-exclusivité entraînent « une rupture d'égalité devant l'application de la loi » (n° 212).

<sup>1959</sup> *Supra* n° 487.

*Doubin*, la communication doit avoir lieu au moins 20 jours<sup>1960</sup> avant la signature du contrat<sup>1961</sup> alors que ce délai est seulement de 10 jours pour les gérants-mandataires du Code de commerce<sup>1962</sup>.

De plus, pour garantir la liberté du distributeur au cours de la période de réflexion, la loi *Doubin* prévoit que si « *une somme est exigée préalablement à la signature du contrat [...] notamment pour obtenir la réservation d'une zone* » le document d'information et le projet de contrat doivent être communiqués 20 jours avant son versement<sup>1963</sup>. Rien de tel n'est prévu pour les gérants-mandataires du Code de commerce.

**522. Absence de justification.** L'existence d'un délai de réflexion deux fois plus court pourrait être justifiée par le contenu plus restreint de l'information prévue pour les gérants-mandataires<sup>1964</sup> et qui nécessiterait moins de temps d'analyse. Cependant, un délai si court est susceptible de limiter les possibilités du candidat de s'entourer d'avis de professionnels avant de s'engager<sup>1965</sup>.

Par ailleurs, rien ne justifie que l'éventuel versement d'une somme préalablement à la signature du contrat ne soit pas pris en compte pour les gérants-mandataires alors qu'il l'est pour les autres formes de gérance et notamment la location-gérance. Ce versement avant la signature du contrat affecte de la même façon la liberté de renoncer au projet, qu'il soit une gérance-mandat ou une autre forme de gérance.

A ces inégalités s'ajoutent celles tenant à la sanction de l'obligation d'information précontractuelle.

## **2 – Les inégalités de sanction**

**523. Mise en évidence des différences.** Le droit positif ne fait pas apparaître de différence de sanction civile des obligations d'information des articles L. 330-3 et L. 146-2 du Code de commerce. Ces textes n'envisageant aucune sanction civile, la jurisprudence devrait logiquement aligner le régime de l'information des gérants-mandataires sur celui de la loi *Doubin*<sup>1966</sup>.

Il existe, en revanche, une différence de sanction pénale puisque, dans le cadre de la loi *Doubin*, l'absence de transmission de l'information dans le délai est punie par une contravention de la cinquième classe<sup>1967</sup> alors que rien n'est prévu pour les gérants-mandataires du Code de commerce.

**524. Absence de justification.** Or, l'existence d'une sanction pénale révèle l'importance de la règle<sup>1968</sup> et permet, en principe, au ministère public d'engager des poursuites sans intervention de la victime<sup>1969</sup>. L'absence d'une telle sanction révélerait ainsi l'importance moindre de l'information précontractuelle des gérants-mandataires par rapport à celle prévue par la loi *Doubin*, ce qui est difficile à justifier au regard des

---

<sup>1960</sup> C. com. art. L. 330-3.

<sup>1961</sup> Dans ce sens : Com. 17/07/2001 : n° 98-19258 ; B. n° 153 ; D. 2002, 627, H. Kenfack ; RTD civ. 2002, 93, J. Mestre et B. Fages ; JCP E 2002, 546, J.-F. Kamdem.

<sup>1962</sup> C. com. art. D. 146-2.

<sup>1963</sup> C. com. art. L. 330-3, al. 3.

<sup>1964</sup> *Infra* n° 526.

<sup>1965</sup> Le législateur a fixé un délai de 20 jours afin « *de permettre au futur franchisé de se déterminer en ayant en sa possession toutes les informations indispensables* » mais également « *de lui laisser un laps de temps suffisant pour s'entourer des conseils qui lui paraîtront nécessaires* » (JOAN Déb. 08/12/1989, p. 6231, col. 1, propos de P. Bassinet, rapporteur) – Rapp. : Com. 28/05/2013 : n° 11-27256, retenant l'absence de vice du consentement au motif que le distributeur « *a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie* ».

<sup>1966</sup> *Supra* n° 500.

<sup>1967</sup> C. com. art. R. 330-2.

<sup>1968</sup> *Supra* n° 500.

<sup>1969</sup> CPP art. 1. – De telles actions ne s'observent pas en pratique notamment en raison du caractère seulement contraventionnel de l'infraction. Néanmoins, les recours des autorités publiques connaissent un regain d'intérêt dans les relations de distribution (*infra* n° 977).



fondements communs de ces obligations<sup>1970</sup>.

Des inégalités existent également dans le contenu de ces obligations d'informations.

## **B – Les inégalités de contenu de l'obligation d'information précontractuelle**

**525. Plan.** La comparaison des contenus des obligations d'information prévues par la loi *Doubin* et par le statut du gérant-mandataire du Code de commerce fait apparaître des différences (1) qui ne sont pas justifiables (2) et caractérisent donc des inégalités de traitement.

### **1 – L'existence de différences de traitement**

**526. Déficit d'information du gérant mandataire.** Le contenu de l'information précontractuelle de la loi *Doubin* est plus étendu que celui de l'information précontractuelle des gérants-mandataires<sup>1971</sup>.

Tout d'abord, à la différence de la loi *Doubin*, le statut des gérants-mandataires ne prévoit pas la communication d'un projet de contrat<sup>1972</sup> mais seulement l'indication des conditions générales de gestion du fonds, des modalités de calcul de la commission et de la durée, des conditions de renouvellement, de cession et de résiliation du contrat proposé<sup>1973</sup>. Il ne prévoit pas non plus l'hypothèse où une somme est exigée préalablement à la signature du contrat et n'exige donc pas que les prestations assurées en contrepartie soient précisées par écrit avec les obligations réciproques des parties en cas de dédit<sup>1974</sup>.

Ensuite, les informations données au gérant-mandataire sur son mandant sont plus limitées que les informations sur le fournisseur imposées par la loi *Doubin*. Il doit être informé de la date de création de l'entreprise du mandant, des principales étapes de son évolution<sup>1975</sup> mais il n'est pas imposé d'information sur son expérience, celles de ses dirigeants et sur l'état de son marché<sup>1976</sup>. Seules les éventuelles affiliations et la nature des contrats d'affiliation du mandant à un réseau d'exploitants doivent être indiquées<sup>1977</sup>.

En particulier, le mandant n'a pas à fournir d'information sur son propre réseau d'exploitants. Il n'est pas prévu de communication de la liste des autres fonds du mandant et notamment de ceux donnés en gérance-mandat avec leur adresse et les dates de conclusion ou de renouvellement des contrats<sup>1978</sup>. Le mandant n'a pas non plus à communiquer le nombre de gérants-mandataires ayant cessé leur exploitation au cours de l'année précédente et la cause de ces cessations (expiration, résiliation, annulation du contrat)<sup>1979</sup>.

De même, les comptes annuels ou rapports financiers annuels du mandant n'ont pas à être communiqués<sup>1980</sup> mais seulement, « *le cas échéant, le chiffre d'affaires annuel réalisé au cours des deux*

---

<sup>1970</sup> *Supra* n° 505 s., spéc. n° 514.

<sup>1971</sup> Sur le contenu de l'information précontractuelle due au gérant-mandataire : SAINTOURENS (B.), *Les informations précontractuelles à fournir au gérant-mandataire*, RTD com. 2006, p. 565 s.

<sup>1972</sup> C. com. art. L. 330-3 et art. R. 330-1, 6°.

<sup>1973</sup> C. com. art. D. 146-1, 6°, 7° et 8°.

<sup>1974</sup> C. com. art. L. 330-3, al. 3, « *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* ».

<sup>1975</sup> C. com. art. D. 146-1, 4°.

<sup>1976</sup> C. com. art. R. 330-1, 4°.

<sup>1977</sup> C. com. art. D. 146-1, 5°.

<sup>1978</sup> C. com. art. R. 330-1, 5°, a) et b).

<sup>1979</sup> C. com. art. R. 330-1, 5°, c).

<sup>1980</sup> C. com. art. R. 330-1, 4°.

derniers exercices du fonds mis en gérance-mandat, ainsi que le bilan annuel pour ces mêmes périodes »<sup>1981</sup>.

Enfin, par rapport aux distributeurs soumis à la loi *Doubin*, le gérant-mandataire du Code de commerce connaît également un déficit d'information sur son lieu d'implantation et son environnement commercial. Il n'est prévu, ni l'indication de la présence d'autres distributeurs des produits ou services du mandant dans la zone d'activité de l'implantation, ni la communication de l'état et des perspectives de développement du marché local<sup>1982</sup>.

**527. Déficit d'information du distributeur relevant de la loi *Doubin*.** Le gérant-mandataire du Code de commerce bénéficie néanmoins d'une information supplémentaire puisqu'il doit être informé du chiffre d'affaires du fonds au cours des deux dernières années<sup>1983</sup> alors que la loi *Doubin* ne le prévoit pas.

**528. Conclusion.** Finalement, le gérant-mandataire du Code de commerce souffre globalement d'un déficit d'information par rapport aux distributeurs relevant de la loi *Doubin*. Le législateur a considéré que pour s'engager, il aurait essentiellement besoin de pouvoir calculer le montant probable des commissions (information sur les modalités de calcul de la commission proportionnelle au chiffre d'affaires et les chiffres d'affaires des deux dernières années) et non d'apprécier l'expérience du mandant ou la situation des autres distributeurs du réseau.

Il reste à savoir si ces différences de traitement sont justifiées.

## **2 – L'absence de justification des différences de traitement**

**529. Fondement technique.** Pour déterminer si une information doit être communiquée par son détenteur, la doctrine invite à apprécier si elle est, d'une part, légitimement ignorée par l'autre partie (élément moral)<sup>1984</sup> et, d'autre part, pertinente (élément matériel), c'est-à-dire à la fois utile, licite et en rapport avec l'objet des obligations du contrat<sup>1985</sup>.

**530. Déficit d'information des distributeurs de la loi *Doubin*.** Les contrats de gestion d'un fonds du fournisseur entrent dans le champ de la loi *Doubin*, en particulier la location-gérance<sup>1986</sup>. Or, elle n'impose pas la communication du chiffre d'affaires antérieur du fonds que le distributeur envisage d'exploiter.

Cette information apparaît pourtant au moins aussi utile, licite et en rapport avec l'objet des obligations du contrat à un locataire-gérant qu'à un gérant-mandataire<sup>1987</sup>. Elle est également légitimement ignorée car ni le statut de la location-gérance, ni les règles du registre du commerce et des sociétés n'imposent la

---

<sup>1981</sup> C. com. art. D. 146-1, 3°.

<sup>1982</sup> C. com. art. R. 330-1, 4° et 5 d).

<sup>1983</sup> C. com. art. D. 146-1, 3°.

<sup>1984</sup> L'ignorance légitime est notamment démontrée par l'impossibilité d'accéder à l'information détenue par le cocontractant.

<sup>1985</sup> Sur ces critères : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 1700 s. – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 259 s. – HOUTCIEFF (D.), *La protection du consentement - L'obligation d'information*, *Lamy Droit du contrat*, étude 132, maj. 2015, n° 132-7 s. – FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 154 s.

<sup>1986</sup> *Supra* n° 485 – La location-gérance d'un fonds existant est parfois proposée aux candidats à la franchise qui ne disposeraient pas de moyens suffisants pour créer une unité de distribution ou reprendre celle d'un ancien franchisé. En effet, un fournisseur peut parfois avoir intérêt, pour des raisons financières notamment, à transformer des succursales en fonds franchisés ou être amené à racheter l'unité de distribution d'un franchisé cessant son activité (retraite, incapacité, etc.) faute de repreneur. Or, faute de trouver des candidats franchisés disposant de moyens suffisant pour racheter ces fonds, ceux-ci peuvent, en attendant qu'un candidat se présente, être donnés en location-gérance. La location-gérance avec option d'achat peut notamment permettre à un candidat franchisé d'assurer l'exploitation du fonds en attendant d'avoir réunis les moyens nécessaires à son acquisition à fin de transformation en fonds franchisé.

<sup>1987</sup> L'information permet d'apprécier le montant du loyer, la valeur et la rentabilité du fonds. Elle est ainsi due à l'acquéreur d'un fonds de commerce (C. com. art. L. 141-1, I, 3°) mais la loi ne prévoit rien à l'égard du preneur d'un fonds.

communication ou publication de ces informations. Il existe ainsi une inégalité de traitement en droit, même si en pratique, ces informations seront communiquées, la reprise d'un fonds existant sans connaissance de ses résultats passés étant difficilement envisageable.

### 531. Déficit d'information des gérants-mandataires.

**Risques.** Les déficits d'information du gérant-mandataire du Code de commerce pourraient s'expliquer par le fait que les risques liés à l'exploitation du fonds doivent être assumés par le mandant<sup>1988</sup> alors que, dans les contrats comme la franchise, la concession ou la location-gérance visés par la loi *Doubin*, ils sont supportés par le distributeur<sup>1989</sup>.

Cependant, le gérant-mandataire court néanmoins des risques<sup>1990</sup> et les informations sont communiquées indépendamment de la charge des risques de l'activité dans le cadre de la loi *Doubin*. Ainsi, un gérant-mandataire soumis au droit du travail par l'effet du statut du gérant de succursale ou du gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire avec clause de fourniture exclusive<sup>1991</sup> devra, en principe, disposer de telles informations alors même qu'il ne supporte pas l'essentiel des risques de l'exploitation et se trouve, à la conclusion du contrat, dans une situation similaire à celle du gérant-mandataire du Code de commerce.

**Rapport avec l'objet du contrat.** Par ailleurs, les informations relatives à l'expérience professionnelle du mandant ou de ses dirigeants, à ses comptes annuels, à l'état de son réseau, à la situation des autres gérants-mandataires, à la situation générale et locale du marché de produits et services concernés par le contrat et à ses perspectives de développement se rapportent manifestement à l'objet des obligations du contrat : la gestion d'un fonds appartenant au mandant selon la mission et les normes fixées par celui-ci.

**Utilité.** Ces informations sont également utiles puisqu'elles permettent d'apprécier l'expérience et les résultats de ceux qui fixent les normes de gestion et d'exploitation dont dépend l'évolution du chiffre d'affaires du fonds et, par suite, le montant des commissions du gérant-mandataire.

**Licéité.** Ces informations sont aussi licites puisqu'elles n'entrent pas dans le champ d'un quelconque secret professionnel. Elles relèvent tout au plus du secret des affaires qui peut parfaitement être préservé par un engagement de confidentialité.

**Ignorance légitime.** Par ailleurs, ces informations sont, en principe, légitimement ignorées par le gérant-mandataire. Il en va certainement de l'expérience professionnelle du mandant ou de ses dirigeants, des étapes d'évolution de son entreprise, de l'état de son réseau d'exploitants et notamment de la situation des autres gérants-mandataires car ces informations internes à l'entreprise et au réseau du mandant sont rarement accessibles aux tiers.

La légitimité de l'ignorance des comptes annuels du mandant est moins évidente. En effet, ce dernier est souvent une société soumise à l'obligation de dépôt des comptes annuels au Greffe du Tribunal de commerce<sup>1992</sup>. Cependant, le dépôt des comptes n'est pas toujours effectué<sup>1993</sup> et on imagine mal le futur

---

<sup>1988</sup> *Supra* n° 210 et *infra* n° 555.

<sup>1989</sup> Rapp. : FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 27.

<sup>1990</sup> *Supra* n° 152 s. (franchise et concession) et 270 (location-gérance).

<sup>1991</sup> C. trav. art. L. 7322-2.

<sup>1992</sup> C. com. art. L. 232-21 s.

gérant-mandataire agir, avant même la conclusion du contrat, pour condamner son futur mandant à déposer ses comptes<sup>1994</sup>, l'ignorance devrait donc souvent pouvoir être considérée comme légitime.

S'agissant de l'état général et local et des perspectives de développement du marché des produits ou services distribués<sup>1995</sup>, il peut faire l'objet d'une étude de marché réalisée par le candidat gérant-mandataire, le cas échéant, avec l'aide d'une société spécialisée, mais, compte tenu de sa qualité d'acteur de ce marché, le mandant détient, en principe, des informations qui ne seront pas accessibles au candidat gérant et aux sociétés spécialisées dans les études de marché. Par ailleurs, le fait que ces informations sur l'état et les perspectives du marché émanent du mandant permet au candidat gérant-mandataire d'apprécier l'expérience et la compétence du mandant à travers la connaissance qu'il a de son marché et de son évolution. Or, cette perception du marché par le mandant n'est pas une information accessible.

**532. Conclusion.** Les différences de contenu entre les obligations précontractuelles légales n'apparaissent donc pas justifiées. Elles résultent de l'adoption d'un texte spécial restrictif pour les gérants-mandataires qui vient perturber l'information prévue par la loi *Doubin* dont le champ d'application est beaucoup plus large et le contenu plus étoffé.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**533. Inégalités limitées d'existence de l'obligation d'information.** Il a été démontré que l'existence d'une obligation légale d'information précontractuelle présentait des avantages par rapport au droit commun<sup>1996</sup> et qu'il n'existait pas d'inégalités importantes entre les distributeurs créanciers d'une telle obligation et les autres. En effet, cette obligation a pour finalité d'accroître la connaissance d'un contractant pour prévenir tout vice de consentement (fondement téléologique) lorsqu'il envisage de conclure un contrat présentant un risque particulier de dépendance (fondement technique)<sup>1997</sup>. Or, les distributeurs envisageant de conclure un tel contrat entrent, en principe, dans le champ d'une obligation légale d'information précontractuelle<sup>1998</sup>. Des inégalités peuvent seulement apparaître en raison de l'indétermination du taux de la quasi-exclusivité conditionnant l'information précontractuelle prévue par la *Doubin*<sup>1999</sup> et des inégalités de fait existent en raison d'une perception réduite du champ d'application de cette loi, en particulier pour les intermédiaires (agents commerciaux, VRP) et les gérants relevant du Code du travail<sup>2000</sup>.

**534. Inégalités importantes de contenu et modalités.** Cette perception réduite explique certainement que le législateur ait cru nécessaire d'adopter une obligation légale d'information précontractuelle spéciale pour les gérants-mandataires du Code de commerce. Cependant, en prévoyant des modalités et un contenu

---

<sup>1993</sup> En 2012, 90 % des SARL et 60 % des SA défailtantes n'avaient pas publié leur dernier bilan (<http://www.village-justice.com/articles/Depot-comptes-annuels-devoir-oublie,13370.html>, consulté le 12/05/2015). – Des entreprises comme *Auchan* ou *Chanel* choisissent délibérément de ne pas publier leurs comptes et de payer les contraventions afférentes pour éviter que les concurrents n'en aient connaissance.

<sup>1994</sup> Sur cette possibilité : C. com. art. L. 123-5-1.

<sup>1995</sup> Sur l'intérêt de cette information : MERESSE (S.), *Le document d'information précontractuel*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4178.

<sup>1996</sup> *Supra* n° 492 s.

<sup>1997</sup> *Supra* n° 505 s.

<sup>1998</sup> *Supra* n° 517.

<sup>1999</sup> *Supra* n° 483.

<sup>2000</sup> *Supra* n° 485.

différents<sup>2001</sup>, il a créé des inégalités de droit importantes entre les distributeurs. En effet, par rapport à la loi *Doubin*, les modalités de l'information due aux gérants-mandataires du Code de commerce sont moins protectrices et son contenu est beaucoup moins étoffé, sans que ces différences puissent être justifiées<sup>2002</sup>.

Ces inégalités sont d'autant plus regrettables que les gérants-mandataires assument une partie des risques de leur activité et, en particulier, ne bénéficient pas d'une protection de leurs revenus comparable à celle d'autres gérants.

---

<sup>2001</sup> *Supra* n° 518 s.

<sup>2002</sup> *Supra* n° 522, 524 et 529 s.

## SECTION 2 – LES INÉGALITÉS DE PROTECTION DES REVENUS DES DISTRIBUTEURS

**535. Plan.** Le droit positif comporte différentes règles ayant pour effet de garantir les revenus<sup>2003</sup>, voire les revenus nets<sup>2004</sup>, de certains distributeurs. Ces règles ne sont pas applicables à tous les distributeurs. Il existe ainsi des différences de traitement qu'il conviendra d'identifier (§1) avant d'en rechercher les justifications pour mettre en évidence d'éventuelles inégalités (§2).

### §1 – Les différences de protection du revenu du distributeur

**536. Plan.** Certains distributeurs bénéficient d'un revenu minimum légalement garanti (A). Les autres sont régis par le droit commun des contrats et le droit de la concurrence qui n'offrent pas une telle protection (B).

#### A – Les distributeurs bénéficiant légalement d'un revenu minimum garanti

**537. Plan.** Le droit social et le droit économique comportent tous deux un mécanisme légal permettant de garantir un revenu minimum à des distributeurs. En droit social, il s'agit du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) (1). En droit économique, il s'agit de la *commission minimale garantie* introduite en 2005 pour les gérants-mandataires du Code de commerce (2).

##### ***1 – Les distributeurs bénéficiant du salaire minimum interprofessionnel de croissance***

**538. Plan.** Tous les distributeurs du droit du travail ne bénéficient pas de la même garantie de revenus. En effet, ceux parties à un contrat de travail de droit commun perçoivent un revenu net minimal garanti (a) alors que les distributeurs relevant du droit spécial du travail sont dans une situation plus complexe (b).

##### **a - Le revenu net minimal garanti des distributeurs liés par un contrat de travail de droit commun**

**539. Présentation.** L'existence d'une garantie d'un revenu net minimal suppose une garantie des produits du distributeur et une limitation des charges pouvant les amputer.

**540. Produits garantis.** Les distributeurs liés aux fournisseurs par un contrat de travail de droit commun bénéficient de la législation d'ordre public sur le SMIC<sup>2005</sup>. Celui-ci correspond à un taux horaire minimal fixé

---

<sup>2003</sup> Le terme de *revenu* est choisi pour appréhender à la fois les salaires, les commissions et les bénéfices ou profits. Il est considéré à l'égard de la personne physique ou morale visée et non au regard du ménage. – Dans ce sens : CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « revenu », « ressources périodiques d'une personne, issue de son travail (gains, salaires, traitements, rémunérations), ou de son capital (fruits) ».

<sup>2004</sup> Par *revenu net* d'un distributeur, est visée la différence entre les produits revenant au distributeur, personne physique ou morale, (chiffre d'affaire, commission, rémunération fixe) et les charges de distribution qu'il doit assumer (charges d'exploitation, frais professionnels).

<sup>2005</sup> C. trav. art. L. 3231-1 s.

chaque année par l'État et apprécié période de paye par période de paye<sup>2006</sup>, sachant que la rémunération est, en principe, mensuelle<sup>2007</sup>.

Ce droit à une rémunération minimale égale au SMIC multiplié par les heures de travail effectif s'applique indifféremment du mode de rémunération<sup>2008</sup> et donc même si la rémunération est stipulée variable en fonction de l'activité (commissions<sup>2009</sup>, salaire au rendement<sup>2010</sup>, rémunération à la tâche<sup>2011</sup>, rémunération variant en fonction du chiffre d'affaires<sup>2012</sup>, etc.)<sup>2013</sup>.

La Cour de cassation a également précisé que « *la liberté laissée au salarié [...] d'organiser son travail et de n'être soumis à aucun horaire déterminé* » n'exclut pas son droit à une rémunération au moins égale au SMIC pour le nombre d'heures de travail qu'il a effectué<sup>2014</sup>.

Cette législation soustrait donc les distributeurs salariés à une partie des aléas de l'activité : les risques associés sont limités, en cours de relation, à un manque à gagner par rapport au produit du SMIC par les heures de travail effectif.

**541. Charges limitées.** Ce dispositif a pour effet de garantir un revenu net puisqu'il est complété par un encadrement des charges.

**Prise en charge des frais professionnels.** Ainsi, la Cour de cassation a tiré de la nature même de la relation de travail<sup>2015</sup> un « *principe selon lequel les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur* » et en déduit que « *les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, doivent lui être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire* ».

---

<sup>2006</sup> Sur le SMIC : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2014, n° 1151 s. – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 930 s. – MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 1006 s. – VACHET (G.), *Salaire - Fixation*, JCl. Trav., fasc. 26-10, 2013 – LYON-CAEN (G.), *Le salaire*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1981, n° 25 s.

<sup>2007</sup> C. trav. art. L. 3242-1 s.

<sup>2008</sup> Soc. 25/05/2005 : n° 03-44301 ; B. n° 179 ; DS 2005, 924, C. Radé ; JCP S 2005, 1033, S. Darmaison, « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et quel que soit le mode de rémunération pratiqué, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'il a effectué* » – Soc. 07/03/2012 : n° 10-19073 ; B. n° 86.

<sup>2009</sup> V. par ex. : Soc. 24/06/2009 : n° 07-41273 – Soc. 31/01/2006 : n° 04-41724 – Soc. 09/01/2001 : n° 98-44833 ; B. n° 1.

<sup>2010</sup> V. par ex. : Soc. 11/04/1996 : n° 96-42847 ; B. n° 152.

<sup>2011</sup> Soc. 25/09/1990 : n° 87-40493 ; B. n° 383, « *en l'absence de fixation par le contrat de travail du temps relatif à chaque tâche, le salarié payé à la tâche a le droit d'être rémunéré au taux du salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'il a effectué* » – V. également : Soc. 10/05/2007 : n° 05-44313 – Soc. 25/05/2005 : n° 03-44301 ; B. n° 179 ; *op. cit.*

<sup>2012</sup> V. par ex. : Soc. 02/07/2002 : n° 00-13111 ; B. n° 229 ; D. 2003, somm. 391, V. Wauquier; en l'espèce une partie seulement du salaire était variable mais le principe énoncé par la Cour de cassation est plus générale « *une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en-dessous des minima légaux et conventionnels* ».

<sup>2013</sup> Sur la question : JOHANSSON (A.), *La détermination du temps de travail effectif*, Préf. F. Meyer, BDS, t. 44, LGDJ, 2006, p. 26 s. et 197 s..

<sup>2014</sup> Soc. 09/12/2009 : n° 08-42698, « *la liberté laissée au salarié qui n'a pas le statut de VRP, d'organiser son travail et de n'être soumis à aucun horaire déterminé, n'est pas de nature à permettre à l'employeur de se soustraire à l'application des dispositions légales relatives au SMIC ou au salaire minimum conventionnel* » – Soc. 21/01/2009 : n° 07-41391 – Soc. 28/06/2005 : n° 03-46898 – V. également : Soc. 10/05/2007 : n° 05-44313 ; B. n° 73, pour un travailleur à domicile – Soc. 25/05/2005 : n° 03-44301 ; B. n° 179 ; *op. cit.*, pour un distributeur de documents publicitaires rémunéré en fonction du nombre de documents distribués et non à l'heure

<sup>2015</sup> Soc. 21/05/2008 : n° 06-44044 ; B. n° 108, « *il résulte des dispositions combinées des articles 1135 du code civil et L.121-1 du code du travail que les frais qu'un salarié expose pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent être supportés par ce dernier* ». – V. aussi : Soc. 10/11/2004 : n° 02-41881 ; B. n° 282 visant l'article 1135 du Code civil. – L'article L. 121-1 du Code du travail rend applicable le droit commun des contrats et donc l'article 1135 qui dispose que « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». La nature d'une des obligations de la relation de travail semble donc justifier la prise en charge par l'employeur des frais professionnels du salarié.

et à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC »<sup>2016</sup>. Une clause générale mettant à la charge du salarié les frais engagés pour les besoins de son activité professionnelle doit ainsi être réputée non-écrite<sup>2017</sup> et les clauses de prise en charge forfaitaires des frais professionnels doivent être « en rapport avec leur coût réel et prévisible »<sup>2018</sup>.

**Absence de responsabilité pécuniaire.** Par ailleurs, la Cour de cassation juge « qu'un salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation et que sa responsabilité ne peut se trouver engagée qu'en cas de faute lourde »<sup>2019</sup>. Depuis 1958, toute clause prévoyant une responsabilité du salarié sans faute lourde est ainsi sans effet<sup>2020</sup> et la loi interdit toute amende ou sanction pécuniaire prononcée par l'employeur<sup>2021</sup>. La garantie est effective car la notion de faute lourde est très restrictive : elle suppose que le salarié ait commis une faute « dans l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise »<sup>2022</sup>. Ainsi, un distributeur salarié à l'origine d'un déficit d'exploitation ou d'inventaire n'est en responsable que s'il l'a intentionnellement et « sciemment » organisé<sup>2023</sup>.

**542. Bilan et conclusion.** Finalement, sauf faute lourde – appréciée très restrictivement –, le distributeur salarié de droit commun, même rémunéré de façon entièrement variable, est toujours assuré de percevoir, en cours de relation, un revenu net égal au produit du SMIC par ses heures de travail effectif, quelles que soient ses performances et celles de l'entreprise.

Cette protection maximale ne profite cependant pas aux distributeurs soumis au droit spécial du travail.

## **b - Le revenu garanti des distributeurs soumis au droit spécial du travail**

**543. Plan.** Les règles applicables au contrat de travail de droit commun ont subi des aménagements pour les distributeurs soumis au droit spécial du travail : les VRP (b.1) et les gérants (gérants de succursales et gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire) (b.2).

### **b.1 - Le revenu garanti des VRP**

**544. Produits garantis du VRP.** En principe, la législation sur le SMIC devrait être applicable aux VRP<sup>2024</sup>. Cependant, la jurisprudence opère une distinction : « un VRP qui est libre d'organiser son activité sans être

---

<sup>2016</sup> Soc. 12/12/2012 : n° 11-25241 – V. aussi : Soc. 19/09/2012 : n° 11-10074 – Soc. 25/03/2010 : n° 08-43156 : B. n° 76 ; JCP S 2012, 1329, B. Bossu – Soc. 23/09/2009 : n° 07-44477 ; B. n° 204 – Soc. 10/11/2004 : n° 02-41881 ; B. n° 282 – Soc. 09/01/2001 : n° 98-44833 ; B. n° 1 ; DS 2001, 441, J. Mouly – Soc. 25/02/1998 : n° 95-44096 ; B. n° 106.

<sup>2017</sup> Soc. 25/03/2010 : n° 08-43156.

<sup>2018</sup> Soc. 26/09/2012 : n° 11-16036 – Soc. 23/09/2009 : n° 07-44477 ; B. n° 204 ; JCP S 2009, 1558, L. Draï, « l'employeur ne peut fixer unilatéralement les conditions de prise en charge des frais professionnels en-deçà de leur coût réel ». – Sur le remboursement des frais professionnels : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1166 – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 927.

<sup>2019</sup> Soc. 31/05/1990 : n° 88-41419 ; B. n° 156 – Sur la question : *supra* n° 113.

<sup>2020</sup> Soc. 27/11/1958 : D. 1959, 20, R. Lindon ; JCP 1959.II.1143, J. Brethe de la Gressaye ; RTD civ. 1959, 731, H. Mazeaud et L. Mazeaud et 753, J. Carbonnier – Sur la question et pour des confirmations jurisprudentielles : *supra* n° 113.

<sup>2021</sup> C. trav. art. 1331-2.

<sup>2022</sup> Soc. 05/12/1996 : n° 93-44073 ; B. n° 424 – Sur la question : *supra* n° 114.

<sup>2023</sup> Soc. 31/05/1990 : n° 88-41419 ; B. n° 260, « en relevant que l'employeur ne prouvait pas que le déficit reproché au salarié avait été intentionnel et sciemment organisé, la cour d'appel a décidé à bon droit que la faute lourde n'était pas caractérisée » – Pour le déficit d'inventaire reproché à un gérant salarié de magasin : Soc. 23/01/1992 : n° 88-43275 ; B. n° 39 ; JCP 1993.II.22000, P. Delebecque.

<sup>2024</sup> C. trav. art. L. 7311-1 rendant applicable l'ensemble des dispositions du Code du travail aux VRP sous réserve des dispositions spéciales de son statut. Or les dispositions concernant la rémunération n'excluent nullement le SMIC puisqu'elles se bornent à prévoir que « les commissions dues au voyageur, représentant ou placier du commerce sont payées au moins tous les trois mois » (art. L. 7313-7) et des garanties de rémunération en cas de procédure collective (art. L. 7313-8). – Sur la question : JOHANSSON (A.), *op. cit.*, p. 26 s. et 201 s.



soumis à un horaire de travail déterminé ne peut prétendre au SMIC »<sup>2025</sup>, à la différence d'un VRP soumis à un horaire de travail déterminé<sup>2026</sup>. Les VRP font ainsi partie des rares travailleurs soumis au droit du travail dont la liberté horaire écarte le droit au SMIC<sup>2027</sup>.

**545. Charges du VRP.** En revanche, le principe de prise en charge des frais professionnels par l'employeur est appliqué au VRP sans que la jurisprudence ne prenne en compte leur liberté d'organisation ou d'horaires<sup>2028</sup>. Les frais exposés par le VRP pour les besoins de son activité professionnelle dans l'intérêt de son employeur doivent donc lui être remboursés<sup>2029</sup>, indépendamment de ses résultats<sup>2030</sup>, sauf s'il a été contractuellement prévu qu'il en conservait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance

---

<sup>2025</sup> Soc. 11/03/1998 : n° 95-41417 – V. aussi : Soc. 16/07/1997 : n° 94-40780 ; Soc. 10/11/1993 : n° 89-42513 ; B. n° 266 ; D. 1994, somm. 316, A. Lyon-Caen – Soc. 20/10/1971 : n° 70-12735 ; B. n° 576 – Comp. : Soc. 15/04/1999 : n° 97-15594.

L'accord national interprofessionnel des VRP a cependant prévu pour les VRP entrant dans son champ d'application (art. 1 et 2), engagés à titre exclusif par un seul employeur (Soc. 25/03/2010 : n° 08-43156 ; B. n° 76 ; JCP S 2010, 1329, B. Bossu – Soc. 13/06/2012 : n° 11-10694), un « droit, au titre de chaque trimestre d'emploi à temps plein, à une ressource minimale forfaitaire » fixée en fonction du SMIC (art. 5). – Pour des applications voir : Soc. 03/11/2005 : n° 03-46979 – Soc. 05/06/2001 : n° 98-46371 ; B. n° 213 – Soc. 15/06/2000 : n° 98-41951 – Soc. 14/11/1991 : n° 88-42775.

<sup>2026</sup> Soc. 22/05/1996 : n° 95-40200 ; B. n° 195 – Soc. 03/07/1996 : n° 92-43159 – V. également : Soc. 14/12/2005, 3 arrêts : n° 04-40038, 03-47223 et 03-47224.

<sup>2027</sup> VACHET (G.), *Salaire - Fixation*, JCl. Trav., fasc. 26-10, 2013, n° 11 – Une partie de la doctrine a analysé un arrêt de/05/2005 affirmant le droit au SMIC même en présence d'un horaire de travail non déterminé à un distributeur de prospectus (Soc. 25/05/2005 : n° 03-44301 ; B. n° 179 ; DS 2005, 924, C. Radé ; JCP S 2005, 1033, S. Darmaisin) comme un abandon de la distinction entre l'imposition ou non d'horaires pour le VRP (AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 931 – BOSSU (B.), DUMONT (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, Montchrestien, 2011, n° 1410 – PASQUIER (I.), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 227 – JOHANSSON (A.), *op. cit.*, 2006, p. 204, note 260). Cependant, la Cour de cassation a clairement exclu les VRP de cette règle en précisant ensuite « que la liberté laissée au salarié **qui n'a pas le statut de VRP**, d'organiser son travail et de n'être soumis à aucun horaire déterminé, n'est pas de nature à permettre à l'employeur de se soustraire à l'application des dispositions légales relatives au SMIC » (Soc. 28/06/2005 : n° 03-46898 – Soc. 21/01/2009 : n° 07-41391 – Soc. 09/12/2009 : n° 08-42698) et en maintenant sa jurisprudence antérieure. Ainsi, en décembre 2005, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir appliqué le SMIC à trois VRP en constatant que leur travail en constatant que leur travail était « organisé par [leur] employeur dans des conditions strictement précisées tant en ce qui concerne l'horaire à observer que les tâches à entreprendre » (Soc. 14/12/2005, 3 arrêts : n° 04-40038, 03-47223 et 03-47224). La mention des « conditions strictement précisées [...] en ce qui concerne [...] les tâches à entreprendre » semble ajouter une condition par rapport à la jurisprudence antérieure qui se contentait de l'existence d'un horaire de travail imposé. Elle pourrait être le signe d'une réintroduction du lien de subordination pour moduler l'application du droit du travail aux VRP. Il conviendrait alors de distinguer d'une part les VRP non subordonnés (liberté d'horaires, absence de directives sur les tâches à entreprendre) exclus, au moins partiellement, de la législation du travail (SMIC, heures supplémentaires) et, d'autre part, les VRP subordonnés qui en bénéficieraient. Des facteurs d'indépendance ou de subordination indifférents lors de l'étape de qualification (*supra* n° 287 s.) interviendraient ainsi dans l'étape de détermination du régime applicable en excluant certaines dispositions du Code du travail. En l'absence de confirmation, il convient de retenir au moins la distinction entre les VRP soumis à des horaires imposés qui bénéficient du SMIC et les VRP libres de leurs horaires qui en sont privés.

Une autre orientation pourrait cependant se dégager de la jurisprudence postérieure. En effet, la Cour de cassation a jugé en 2011 que « si les conditions particulières de l'exercice de l'activité de VRP et principalement l'indépendance dont ils jouissent dans l'organisation de leur travail ne rendent pas nécessaire la mention dans le contrat de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou, le cas échéant, les semaines du mois, les conditions de la modification éventuelle de cette répartition et les limites dans lesquelles peuvent être effectuées les heures complémentaires, en revanche la durée hebdomadaire ou le cas échéant mensuelle du travail, qui seule permet de qualifier le contrat à temps partiel, doit y figurer ». Dans un arrêt publié au bulletin (Soc. 08/06/2011 : n° 09-41000 ; B. n° 4), elle a posé le principe que « si les VRP, du fait que leur activité s'effectue en dehors de tout établissement et de l'indépendance dont ils bénéficient dans l'exercice de leurs fonctions, ne sont, en principe, pas soumis aux dispositions légales relatives à la réglementation de la durée du travail, il en va autrement au cas où une convention collective comporte sur ce point des dispositions particulières aux VRP dans la branche d'activité ». En 2012, elle a jugé qu'une « cour d'appel, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a retenu que le salarié exerçait réellement une activité de VRP de sorte qu'il ne pouvait se prévaloir des dispositions légales relatives à la réglementation de la durée du travail » et donc prétendre à une rémunération d'heures supplémentaires et à un repros compensateur (Soc. 03/05/2012 : n° 10-22770). Dans deux arrêts non publiés de 2012, elle a jugé qu'une cour d'appel avait pu exclure l'application du statut en constatant notamment une embauche pour une durée de travail hebdomadaire de 35 heures alors « que le négociateur immobilier VRP ne relève pas de la réglementation de la durée du travail » (Soc. 12/04/2012, 2 arrêts : n° 10-27075 et 10-27076). Ces arrêts ne distinguent pas entre les VRP libres de leurs horaires et les autres et semblent même considérer que le véritable VRP ne subit aucune contrainte sur son temps de travail au point qu'il s'agirait d'un indice, voire d'une condition, du statut. Cependant, les arrêts de 2012 pourraient n'être que des solutions d'espèce. Il serait hâtif d'en déduire que la liberté horaire serait une condition du statut et, par suite, qu'il serait désormais impossible de fixer des horaires du VRP. Cette liberté du temps de travail pourrait n'être qu'un principe supplétif de volonté.

<sup>2028</sup> Soc. 12/12/2012 : n° 11-25241 – Soc. 26/09/2012 : n° 11-16036 – Soc. 25/03/2010 : n° 08-43156 ; B. n° 76 ; JCP S 2010, 1329, B. Bossu – Soc. 06/05/2002 : 00-41992 – Soc. 06/06/2001 : n° 99-4109.

<sup>2029</sup> Soc. 25/03/2010 : n° 08-43156 ; B. n° 76 ; JCP S 2010, 1329, B. Bossu, « la clause du contrat de travail qui mettait à la charge de la salariée [VRP] les frais engagés par celle-ci pour les besoins de son activité professionnelle devait être réputée non écrite ».

<sup>2030</sup> Soc. 20/10/2010 : n° 09-42896 ; B. n° 238, annulant en qualification de sanction pécuniaire la clause prévoyant qu'un VRP « en cas de non-réalisation d'un certain chiffre d'affaires, [...] serait tenu d'une participation mensuelle proportionnelle au coût du véhicule de l'entreprise mis à sa disposition » est qualifiée de sanction pécuniaire et donc annulée.

de manière forfaitaire<sup>2031</sup> en rapport avec leur coût réel et prévisible<sup>2032</sup>.

Lorsque le VRP bénéficie du SMIC, le forfait contractuel de frais professionnels fixé par avance ne pourra jamais conduire à une rémunération inférieure au produit du taux horaire du SMIC avec le nombre d'heures de travail effectif<sup>2033</sup>.

En revanche, lorsque le VRP ne bénéficie pas du SMIC, la jurisprudence ne mentionne aucune limite d'imputation sur la rémunération à la clause prévoyant une prise en charge forfaitaire des frais professionnels<sup>2034</sup>. Celle-ci pourrait donc conduire le VRP à percevoir une rémunération inférieure au produit du taux horaire du SMIC et du nombre d'heures de travail effectif. Le VRP pourrait même subir des pertes s'il a engagé des frais qui, sans être exceptionnels<sup>2035</sup>, excèdent la somme prévue en contrepartie du forfait de prise en charge et que les commissions perçues se révèlent trop faibles pour les couvrir.

Par ailleurs, si la clause de ducroire est incompatible avec le statut de VRP<sup>2036</sup>, la jurisprudence admet les clauses de bonne fin qui conditionnent la commission à l'exécution du contrat par le client (notamment à la livraison ou à l'encaissement du prix)<sup>2037</sup>. Par conséquent, si le VRP ne peut être rendu pécuniairement responsable du recouvrement des créances de son employeur à l'égard des clients qu'il a démarchés, il peut être privé de commission pour ces contrats.

**546. Conclusion.** Finalement, il convient de distinguer deux situations.

Exclus de la législation sur le SMIC, les VRP libres de leurs horaires ne sont pas assurés de percevoir un revenu minimum<sup>2038</sup>. De plus, ils pourraient subir des pertes si, en raison de l'application d'une clause de bonne fin ou d'une activité insuffisante, leur rémunération ne permet pas de couvrir les frais professionnels excédant le remboursement forfaitaire prévu au contrat.

Au contraire, les VRP non libres de leurs horaires sont assurés de percevoir un revenu minimal au moins égal au produit du SMIC par le nombre d'heures de travail effectif et qui constitue un revenu net puisque ni les frais professionnels, ni l'application d'une clause de bonne fin, ne peuvent l'amputer.

---

<sup>2031</sup> Soc. 12/12/2012 : n° 11-25241 – Soc. 26/09/2012 : n° 11-16036 – Soc. 25/03/2010 : n° 08-43156 ; B. n° 76 ; JCP S 2010, 1329, B. Bossu – Soc. 06/05/2002 : n° 00-41992 – Soc. 06/06/2001 : n° 99-4109.

<sup>2032</sup> Soc. 12/12/2012 : n° 11-25241 – Soc. 26/09/2012 : n° 11-16036.

<sup>2033</sup> Soc. 12/12/2012 : n° 11-25241 – Soc. 26/09/2012 : n° 11-16036 – Soc. 06/05/2002 : 00-41992 – Soc. 06/06/2001 : n° 99-41093.

L'accord national interprofessionnel des VRP prévoit que la ressource minimale forfaitaire, « déduction faite des frais professionnels » ne peut être inférieure à 520 fois le taux horaire du SMIC (art. 5) – Soc. 23/03/2011 : n° 09-42092 – Soc. 10/12/2002 : n° 00-45641 – Soc. 06/06/2001 : n° 99-4109 – AP 02/05/1997 : n° 94-42521 ; B. n° 6.

<sup>2034</sup> Soc. 25/03/2010 : n° 08-43156 ; B. n° 76 ; JCP S 2010, 1329, B. Bossu, « les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, doivent lui être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire » – Soc. 23/03/2011 : n° 09-42092 sanctionnant une cour d'appel d'avoir statué « en se fondant sur les sommes qu'aurait réellement exposées le salarié au titre de ses frais professionnels, alors qu'elle avait relevé que le contrat de travail de l'intéressé stipulait que la rémunération comprenait forfaitairement les frais qu'il serait amené à engager, ce dont il résultait que ses frais professionnels faisaient l'objet d'un remboursement forfaitaire ».

<sup>2035</sup> Une partie de la doctrine soutient qu'en cas de frais exceptionnels, l'employeur serait tenu de rembourser au-delà du forfait (MOULY (J.), note ss Soc. 09/01/2001, DS 2001, p. 441 s., p. 442).

<sup>2036</sup> Soc. 18/02/1998 : n° 94-44388 – Soc. 23/06/1994 : n° 89-44418 – Soc. 27/11/1991 : n° 87-45712 – V. également : Accord national interprofessionnel des VRP du 03/10/1975, art. 5-3.

<sup>2037</sup> Soc. 25/03/2009 : n° 07-43587, « s'il peut être contractuellement prévu que les commandes non menées à bonne fin n'ouvrent pas droit à commission, c'est à la condition que ce soit sans faute de l'employeur et sans que le salarié soit privé des commissions qui lui étaient dues sur des contrats effectivement réalisés » et « qu'à défaut de convention ou d'usage contraire, la commission est due au VRP dès que la commande est prise et acceptée, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération la livraison de la marchandise ou le paiement par le client » (mise en gras ajoutée) – Soc. 15/03/2006 : n° 03-43858, « les clauses dites "de bonne fin", différentes des clauses de ducroire, sont licites ». – V. également : Soc. 14/02/2001 : n° 99-40691 ; Soc. 11/07/2012 : n° 10-19334

<sup>2038</sup> Sauf à bénéficier du minimum conventionnel de l'accord national interprofessionnel qui suppose d'entrer dans son champ d'application (*supra* note n° 2025).

## **b.2 - Le revenu garanti des gérants de succursales et des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire**

**547. Produits garantis des gérants.** Les dispositions relatives au salaire sont applicables aux gérants de succursales<sup>2039</sup> et aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire (ci-après gérants alimentaires ou gérants non salariés)<sup>2040</sup>. La Cour de cassation reconnaît donc à tous les gérants soumis au droit du travail le droit de percevoir, chaque mois, une rémunération mensuelle égale au produit du SMIC par la durée légale du travail indépendamment de l'existence d'un lien de subordination et d'horaires imposés<sup>2041</sup>. Elle précise notamment que les accords collectifs prévus par le statut des gérants alimentaires et qui « *déterminent, notamment, le minimum de la rémunération garantie [...] compte tenu de l'importance de la succursale et des modalités d'exploitation de celle-ci* »<sup>2042</sup> ne peuvent fixer ce minimum en dessous du SMIC<sup>2043</sup>.

En l'absence de stipulation d'un temps de travail<sup>2044</sup>, les règles du contrat de travail de droit commun devraient s'appliquer<sup>2045</sup>. Le gérant devrait donc bénéficier d'une rémunération minimale égale au produit du SMIC horaire par le nombre d'heures correspondant à la durée légale du travail pour le mois considéré.

Par ailleurs, lorsque les horaires du gérant font l'objet d'une fixation ou d'un contrôle de la part du fournisseur, il peut prétendre au paiement d'heures supplémentaires<sup>2046</sup>. En principe, les horaires de travail ne pouvaient être assimilés aux horaires d'ouvertures imposés, le gérant ayant la faculté se faire remplacer ou d'embaucher des salariés<sup>2047</sup> mais la jurisprudence récente semble remettre en cause cette distinction<sup>2048</sup>.

---

<sup>2039</sup> C. trav. art. L. 7321-1 rendant applicables les dispositions du Code du travail et donc, en principe, les articles L. 3232-1 et suivants relatifs au SMIC. Ces dispositions ne sont pas non plus exclues par l'article L. 7321-3 du Code du travail.

<sup>2040</sup> C. trav. art. L. 7322-2 rendant applicable les dispositions du statut du gérant de succursale.

<sup>2041</sup> Pour les gérants de succursales : Soc. 25/02/1998 : n° 95-44096 et 96-40144 ; B. n° 106 – Soc. 22/05/1986 : B. n° 245 – Soc. 05/03/1981 : n° 79-41119 ; B. n° 195.

Pour les gérants non salariés des succursales de commerce de détail : Soc. 02/03/1994 : n° 88-43739 ; Soc. 04/12/1990 : n° 88-18497 ; B. n° 610 – Soc. 31/05/1989 : n° 87-16253 ; B. n° 416 – Soc. 08/11/1988 : n° 85-12792 – Soc. 17/03/1988 : n° 85-16395 ; B. n° 190 – Soc. 04/02/1988 : n° 86-16021 – Soc. 13/01/1988 : n° 85-11463 ; B. n° 29 – Soc. 03/12/1987 : n° 85-41554 – Soc. 04/07/1985 : n° 83-16991 ; B. n° 403.

<sup>2042</sup> C. trav. art. L. 7322-3.

<sup>2043</sup> Soc. 02/03/1994 : n° 88-43739 – Soc. 07/03/1979 : n° 77-10382 ; B. n° 213 – Soc. 20/07/1977 : n° 74-15262 et 75-40107 ; B. n° 499.

<sup>2044</sup> L'application du statut de gérant alimentaire suppose que « *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* » (C. trav. art. L. 7322-2).

<sup>2045</sup> Soc. 24/06/2009 : n° 07-41273, « *le contrat de travail qui ne mentionne pas la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps complet et qu'il incombe à l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve notamment de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue* » – V. aussi : Soc. 31/01/2006 : n° 04-41724.

<sup>2046</sup> Pour les gérants de succursales : C. trav. art. L. 7321-3 – Soc. 09/07/2014 : n° 12-28909, n'encourt pas la critique une cour d'appel qui accorde des rappels de salaires, congés payés et repos compensateurs relatifs à des heures supplémentaires en « *ayant constaté que l'amplitude des horaires du travail des gérants avait été fixée par la société dans le cadre du contrat et que celle-ci n'ignorait pas que les gérants ne disposaient pas de personnel permanent et ne pouvaient assurer la gestion de leur entreprise qu'en effectuant des heures supplémentaires* ».

Pour les gérants alimentaires : Soc. 15/11/1989 : n° 86-42971 ; B. n° 665, « *un gérant non salarié est fondé à demander le paiement des heures supplémentaires dont l'exécution lui est imposée par l'entreprise propriétaire de la succursale* » – V. également : Soc. 25/06/1987 : n° 84-44463.

<sup>2047</sup> Soc. 15/11/1989 : n° 86-42971 ; B. n° 665 – Soc. 22/05/1986 : n° 83-42341 ; B. n° 245 – Soc. 23/11/1978 : n° 77-10146 – Sur la question, voir : JOHANSSON (A.), *La détermination du temps de travail effectif*, Préf. F. Meyer, BDS, t. 44, LGDJ, 2006, p. 202 s. et 251 s.

<sup>2048</sup> Soc. 29/09/2004 : n° 02-43955, pour rejeter une demande de paiement d'heures supplémentaires, de congés payés afférents et d'heures de présence aux inventaires, « *il appartenait à la cour d'appel [...] de rechercher si, les horaires d'ouverture du magasin impliquant l'accomplissement d'heures supplémentaires, étaient librement décidés par la gérante ou imposés par l'entreprise TDA Vivamod et si le montant du bénéfice d'exploitation lui permettait d'employer du personnel pour les accomplir* » – Soc. 11/01/2012 : n° 10-23821 ; D. 2013, 732, D. Ferrier, la cour d'appel avait exclu l'imposition des heures de travail d'un couple gérant une station service en retenant qu'ils « *disposaient du libre choix des personnes qu'ils employaient aux conditions qu'ils définissaient, qu'ils fixaient ainsi librement les conditions de travail de leurs salariés comprenant notamment leurs heures de travail, leurs jours de repos, leurs tâches ainsi que leur rémunération, que par ailleurs ils étaient libres de définir la répartition de leur temps de travail entre eux ainsi qu'entre les différentes activités de la station service et les modalités d'exercice de ces activités, qu' [...] ils étaient libres d'organiser leurs congés et leurs temps de repos ainsi que leurs heures de présence* ». La Cour de cassation casse l'arrêt pour défaut de réponse « *aux conclusions des époux X... qui soutenaient que l'approvisionnement constant de la station en quantité suffisante pour chaque activité, le fonctionnement de l'entreprise sans interruption 7 jours sur 7 de 6 heures à 21 heures 30 et un objectif minimum de vente de 1560 m3 pour l'année, les privaient de la liberté de fixer les horaires de travail et leurs temps de repos* ».

Dans tous les cas, au cours d'une même période, le SMIC n'est pas cumulable aux bénéfices du gérant<sup>2049</sup>, il n'a donc d'intérêt que si ces bénéfices n'ont pas permis au gérant de percevoir un revenu égal à ce montant.

#### 548. Charges du gérant de succursale.

**Frais professionnels dans la limite du SMIC.** Le principe de remboursement des frais professionnels est applicable au gérant de succursale mais n'est que supplétif de volonté. La Cour de cassation juge ainsi « *qu'il peut être contractuellement prévu, sans méconnaître les dispositions du Code du travail, que [les gérants de succursales] [...] supportent la charge de leurs frais professionnels à la condition qu'[ils] [...] perçoivent effectivement une contrepartie à leurs prestations qui ne soit pas inférieure à un minimum garanti* »<sup>2050</sup>.

Le gérant de succursale peut ainsi avoir à assumer l'ensemble des investissements et charges relatifs aux moyens d'exploitation matériels<sup>2051</sup>, immatériels ou humains<sup>2052</sup> de l'unité de distribution (bail, local, matériel, stocks, salariés ou remplaçants, etc.)<sup>2053</sup> et les conséquences de ses fautes ou négligences, quelle qu'en soit la gravité, dans la limite de son droit au SMIC<sup>2054</sup>.

**Déficit de gestion dans la limite du SMIC.** Ainsi, la Cour de cassation a précisé que le déficit de gestion – la différence entre les produits d'exploitation et les charges d'exploitation<sup>2055</sup> – peut être assumé par les gérants de succursales, sauf « *preuve d'un contrôle exercé par [le fournisseur] sur les modalités internes de son exploitation* »<sup>2056</sup> et sous réserve de leur « *droit de conserver définitivement chaque mois et*

---

Si la cassation a été prononcée, c'est que le moyen aurait pu avoir une incidence sur la solution (Cour de cassation, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012, n° 535).

<sup>2049</sup> Soc. 26/10/2011 : n° 09-72836, « *Mme X... ne pouvait obtenir, au cours d'une même période, le cumul des sommes qui lui étaient dues à titre de salaires et de celles perçues à titre de bénéfice commercial en sa qualité d'exploitante à titre personnel* » – Soc. 13/03/2001 : n° 99-40193 ; B. n° 81 ; DS 2001, 547, C. Radé.

<sup>2050</sup> Soc. 04/12/2001 : n° 99-41265 ; B. n° 373 ; CCC 2002, 55, L. Leveneur ; D. 2002, 1934, H. Kenfack ; DS 2002, 158, A. Jeammaud ; CDE 3/2002, 31, D. Mainguy, constatant que « *le contrat prévoit expressément que l'intéressé assure les services prévus en utilisant le matériel dont il est propriétaire et en assure l'entretien* » et « *que la cour d'appel a relevé que la rémunération perçue couvrirait largement les dépenses* » si bien qu'il ne peut lui être reproché d'avoir rejeté la demande de remboursement de frais du gérant – V. également : Soc. 25/02/1998 : n° 95-44096 ; B. n° 106 ; JCP E 1998.II.537, P. Morvan, « *les frais qu'un [gérant] [...] justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés sans qu'ils ne puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC* ».

<sup>2051</sup> V. par ex. : Soc. 04/12/2001 : n° 99-41265 ; B. n° 373 ; CCC 2002, 55, L. Leveneur ; D. 2002, 1934, H. Kenfack ; DS 2002, 158, A. Jeammaud ; CDE 3/2002, 31, D. Mainguy, frais de déplacement et d'entretien d'un véhicule.

<sup>2052</sup> Pour un exemple de contrat mettant à la charge du gérant la rémunération des salariés de la succursale : Soc. 29/09/2004 : n° 02-43954 – V. également : Soc. 16/02/1983 : n° 82-10224 ; B. n° 88.

Le gérant semble devoir être considéré comme seul employeur des salariés s'il les choisit, recrute, licencie en son nom et à son initiative et fixe leurs conditions de travail (Soc. 29/06/2005 : n° 03-44402) – Sur la question : CESARO (J.-F.), *Gérants de succursales*, JCl. Trav., fasc. 4-5, 2009, maj. 2013, n° 36 s. et n° 68.

<sup>2053</sup> L'ensemble des dépenses engagées pour créer l'entreprise peuvent être considérées comme des frais professionnels, y compris un éventuel droit d'entrée : Soc. 16/09/2009 : n° 07-45289, la soumission au statut du gérant de succursale entraîne le « *remboursement du droit d'entrée* » payé par le distributeur et « *des frais engagés pour créer son entreprise* » car ces frais « *se rattach[ent] au contrat soumis au droit du travail* » – V. également : Soc. 14/12/2006 : n° 05-40844, « *M. X... était lié à la société France acheminement par un contrat visé à l'article L. 781-1 du code du travail et bénéficiait ainsi des dispositions du code du travail, de sorte que la créance relative au remboursement du droit d'entrée se rattachait à l'exécution du contrat de travail* » – Soc. 25/02/1998 : n° 95-44096 ; B. n° 106 ; JCP E 1998.II.536.

<sup>2054</sup> En particulier, même si le gérant doit être considéré comme employeur des salariés de la succursale et doit les payer sur sa commission, ces charges ne devraient pouvoir amputer son droit au SMIC. – Dans ce sens : Soc. 29/09/2004 : n° 02-43954, « *il appartenait à la cour d'appel de vérifier si les rémunérations de l'intéressée étaient ou non inférieures au SMIC [...] et si le montant du bénéfice d'exploitation lui permettait d'employer du personnel* ».

<sup>2055</sup> Si la différence est positive, il apparaît un bénéfice de gestion. Si la différence est négative, il apparaît un déficit de gestion.

<sup>2056</sup> Soc. 05/03/1981 : n° 79-41119 ; B. n° 195, la cour d'appel a relevé qu'un gérant de succursale (station-service) « *ayant négligé de se prémunir contre les conséquences prévisibles d'un vol et notamment de contracter une assurance [...] ne pouvait prétendre faire supporter à la société une perte dont il était responsable* » car à supposer qu'il n'en soit pas acquéreur, il en « *aurait été à tout le moins dépositaire de ces marchandises et tenu d'en rendre compte* » et « *la cour d'appel a exactement estimé que le déficit d'exploitation [...] de la station-service, imputable à sa mauvaise gestion et à l'engagement de dépenses trop importantes, devait être laissé à sa charge en l'absence de preuve d'un contrôle exercé par [le fournisseur] sur les modalités internes de son exploitation* » – V. également : Com. 03/05/1995 : n° 93-12981 ; JCP E 1995.II.748, L. Leveneur ; D. 1997, 10, L. Amiel-Cosme,

quelle qu'ait été l'importance des pertes commerciales imputables à leur gestion, en l'absence de faute lourde de leur part, une rémunération au moins égale au salaire minimum interprofessionnel garanti»<sup>2057</sup>.

**Déficit d'inventaire dans la limite du SMIC.** De même, à la différence d'un salarié de droit commun<sup>2058</sup>, le déficit d'inventaire – « la différence constatée entre la valeur du stock initial augmentée de celle des marchandises livrées et la valeur des marchandises en dépôt lors de l'inventaire, augmentée de celle des produits vendus »<sup>2059</sup> – peut être mis contractuellement à la charge du gérant de succursale « dans la mesure où il n'[est] [...] pas porté atteinte à son droit au salaire minimum »<sup>2060</sup>.

#### 549. Charges du gérant alimentaire.

**Frais professionnels.** La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur l'application du principe de remboursement des frais professionnels au gérant alimentaire<sup>2061</sup>.

**Déficit d'inventaire.** Pour le déficit d'inventaire, la Cour de cassation jugeait que les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire devaient « sauf clause contraire de leur contrat assumer la charge de tout déficit d'inventaire »<sup>2062</sup> en marchandises ou matériel<sup>2063</sup> sans qu'aucune faute n'ait à être démontrée. Depuis 2009, la solution est alignée sur celle des gérants de succursales : le principe est l'absence de responsabilité mais « le gérant non salarié d'une succursale peut être rendu contractuellement responsable de l'existence d'un déficit d'inventaire en fin de contrat et tenu d'en rembourser le montant »<sup>2064</sup>. La Cour de cassation a toujours admis que ce déficit pouvait conduire à amputer la rémunération au point de la porter en dessous du SMIC<sup>2065</sup>.

**Déficit de gestion.** En revanche, pour le déficit de gestion, les gérants alimentaires « ont droit, sauf faute lourde, de conserver définitivement chaque mois, quelle que soit l'importance du déficit imputable à leur gestion, une rémunération au moins égale au salaire minimum interprofessionnel de croissance »<sup>2066</sup>.

---

approuvant une cour d'appel d'avoir retenu l'application du statut alors que le pourvoi rappelait qu'elle avait constaté que les exploitants « conservaient à leur charge les risques d'exploitation ».

<sup>2057</sup> Soc. 07/02/1990 : n° 87-13309 – Soc. 05/03/1981 : n° 79-41119 ; B. n° 195.

<sup>2058</sup> Soc. 31/10/1989 : n° 87-13376 ; B. n° 624.

<sup>2059</sup> Soc. 10/03/1988 : n° 85-16210 ; B. n° 174. – V. également : Soc. 17/10/1990 : n° 89-15170.

<sup>2060</sup> Soc. 20/01/1993 : n° 89-45262 ; D. 1993, 414, J. Ghestin et P. Langlois, le contrat étant soumis au statut du gérant de succursale « il en résultait que l'engagement pris par Mme B... de garantir le déficit d'inventaire dans la mesure où il n'était pas porté atteinte à son droit au salaire minimum était licite » – Soc. 30/03/2011 : n° 10-11509.

<sup>2061</sup> Le gérant alimentaire étant soumis aux dispositions du statut du gérant de succursale sous réserves des règles particulières de son propre statut (C. trav. art. L. 7322-1), les règles jurisprudentielles du gérant de succursale pourraient s'appliquer dans les mêmes limites. L'argument a cependant ses limites car la jurisprudence relative aux gérants alimentaires ne suit pas toujours celle des gérants de succursales.

<sup>2062</sup> Soc. 04/10/1995 : n° 93-18336, « les gérants non salariés de succursales de magasins d'alimentation doivent sauf clause contraire de leur contrat assumer la charge de tout déficit d'inventaire » – V. également : Soc. 14/05/1997 : n° 95-16103 – Soc. 19/07/1994 : n° 91-16993 – Soc. 12/02/1992 : n° 89-40052 – Soc. 12/03/1991 : n° 88-14813 – Soc. 04/12/1990 : n° 88-18497 ; B. n° 610 – Soc. 31/05/1989 : n° 87-16253 ; B. n° 416 – Soc. 08/11/1988 : n° 85-12792 – Soc. 17/03/1988 : n° 85-16395 ; B. n° 190 – Soc. 17/03/1988 : n° 85-14914 – Soc. 04/02/1988 : n° 86-16021 – Soc. 13/01/1988 : n° 85-11463 ; B. n° 29 – Soc. 19/03/1987 : n° 85-12088 – Soc. 04/07/1985 : n° 83-16991 ; B. n° 403 – Soc. 22/10/1980 : n° 78-14596 ; B. n° 757.

<sup>2063</sup> Soc. 04/07/1985 : n° 83-16991 ; B. n° 403.

<sup>2064</sup> Soc. 27/03/2013 : n° 12-12892 ; B. n° 91 – Soc. 27/03/2013 : n° 11-26912 – Soc. 14/10/2009 : n° 08-42792 – Soc. 11/03/2009 : n° 07-40813 ; B. n° 79 ; RDT 2009, 373, G. Auzero.

<sup>2065</sup> Soc. 12/02/1992 : n° 89-40052, « dès lors qu'il n'était pas contesté par le gérant que cette somme représentait un déficit d'inventaire et que le gérant n'invoquait pas une convention qui l'eût dispensé de répondre d'un tel déficit, la cour d'appel n'était pas tenue de limiter l'obligation de remboursement à la fraction des commissions excédant le salaire minimum interprofessionnel de croissance » – V. également : Soc. 04/10/1995 : n° 93-18336 – Soc. 04/12/1990 : n° 88-18497 ; B. n° 610 – Soc. 31/05/1989 : n° 87-16253 ; B. n° 416 – Soc. 08/11/1988 : n° 85-12792 – Soc. 17/03/1988 : n° 85-16395 ; B. n° 190 – Soc. 04/02/1988 : n° 86-16021 – Soc. 13/01/1988 : n° 85-11463 ; B. n° 29 – Soc. 03/12/1987 : n° 85-41554 – Soc. 04/07/1985 : n° 83-16991 ; B. n° 403 – Dans ce sens également : KENFACK (H.), *Gérance de fonds de commerce*, Rép. com., 2008, maj. 2014, n° 65 – CESARO (J.-F.), *Gérants de succursales*, JCl. Trav., fasc. 4-5, 2009, maj. 2013, n° 72.

<sup>2066</sup> Soc. 12/03/1991 : n° 88-14813 – Soc. 04/07/1985 : n° 83-16991 ; B. n° 403 – V. également : Soc. 17/04/1980 : n° 78-13447 ; B. n° 315

L'incompétence du gérant ne pourra le priver du SMIC et c'est seulement s'il a intentionnellement et sciemment organisé le déficit qu'il pourra porter sa rémunération à un niveau inférieur au SMIC.

**Charges de personnel et remplacement.** Reste cependant à savoir si les charges relatives aux remplaçants ou salariés (rémunération, charges sociales, responsabilité du fait des commettants, indemnités de licenciement, etc.) doivent être isolées<sup>2067</sup> et s'imputer sur le SMIC ou, au contraire si elles sont comprises dans le déficit de gestion et suivent son régime. En effet, le statut exige que le gérant ait « *toute latitude d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer à ses frais et sous son entière responsabilité* »<sup>2068</sup>, il doit donc assumer les charges relatives à son remplacement et il semble également que les frais et la responsabilité des salariés lui incombent<sup>2069</sup> et pouvant librement embaucher, il devrait avoir la qualité d'employeur<sup>2070</sup>. La doctrine et la jurisprudence ne donnent aucune réponse.

**550. Règles du mandat sur les charges et pertes.** Par ailleurs, si le gérant de succursale ou le gérant alimentaire a la qualité de mandataire<sup>2071</sup>, il peut demander l'application des articles 1999 et 2000 du Code civil prévoyant respectivement le remboursement « *des frais [...] faits pour l'exécution du mandat* » et des « *pertes essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable* »<sup>2072</sup>. Cependant, ces règles étant supplétives de volonté<sup>2073</sup>, elles n'interdisent pas que l'ensemble des frais et pertes soient mis à la charge du gérant<sup>2074</sup> à l'exception des « *pertes qui auraient pour origine un élément de l'exploitation dont la maîtrise a été conservée par le mandant* »<sup>2075</sup>. Cette exception est néanmoins très difficile à mettre en œuvre car les pertes ont rarement pour origine un élément d'exploitation déterminé. Elles procèdent d'une différence entre l'ensemble des charges et des produits d'exploitation dont les causes peuvent être multiples. En particulier, le fait que le mandant soit resté maître de la politique de prix a été jugé insuffisant<sup>2076</sup>. S'il est allégué que les pertes sont dues aux prix trop bas imposés, la Cour de cassation exige la démonstration que ces pertes ont « *pour seule origine la politique des prix adoptée* » par le mandant<sup>2077</sup> ce qui suppose de constater que le mandataire n'avait « *la maîtrise ni des charges d'exploitation, ni des recettes de l'activité [...] exercée sous mandat* » et qu'aucune « *anomalie dans la gestion* » ne puisse lui être reprochée<sup>2078</sup>.

**551. Conclusion.** Finalement, qu'ils soient libres ou non de leurs horaires, les gérants de succursales et les gérants alimentaires sont garantis, sauf faute lourde, de percevoir, chaque mois, un revenu net égal au

---

<sup>2067</sup> C'est ce qui est soutenu pour le gérant-mandataire du Code de commerce : *infra* n°555.

<sup>2068</sup> C. trav. art. L. 7322-2 – *Supra* n° 264.

<sup>2069</sup> Dans ce sens : Soc. 12/10/1973 : n° 72-12620 ; B. n° 654, « *le gérant d'une succursale, qui engage et paie lui-même le personnel dont l'aide lui apparaît nécessaire pour assurer le fonctionnement de l'établissement, est le seul employeur responsable de ce personnel* » – CESARO (J.-F.), *Gérants de succursales*, JCl. Trav., fasc. 4-5, 2009, maj. 2013, n° 61.

<sup>2070</sup> Dans ce sens : Soc. 07/06/1967 : B. n° 457 – FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat*, JCl. Com., fasc. 323, 2008, n° 82.

<sup>2071</sup> Une partie de la doctrine soutient que les gérants de succursales et gérants non salariés des succursales des commerces de détail alimentaire sont nécessairement des mandataires : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 148.

<sup>2072</sup> Sur la question : LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, Rep. civ. Dalloz, 2011, maj. 2013, n° 306.

<sup>2073</sup> *Supra* n° 169.

<sup>2074</sup> V. par ex. : Com. 07/07/2004 : n° 02-15950 ; B. n° 150 ; D. 2005, 151, D. Ferrier.

<sup>2075</sup> *Supra* n° 169.

<sup>2076</sup> Com. 07/07/2004 : n° 02-15950 ; B. n° 150 ; D. 2005, 151, D. Ferrier, jugeant à propos d'un distributeur de carburant, qu'une cour d'appel avait pu rejeter la demande de remboursement des pertes subies en constatant que les parties avaient convenu que « *le mandataire percevrait une commission composée d'une partie fixe et d'une partie variable calculée en fonction du volume vendu dont le montant couvre forfaitairement la rémunération et l'ensemble des frais et pertes de la société* », en observant que le distributeur n'était « *pas fondé à soutenir que la rémunération versée dépendait de la seule volonté de la société Esso, dès lors qu'une partie fixe était prévue et que le volume des carburants distribués dépend de bien des facteurs autres que le prix fixé, tels que le dynamisme commercial du distributeur ou la qualité de l'accueil et du service dans la station* » et en déduisant ainsi que « *la société Esso n'avait pas conservé la maîtrise des conditions de distribution du carburant* ».

<sup>2077</sup> Com. 31/03/2009 : n° 07-18304 ; CCC 2009, 161, N. Mathey ; RLDA 45/10, 2675, P. Grignon – Com. 18/05/2010 : n° 09-15227.

<sup>2078</sup> Com. 18/05/2010 : n° 09-15227

produit du SMIC par le nombre d'heures de travail effectif. Aucune somme ne pourra venir amputer cette rémunération minimale à l'exception, pour les gérants alimentaires, d'un éventuel déficit d'inventaire mis contractuellement à leur charge, et, peut-être, de charges relatives aux remplaçants et salariés qu'ils ont embauchés librement.

Le revenu des distributeurs bénéficiant du statut de gérant de succursale ont ainsi une protection comparable à celle des distributeurs liés par un contrat de travail de droit commun : il s'agit d'une garantie de revenus nets. La garantie de rémunération des gérants alimentaires est moindre mais reste nettement supérieure à la commission minimale garantie du gérant-mandataire du Code de commerce.

## **2 – Les distributeurs bénéficiant d'une commission minimale garantie**

**552. Présentation.** Hors du droit du travail, une garantie de revenus est prévue par le statut des gérants-mandataires du Code de commerce. Pour apprécier l'étendue cette garantie, il convient d'identifier les produits garantis au gérant et les charges susceptibles de les amputer.

**553. Postulat.** Pour mener cette analyse, il sera postulé que le statut de gérant-mandataire du Code de commerce est d'ordre public<sup>2079</sup> et que les règles du statut du gérant de succursale prévues par le Code du travail ne lui sont pas applicables<sup>2080</sup>.

**554. Produits garantis du gérant-mandataire.** Le législateur a prévu une « *commission minimale garantie* » fixée dans « *un accord-cadre conclu entre le mandant et les gérants-mandataires auxquels il est lié par un contrat, ou leurs représentants* » et, à défaut d'accord, par le ministre chargé des petites et moyennes entreprises. La loi ajoute que cette commission minimale « *tient compte de l'importance de l'établissement et des modalités de son exploitation* »<sup>2081</sup>.

Ces règles sont inspirées du Code du travail qui prévoit la possibilité d'accords collectifs déterminant le minimum de la rémunération garantie aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire<sup>2082</sup>. La situation du gérant-mandataire du Code de commerce est cependant très différente.

**Incertitudes sur la portée de la garantie.** La notion de commission minimale est ambiguë car elle peut renvoyer à la fois à une somme forfaitaire ou à un pourcentage minimal de chiffre d'affaires.

Le gérant-mandataire devant percevoir une « *commission proportionnelle au chiffre d'affaires* », la commission minimale semble, *a priori*, renvoyer à un pourcentage minimal de chiffre d'affaires. La garantie se limiterait à assurer au gérant qu'il touche toujours un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé sans qu'il soit certain de percevoir une somme minimale forfaitaire. Il s'agirait uniquement « *d'assurer une uniformité dans la base de calcul de la rémunération des gérants-mandataires traitant avec un même mandant* »<sup>2083</sup>.

Cette analyse se heurte cependant aux dispositions du statut prévoyant une indemnité de résiliation égale « *aux montant des commissions acquises, ou à la commission minimale garantie [...], pendant les six mois*

---

<sup>2079</sup> *Supra* n° 207.

<sup>2080</sup> Cette s'impose pour assurer une certaine clarté et cohérence des régimes (DISSAUX (N.), *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, D. 2010, p. 667 s., n° 23), donner un effet aux règles moins favorables du statut du gérant-mandataire et pour respecter la volonté du législateur qui était d'écarter l'application du droit du travail (*supra* n° 206). – Sur la question et pour des positions contraires : *supra* n° 245.

<sup>2081</sup> C. com. art. L. 146-3.

<sup>2082</sup> C. trav. art. L. 7322-3 – *Supra* n° 547.

<sup>2083</sup> SAINTTOURENS (B.), *Le nouveau statut du gérant-mandataire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal*, RTD com. 2005, p. 704.

précédents »<sup>2084</sup>. En effet, une telle distinction n'aurait aucun intérêt si la commission minimale ne s'entendait pas d'une somme forfaitaire garantie au gérant-mandataire indépendamment du chiffre d'affaires réalisé. La notion de commission minimale garantie devrait donc en réalité être analysée en une rémunération minimale forfaitaire garantie<sup>2085</sup>, à l'instar du SMIC.

**Différences avec le SMIC.** Cependant, à la différence du SMIC, la commission minimale garantie peut être totalement indépendante des heures de travail effectif du gérant.

Ensuite, la loi ne prévoit pas les échéances de versement des commissions si bien que la commission minimale garantie n'est pas nécessairement mensuelle et pourrait être trimestrielle ou encore annuelle.

Par ailleurs, la commission minimale s'applique au gérant-mandataire qui, d'après sa définition légale, peut être une personne morale<sup>2086</sup>. Elle pourrait donc correspondre à un chiffre d'affaires minimal indépendamment du nombre d'associés et de gérants de la société alors que le SMIC correspond nécessairement aux heures de travail effectif d'une personne physique.

Enfin, les règles du droit du travail n'étant pas applicables, le montant de la commission minimale garantie pourrait tout à fait être inférieure au SMIC. En effet, alors que le SMIC est fixé par l'État et constitue une limite inférieure à toute négociation sur la rémunération, l'intervention étatique dans la fixation de la commission minimale garantie n'est prévue qu'en cas d'échec de la fixation par les parties dans l'accord-cadre. Or, la notion d'accord-cadre visée par le statut paraît très différente de celle d'accord collectif en droit du travail<sup>2087</sup>. En effet, il est prévu que l'accord est « *conclu entre le mandant et les gérants-mandataires auxquels il est lié par un contrat, ou leurs représentants* »<sup>2088</sup>. La loi impose donc la conclusion d'un accord ayant une dimension collective mais pas une négociation collective<sup>2089</sup> et les représentants intervenant à cette conclusion ne sont pas, en principe, des représentants syndicaux mais de simples mandataires, la loi ne prévoyant pas leur désignation et statut<sup>2090</sup>. Par suite, le mandant pourra parfaitement soumettre un projet d'accord-cadre à chaque gérant pris individuellement et éviter toute négociation collective susceptible de modifier les rapports de force<sup>2091</sup>.

Finalement, à supposer qu'un produit minimal doive être impérativement garanti au gérant-mandataire, son montant n'est pas fixé par la loi et résultera d'un accord négocié dans des conditions qui ne permettent pas d'assurer qu'il sera au moins égal au SMIC.

### 555. Charges assumées par le gérant-mandataire.

**Statut lacunaire.** Le statut du Code de commerce ne précise pas clairement les charges assumées par le gérant-mandataire et si elles sont susceptibles de s'imputer sur la commission minimale garantie. La

---

<sup>2084</sup> C. com. art. L. 146-4.

<sup>2085</sup> Dans ce sens : FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat*, JCl. Com., fasc. 323, 2008, n° 106.

<sup>2086</sup> C. com. art. L. 146-1.

<sup>2087</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, D. 2010, p. 667 s., n° 22 – KENFACK (H.), *Gérance de fonds de commerce*, Rép. com., 2008, maj. 2014 – FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 104 – CUIF (P.-F.), *Contrat de gestion d'entreprise et contrat de gérance-mandat*, JCl. Distrib., fasc. 1425, 2006, n° 55 – AUZERO (G.), *Les dispositions à caractère social de la loi no 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises*, Bull. Joly Soc. 2005, p. 1083.

<sup>2088</sup> C. com. art. L. 146-3.

<sup>2089</sup> Le projet de loi prévoyait initialement des « *accords collectifs* » (Projet de loi n° 297, déposé au Sénat le 13/04/2005, art. 16) et la commission des lois avait souhaité qu'il soit renvoyé à une négociation collective (GROSSKOST (A.), avis n° 2422 au nom de la Commission des lois, 29/06/2005, p. 27 s.) mais le texte final n'a pas retenu cette solution.

<sup>2090</sup> FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 104.

<sup>2091</sup> FERRIER (N.), *ibid.*, n° 104.



définition légale des gérants-mandataires prévoit seulement que le propriétaire du fonds géré en « *reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation* » et ajoute que les gérants doivent « *avoir toute latitude [...] d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité* »<sup>2092</sup>.

**Analogie non pertinente avec le gérant alimentaire.** Une partie de la doctrine tente d'identifier le régime de la gérance-mandat du Code de commerce par analogie avec le statut du gérant alimentaire du Code du travail<sup>2093</sup>. Cependant, d'une part, ce statut ne fait aucune référence aux risques liés à l'exploitation si bien qu'il n'est guère éclairant et, d'autre part, malgré la proximité des textes<sup>2094</sup>, l'analogie ne semble pas pertinente, le statut du gérant-mandataire ayant précisément été adopté pour écarter l'application du Code du travail<sup>2095</sup>.

**Notion incertaine de risques liés à l'exploitation.** Le statut ne précise pas la notion de « *risques liés à l'exploitation* » qui apparaît ainsi très incertaine : s'agit-il des risques de l'exploitation ou des risques de l'entreprise ou d'une autre notion ?<sup>2096</sup>

Pour identifier ces risques devant nécessairement être supportés par le mandant, une partie de la doctrine<sup>2097</sup> se réfère à la thèse de Monsieur Puig qui expose que « *les seuls vrais risques d'exploitation sont ceux qui ne sont pas imputables à une personne en particulier, soit qu'aucune faute n'ait été commise, soit parce qu'aucune obligation n'a été transgressée : ce sont les aléas du marché, les risques d'accidents, la force majeure, les choix de gestion qui s'avèrent ultérieurement désastreux alors qu'ils pouvaient sembler judicieux au moment où ils ont été faits, etc.* »<sup>2098</sup>. Cependant, cette définition des risques liés à l'exploitation conduit à une contradiction avec l'exigence que le gérant soit rémunéré par une commission proportionnelle au chiffre d'affaires<sup>2099</sup> et qui est donc nécessairement soumise aux aléas du marché<sup>2100</sup> et, le cas échéant, à ses choix de gestion.

Plus précisément, Monsieur Ferrier estime que sont des risques liés à l'exploitation : le risque de déficit de gestion ou d'inventaire, le risque de cessation de paiement du fonds, le risque d'inexécution ou d'insolvabilité des clients (ce qui exclut tout engagement de du croire) et les risques d'emploi du personnel si le gérant n'a pas la qualité d'employeur<sup>2101</sup>. Il soutient, par ailleurs, que le gérant devrait être responsable de ses fautes simples ou intentionnelles à l'origine d'un déficit de gestion, de façon illimitée, cette responsabilité pouvant donc le priver de la commission minimale garantie<sup>2102</sup>. En effet, l'exigence de faute lourde du droit du travail n'est pas applicable et conformément à l'article 1992 du Code civil « *le mandataire répond non seulement du*

---

<sup>2092</sup> C. com. art. L. 146-1

<sup>2093</sup> KENFACK (H.), *op. cit.*, n° 82 – FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 91.

<sup>2094</sup> *Supra* n° 273.

<sup>2095</sup> *Supra* n° 206 et 272.

<sup>2096</sup> Sur ces incertitudes : PASQUIER (I), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 254.

<sup>2097</sup> KENFACK (H.), *op. cit.*, n° 82 – FERRIER (N.), *Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005*, PA 26/05/2006, p. 4 s., n° 9.

<sup>2098</sup> PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, Préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2002, n° 189.

<sup>2099</sup> C. com. art. L. 146-1.

<sup>2100</sup> Rappr. : PASQUIER (I), *op. cit.*, n° 254.

<sup>2101</sup> FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat*, *op. cit.*, n° 91.

<sup>2102</sup> *Ibid.*, n° 107.

dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion »<sup>2103</sup>.

**Charges liées aux remplaçants et au personnel.** S'agissant des charges liées aux remplaçants et au personnel salarié, il faut rappeler que le statut prévoit que les gérants ont « *toute latitude, dans le cadre [...] tracé [par le mandant], [...] d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité* ». En raison de l'absence de virgule après « *remplaçants* », Monsieur Ferrier soutient que la formule « *à leurs frais et sous leur entière responsabilité* » s'appliquerait seulement à la substitution de remplaçants et non à l'embauche du personnel<sup>2104</sup>. Pour les salariés, le gérant serait employeur en raison de sa liberté d'embauche et devrait donc assumer les risques associés (accident du travail, responsabilité du fait des préposés, licenciement, etc.) sans qu'ils puissent être considérés comme des risques liés à l'exploitation<sup>2105</sup>.

Finalement, le gérant supporte les frais et risques liés aux remplaçants qu'il se substitue et pourrait également supporter les risques, voire les frais, liés au personnel qu'il a embauché. On ignore cependant si ces frais et risques peuvent s'imputer sur la commission minimale et dans quelle proportion. Il est possible de soutenir qu'il y a lieu de les imputer, le gérant ayant la charge des frais et risques des remplaçants et du personnel ou, au contraire, que sauf faute de sa part, ces charges sont incluses dans le calcul du déficit de gestion dont le risque incombe au mandant.

**Règles du mandat.** Par ailleurs, les articles 1999 et 2000 du droit commun du mandat devraient être applicables au gérant-mandataire<sup>2106</sup>. Celui-ci peut donc, en principe, obtenir le remboursement de ses frais et pertes mais ces règles étant supplétives de volonté elles peuvent être écartées sauf pour les pertes liées à un élément d'exploitation dont le mandant a conservé la maîtrise<sup>2107</sup>.

**556. Conclusion.** Finalement, si le gérant doit bénéficier d'une commission minimale garantie, son montant n'est pas fixé par la loi mais abandonné à la conclusion d'un accord-cadre collectif entre le mandant et l'ensemble de ses gérants-mandataires sans obligation de négociation collective. Par ailleurs, même si les solutions sont incertaines, cette commission devrait pouvoir être amputée en cas de mauvaise gestion du gérant (faute simple), par les frais et risques liés aux remplaçants qu'il s'est substitué et par les risques, voire les frais, liés au personnel qu'il a embauché.

La garantie de revenus du gérant-mandataire du Code de commerce est ainsi inférieure à celle des distributeurs salariés, des VRP non libres de leurs horaires et des gérants bénéficiant du droit spécial du travail mais elle reste supérieure à celle des distributeurs ne bénéficiant d'aucun revenu minimum garanti.

---

<sup>2103</sup> Pour des exemples de fautes simples : Com. 04/02/2004 : n° 01-13516 ; B. n° 23 ; D. 2004, 2330, C. Bloud-Rey. – Civ. 3 26/04/2006 : n° 05-10837, B. n° 105 ; D. 2006, 1330, Y. Rouquet ; AJDI 2007, 140, F. Bérenger – Civ. 3 21/10/2009 : n° 08-19111 ; B. n° 227. – Sur la question, voir : LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, Rep. civ. Dalloz, 2011, maj. 2013, n° 290 s.

<sup>2104</sup> FERRIER (N.), *Le statut de gérant-mandataire...*, *op. cit.*, n° 11.

<sup>2105</sup> Dans ce sens : KENFACK (H.), *op. cit.*, n° 82 – PASQUIER (T.), *op. cit.*, n° 254 – Comp. : FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat*, *op. cit.*, n° 91 et 43, soutenant qu'il faut en plus que le gérant est la liberté de licencier.

<sup>2106</sup> Rapport fait au nom de la Commission des Affaires économique et du Plan du Sénat sur le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises par M. Gérard CORNU, 11/05/2005, p. 88, « *au-delà de ces dispositions spécifiques, le contrat de gérance-mandat est un mandat spécial soumis, à ce titre aux dispositions du code civil régissant le mandat, par exemple en matière de reddition des comptes. A cet égard, les risques sont évidemment supportés dans les limites posées par l'article 2000 du code civil [...] : si le gérant-mandataire ne peut essayer de pertes dans le cadre de sa mission dès lors qu'il n'a commis aucune imprudence dans l'exécution de celle-ci, en revanche, s'il ne s'est pas comporté « en bon père de famille », il supporte, sur le fondement de l'article 2000 du code civil, les conséquences de ses fautes* ».

<sup>2107</sup> *Supra* n° 169.

## B – Les distributeurs ne bénéficiant d’aucun revenu minimum garanti

**557. Absence de dispositif légal spécifique.** Hors du droit du travail et du statut du gérant-mandataire du Code de commerce, différents statuts encadrent la rémunération de distributeurs.

**Agence commerciale.** Ainsi, le Code de commerce prévoit que « *dans le silence du contrat, l’agent commercial a droit à une rémunération conforme aux usages pratiqués dans le secteur d’activité couvert par son mandat, là où il exerce son activité* » et, « *en l’absence d’usages, [...] à une rémunération raisonnable qui tient compte de tous les éléments qui ont trait à l’opération* »<sup>2108</sup>. Ces dispositions sont cependant supplétives de volontés<sup>2109</sup> : une rémunération non conforme aux usages ou non raisonnable pourrait être stipulée et le statut n’interdit pas une rémunération totalement fixe<sup>2110</sup> inférieure au SMIC. En cas de rémunération variant, en tout ou partie, avec le nombre ou la valeur des affaires, la loi encadre le mode de détermination des commissions<sup>2111</sup>, l’étendue du droit à commission et ses faits générateurs<sup>2112</sup> mais impose seulement de façon impérative<sup>2113</sup> que la commission soit acquise au plus tard lorsque le tiers a exécuté ou aurait dû exécuter sa part de l’opération ouvrant droit à commission<sup>2114</sup>, qu’elle subsiste si l’opération ne sera pas exécutée en raison du mandant<sup>2115</sup> et qu’elle soit payée au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel elle était acquise<sup>2116</sup>.

Par ailleurs, le statut ne prévoit rien sur les frais pouvant être mis à la charge de l’agent commercial et le droit commun du mandat n’interdit pas qu’un mandataire puisse assumer tout ou partie des frais et pertes liés à son activité dans la limite des pertes qui auraient pour origine un élément de l’exploitation dont la maîtrise a été conservée par le mandant<sup>2117</sup>. La qualification légale de professionnel indépendant<sup>2118</sup> de l’agent commercial l’autorise à courir des risques liés à l’activité de distribution. En particulier, la jurisprudence admet qu’il se porte ducroire alors qu’elle l’interdit aux VRP<sup>2119</sup>.

Ainsi, l’encadrement légal impératif de l’agence commerciale a pour seul effet, lorsqu’il existe une rémunération variable, d’éviter un décalage trop important entre le travail de prospection et le droit à commission de l’agent et de lui garantir une commission pour toute opération qui aurait dû être exécutée par le tiers ou le mandant. Il ne prévoit aucune commission minimale et, *a fortiori*, aucune garantie de revenu.

**Agents généraux d’assurance.** De même, les différents statuts des agents généraux d’assurance, approuvés par décret, imposent qu’ils soient rémunérés pour les différents aspects de leur activité mais ne prévoient aucun minimum garanti<sup>2120</sup>.

---

<sup>2108</sup> C. com. art. L. 134-5.

<sup>2109</sup> C. com. art. L. 134-16.

<sup>2110</sup> Le statut envisage tout type de rémunération (intégralement fixe, totalement ou partiellement variable) : *supra* n° 194.

<sup>2111</sup> C. com. art. L. 134-5.

<sup>2112</sup> C. com. art. L. 134-6 à L. 134-9, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>2113</sup> C. com. art. L. 134-16.

<sup>2114</sup> C. civ. art. L. 134-9, al. 2<sup>nd</sup>.

<sup>2115</sup> C. civ. art. L. 134-10, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>2116</sup> C. civ. art. L. 134-9, al. 2, *in fine*.

<sup>2117</sup> *Supra* n° 194.

<sup>2118</sup> C. com. art. L. 134-1 – *Supra* n° 181.

<sup>2119</sup> *Supra* n° 194 et 307.

<sup>2120</sup> Le statut IARD prévoit une « *commission d’apport* » avec un taux maximum (art. 10), une « *commission de gestion* » devant être une « *contrepartie équitable* » (art. 11) et une « *rétribution spéciale et équitable* » pour les travaux supplémentaires (art. 12). Le statut VIE prévoit que « *pour l’exercice de ses fonctions de producteurs et de gestionnaire, l’agent général est rémunéré par des commissions* » dont les « *taux sont fixés de gré à gré sans*

Finalement, les distributeurs non soumis à la législation sur le SMIC ou au statut du gérant-mandataire du Code de commerce ne bénéficient d'aucune garantie d'un revenu minimum, que celui-ci soit constitué de sommes fixes, de commissions versées par le fournisseur (commissionnaire, commissionnaire-affilié, VRP libre de ses horaires, agent commercial) ou encore de profits directement tirés de l'activité (franchisé, concessionnaire, locataire-gérant, gérant-dépositaire, etc.). La possibilité pour le fournisseur de déterminer totalement ou partiellement des prix d'achats, de vente et des charges devant être obligatoirement assumées par le distributeur pourra donc amener ce dernier à percevoir des revenus inférieurs au SMIC.

**558. Bonne foi, abus, droit de la concurrence.** Reste à savoir si la bonne foi, la théorie de l'abus de droit ou les règles de concurrence sont susceptibles de limiter les possibilités du fournisseur dans le but de garantir au distributeur une part minimale des bénéfices de la distribution des produits voire un revenu minimum. La réponse à cette question est complexe et dépend notamment des prérogatives ou pouvoirs de fait<sup>2121</sup> du fournisseur sur les produits du distributeur (détermination des volumes et prix de vente ou de revente), des charges de ce dernier (les dépenses et investissements qu'il peut mettre ou laisser à la charge des distributeurs), de l'importance du fournisseur dans l'activité de distribution, de la possibilité laissée au distributeur de diffuser d'autres produits ou services, de sa gestion et des caractéristiques de son entreprise<sup>2122</sup>. C'est seulement la combinaison de ces différents éléments et, le cas échéant, d'autres facteurs, qui permettra d'apprécier l'influence du fournisseur sur le revenu net du distributeur. Par ailleurs, la caractérisation d'un abus ou d'un manquement à la bonne foi supposera la définition d'un critère permettant d'établir un degré à partir duquel l'exercice du pouvoir.

**559. Plan.** Ces questions seront abordées successivement en droit commun des contrats (1) et en droit de la concurrence (2).

## **1 - Les garanties limitées du droit commun des contrats**

**560. Mauvaise exécution du contrat et prix non concurrentiels.** La jurisprudence a déjà admis la responsabilité de fournisseurs qui, par les prix d'achats ou de vente imposés à leurs distributeurs, n'avaient pas permis à ceux-ci de pratiquer des prix concurrentiels.

**Affaires Huard et Chevassus.** En 1992, dans l'affaire *Huard* concernant un revendeur exclusif, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir caractérisé la mauvaise foi du fournisseur dans l'exécution du contrat car les prix d'achats imposés au distributeur le privaient « *des moyens de pratiquer des prix concurrentiels* ». Les juges du fond avaient constaté que « *le prix de vente appliqué par [le fournisseur] [...] à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui*

---

*pouvoir dépasser les limites imposées par les textes législatifs et réglementaires* » (art. 9) et que l'exécution de travaux supplémentaires ou missions « *donne lieu à une rétribution spéciale et équitable* » (art. 11). Le statut de 1996 prévoit que « *ses modalités de rémunération sont régies, sans préjudice des dispositions légales et réglementaires, par le ou les mandats dénommés traités de nomination* » (annexe, art. 2) or aucune disposition légale ou réglementaire n'impose une rémunération minimale garantie. — Sur ces statuts : *supra* n° 202.

<sup>2121</sup> Sur ces notions : *infra* n° 1078.

<sup>2122</sup> Par exemple, en début d'activité et en raison des dépenses et investissements à rentabiliser et du temps nécessaire pour créer et développer la clientèle, un distributeur ne pourra dégager des profits équivalents à celui d'un distributeur déjà installé depuis plusieurs années.

auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires »<sup>2123</sup>. De même, en 1998, dans l'affaire *Chevassus*, un agent commercial rencontrait des difficultés en raison de ventes parallèles de produits venant de centrales d'achats qui s'approvisionnaient à des conditions plus avantageuses. La Cour de cassation reprocha à la cour d'appel de ne pas avoir « *recherché si, informé des difficultés [...] [du distributeur] en raison des ventes parallèles de produits [...], les sociétés [...] [fournisseuses] ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exécuter son mandat* »<sup>2124</sup>.

**Absence de garantie de rentabilité.** Il serait très audacieux de soutenir que ces solutions fondent une obligation du fournisseur de permettre à son distributeur d'atteindre un niveau de rentabilité minimal. En effet, il ne faut pas confondre les prix concurrentiels et les prix permettant d'atteindre un certain niveau de rentabilité. Dans l'arrêt *Huard*, la Cour de cassation précise d'ailleurs que la cour d'appel n'a pas jugé que le fournisseur était tenu d'intégrer le distributeur dans son réseau « *en lui assurant une rentabilité acceptable* ». Dans les deux affaires, l'impossibilité de pratiquer des prix concurrentiels provenait de l'existence, pour les mêmes produits, d'autres distributeurs pratiquant des prix de vente inférieurs au prix d'achat du distributeur considéré (affaire *Huard*) ou aux prix de vente pouvant être pratiqués par celui-ci en raison de son mandat (affaire *Chevassus*). En aucun cas, les juges n'ont analysé les coûts supportés par le distributeur pour en déduire que les prix de vente qu'il pouvait pratiquer ne lui permettaient pas d'atteindre une certaine rentabilité.

**Jurisprudence postérieure.** Depuis, le grief d'impossibilité de pratiquer des prix concurrentiels a été invoqué seulement dans cinq affaires portées devant la Cour de cassation<sup>2125</sup>. Il a été rejeté quatre fois au motif notamment qu'il n'était pas établi que des prix de vente inférieurs étaient pratiqués à l'égard d'autres distributeurs pour les mêmes produits ou services<sup>2126</sup>. Dans la dernière affaire, un franchisé reprochait à son

---

<sup>2123</sup> Com. 03/11/1992 : n° 90-18547 ; B. n° 98 ; JCP 1993.II.22164, G. Virassamy ; Defr. 1993, 1377, J.-L. Aubert ; RTD civ. 1993, 124, J. Mestre.

<sup>2124</sup> Com. 24/11/1998 : n° 96-18357 ; B. n° 227 ; Defr. 1999, 371, D. Mazeaud ; RTD civ. 1999, 98, J. Mestre – V. antérieurement : Com. 30/06/1998 : n° 97-17299.

<sup>2125</sup> Une recherche le 16/05/2015, sur *Legifrance*, en texte intégral, des termes « *pratiquer des prix concurrentiels* » depuis le 24/11/1998 dans l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation donne 13 résultats dont seulement 6 pertinents où l'impossibilité de pratiquer des prix concurrentiels était invoquée (Com. 14/12/1999 : n° 97-20304 – Com. 14/01/2003 : n° 00-16617 – Com. 01/07/2003 : n° 01-00191 – Com. 20/02/2007 : n° 05-15152 – Com. 06/11/2007 : n° 05-15152 – Com. 07/01/2014 : n° 12-17154).

<sup>2126</sup> Com. 14/12/1999 : n° 97-20304, « *il n'est pas établi que la société X... ait imposé à M. Z... des prix de vente supérieurs à ceux qu'elle pratiquait dans les autres stations-services de son réseau ni à ceux pratiqués par les autres pétroliers* » – Com. 14/01/2003 : n° 00-16617, une cour d'appel a légalement justifié sa décision de rejet du grief d'impossibilité de pratiquer des prix concurrentiels en relevant « *que l'objet de la clause d'exclusivité est restreint aux lubrifiants utilisés dans la station et retient qu'il était loisible à la société X..., dont il a observé par ailleurs qu'elle était un commerçant averti, de s'approvisionner pour les autres lubrifiants auprès d'autres distributeurs* » et que « *l'étude produite par la société X... pour démontrer que les prix pratiqués par la société Esso étaient supérieurs à ceux de la vente aux consommateurs dans les grandes surfaces ne porte pas sur les produits utilisés en station* » – Com. 01/07/2003 : n° 01-00191, « *l'arrêt retient qu'une collusion frauduleuse entre la société X... Jean Flo'h et son client de Saint-Petersboun'est pas démontrée et que non seulement le risque d'approvisionnement de Moscou par ce client n'est pas prouvé mais encore que l'hypothèse d'un tel approvisionnement à bas prix n'est même pas crédible comme préjudiciable aux intérêts de la société X... Jean Flo'h ; qu'il en déduit exactement que la société X... Jean Flo'h n'a manqué ni à son obligation contractuelle ni à l'obligation de bonne foi* » – Com. 20/02/et 6/11/2007 : n° 05-15152, « *ayant relevé [...] que les concessionnaires n'établissent pas de façon certaine et précise la réalité des écarts de prix qu'ils invoquent quant aux conditions tarifaires pratiquées en Belgique par les concédants ou la société VAG, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » – Comp. : Com. 06/06/2000 : n° 97-12260, jugeant qu'une cour d'appel a pu exclure tout manquement à la bonne foi, à la loyauté et tout abus d'une compagnie pétrolière à l'égard d'un commissionnaire exclusif auquel elle imposait des prix de vente supérieurs à ceux que pouvaient pratiquer les grandes surfaces qu'elles approvisionnait également au motif que « *que la société Esso n'avait aucun intérêt à pratiquer un prix dissuasif pour sa clientèle dans le point de vente de M. X... [...] [et] qu'il n'est pas établi qu'elle aurait fixé ses prix uniquement en fonction de ses propres intérêts et au détriment de ceux de M. X...* ». La Cour de cassation juge également la cour d'appel a pu exclure toute pratique discriminatoire en relevant « *que la différence de prix s'explique par la différence de volume des commandes et par le mode d'approvisionnement* » et en faisant ainsi « *ressortir que l'avantage consenti aux grandes surfaces était justifié par des contreparties réelles pour la compagnie pétrolière* ».

franchiseur, qui s'était réservé contractuellement l'exclusivité de la clientèle des « *grands comptes* », d'imposer pour eux des tarifs qui « *n'étaient pas suffisants pour permettre d'équilibrer l'exploitation* ». La Cour de cassation jugea que les juges avaient pu exclure tout abus en relevant « *une politique commerciale dynamique menée [par le franchiseur] à l'égard de la clientèle potentielle des "grands comptes"* » et « *en outre que le franchiseur, qui s'était réservé dans le contrat l'exclusivité au niveau national des "grands comptes", n'avait souscrit aucune obligation à l'égard du franchisé concernant ces clients* »<sup>2127</sup>.

Ainsi, l'obligation de mettre le distributeur en mesure de pratiquer des prix concurrentiels n'a jamais été analysée en une obligation de le mettre en mesure d'être rentable ou de garantir une certaine rentabilité. L'obligation du fournisseur semble se limiter à permettre au distributeur, auquel il impose ses prix d'achat ou de vente, de pratiquer des prix concurrentiels par rapport à ceux qui peuvent être pratiqués, pour les mêmes produits et services du fournisseur, par d'autres distributeurs sur le marché considéré<sup>2128</sup>.

**561. Abus dans la fixation unilatérale du prix.** Depuis 1995, la Cour de cassation admet, dans les contrats-cadres prévoyant des ventes futures, la possibilité d'un « *abus dans la fixation du prix* » ouvrant un droit à résiliation ou indemnisation<sup>2129</sup>. Les prix visés sont les prix de vente aux distributeurs, leurs prix d'achat et non leurs prix de revente à la clientèle. Pour les prix de revente, le droit de la concurrence prohibe *per se* les marges et prix minimaux imposés et si l'imposition d'un prix maximal de revente est valable<sup>2130</sup>, la revente à un prix inférieur au prix d'achat effectif est également prohibée *per se*<sup>2131</sup>. Il est donc illégal pour un fournisseur d'imposer un prix maximal de revente inférieur au prix de vente au distributeur qu'il a fixé.

Dans ces limites, la question devient celle de savoir si un fournisseur commet un abus de droit en imposant des prix d'achat ou des prix maximaux de revente ou vente de prestations de services conduisant le distributeur à percevoir des revenus inférieurs à un certain montant.

**Critère de l'abus.** Depuis 1995, la doctrine s'interroge sur le critère de l'abus sans parvenir à un consensus : il pourrait s'agir du comportement déloyal ou de pratiques ne correspondant pas à celles du secteur considéré, du fait de profiter d'un état de dépendance, de prix différant de manière excessive à ceux du marché, de prix contraires à l'intérêt commun des parties<sup>2132</sup>. Une partie de la doctrine a notamment proposé que le critère de l'abus soit le prix qui réserve au fournisseur « *un profit qui ne permet plus [...] [au*

<sup>2127</sup> Com. 07/01/2014 : n° 12-17154.

<sup>2128</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Solidarisme, distribution et concurrence*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 95, n° 15, soutenant que les arrêts *Huard* et *Cheerassus* peuvent s'expliquer par la seule existence de ventes parallèles et qu'il était donc en réalité reproché au fournisseur ne pas avoir assuré la police du réseau. – V. également : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 239 s., p. 247 s. analysant les arrêts comme utilisant la bonne foi comme moyen de prolonger la prohibition des pratiques discriminatoires.

<sup>2129</sup> AP 01/12/1995, 4 arrêts : n° 91-15578, 91-15999, 91-19653 et 91-19653 ; B. n° 7, 8 et 9 ; JCP 1996.II.22565, J. Ghestin ; D. 1996, 13, L. Aynès ; RTD civ. 1996, 153, n° 9, J. Mestre ; Defr. 1996, 747, P. Delebecque – Sur l'histoire jurisprudentielle de la validité la prérogative unilatérale de détermination du prix, voir notamment : DIAS (C.), *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Préf. I. Urbain-Parléani, PUAM, 2014, n° 557 s. – TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 282 s. – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 953 s. – NARAYAN-FOURMENT (H.), *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix*, PUAM, 2003, n° 458 s.

<sup>2130</sup> C. com. art. L. 442-5 – *Supra* n° 235.

<sup>2131</sup> C. com. art. L. 442-2, « *le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende.* »

<sup>2132</sup> JEOL (M.), *Le contenu juridique des décisions du 1<sup>er</sup> décembre 1995*, RTD com. 1997, p. 1 s., p. 4. – Parmi une littérature pléthorique, v. : PASQUIER (I.), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 180 – COURET (A.), *Le maniement par le juge de la théorie de l'abus dans la fixation du prix*, RCC 07-08/1996, p. 27 s. – FRISON-ROCHE (M.-A.), *Va-t-on vers une acceptation unitaire de l'abus dans la fixation du prix ?*, in *L'abus dans la fixation du prix, les acceptations concevables*, RCC 1996, suppl. n° 92, p. 13 s. – FRISON-ROCHE (M.-A.), *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix*, RJDA 01/96, p. 3 s. – JAMIN (C.), *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, JCP 1996.I.3959 – JAMIN (C.), *Les apports au droit des contrats-cadres*, RTD com. 1997, p. 19 s.

distributeur] de retirer celui qu'[il] [...] est aussi en droit d'attendre de l'exécution du contrat, rompant ainsi son équilibre » ou au moins de retirer de cette exécution la part de profit « qui lui permet de continuer à exploiter son affaire »<sup>2133</sup>.

Si la Cour de cassation avait admis en 1994 qu'un fournisseur était susceptible d'« abus[er] de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi mécon[n]aître son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi »<sup>2134</sup>, elle n'a posé aucun critère de l'abus et se contente souvent d'un contrôle léger en se limitant à constater l'existence d'une motivation<sup>2135</sup>.

Depuis 1995, seules 14 affaires concernant des distributeurs ont été soumises à la Cour de cassation, aucun des arrêts rendus n'a été publié au bulletin et l'abus dans la fixation du prix n'a été caractérisé que deux fois<sup>2136</sup>. Il faut ajouter à ces décisions un arrêt non publié de 2004 reconnaissant un abus du « droit de fixer unilatéralement les conditions de vente »<sup>2137</sup>. L'analyse des décisions fait apparaître une jurisprudence casuistique assez peu lisible : l'abus a pu être rejeté au motif que le distributeur avait pu « négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante et arbitraire du franchiseur »<sup>2138</sup> ou qu'il était libre de ses prix de revente<sup>2139</sup>. Au contraire, il a été admis au motif que les prix de vente au distributeur étaient supérieurs à ceux du marché<sup>2140</sup>. L'abus dans la fixation unilatérale des conditions de vente a été admis en 2004 au motif que « [le concédant], qui s'était trouvé [...] confronté [...] à un effondrement général du marché de l'automobile, aggravé par une hausse du yen, avait pris des mesures imposant des sacrifices

---

<sup>2133</sup> JAMIN (C.), *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, JCP 1996.I.3959. – V. également : JAMIN (C.), *Les apports au droit des contrats-cadres*, RTD com. 1997, p. 19 s. – REVET (I.), *Les apports au droit des relations de dépendance*, RTD com. 1997, p. 37, spéc. n° 16. – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, op. cit., n° 962 – Comp. : PASQUIER (I.), op. cit., n° 180, « le prix doit être fixé à un niveau qui autorise le fonctionnement normal de l'activité ».

<sup>2134</sup> Civ. 1 29/11/1994 : n° 91-21009 ; B. n° 348 ; JCP 1995.II.22371, J. Ghestin ; D. 1995, 122, L. Aynès ; Defr. 1995, 335, n° 13, P. Delebecque ; CCC 1995, 24, L. Leveneur ; RTD civ. 1995, 358, n° 5, J. Mestre.

<sup>2135</sup> V. par ex. : Com. 04/11/2014 : n° 11-14026.

<sup>2136</sup> Une recherche le 03/03/2015, sur *Legifrance*, en texte intégral, dans l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation depuis 1995, des termes « abus dans la fixation du prix » ou « droit de fixer unilatéralement le prix » donne 67 résultats différents. La plupart des résultats ne sont pas pertinents car concernent la validité de la clause de fixation unilatérale et 4 concernent un abus dans la fixation des prix de vente du distributeur par le fournisseur (Com. 28/03/2000 : n° 97-10652 – Com. 06/06/2000 : n° 97-12260 – Com. 20/05/2003 : n° 01-17232 – Com. 04/02/2004 : n° 97-20254). Dans les 14 arrêts pertinents où des abus dans la fixation du prix d'achat sont invoqués par des distributeurs : 2 arrêts le rejettent car il est invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation (Com. 02/03/1999 : n° 96-13496 – Com. 03/04/2001 : n° 98-19078), 10 le rejettent en constatant que la preuve de l'abus n'est pas rapportée (Com. 14/10/1997 : n° 95-16733 – Com. 26/01/1999 : n° 96-22610 – Com. 06/04/1999 : n° 96-18332 – Com. 30/10/2000 : n° 97-18390 – Com. 28/11/2000 : n° 96-11179 – Com. 27/02/2001 : n° 98-21075 – Com. 11/02/2003 : n° 00-14204 – Com. 13/11/2003 : n° 01-14368 – Com. 17/03/2004 : n° 01-16414 – Com. 14/12/2004 : n° 03-11631) et deux l'admettent (Com. 17/12/2003 : n° 01-16505 – Com. 04/11/2014 : n° 11-14026).

<sup>2137</sup> Com. 05/01/2002 : n° 99-21172 ; D. 2002, 1974, P. Stoffel-Munck et 2841, D. Mazeaud ; JCP 2002.II.10157, C. Jamin ; CCC 2002, 94, M. Malaurie-Vignal ; RTD civ. 2002, 294, J. Mestre et B. Fages ; RDC 2003, 154, M. Béhar-Touchais ; CDE 5/2002, 28, D. Mainguy.

<sup>2138</sup> Com. 21/01/1997 : n° 94-22034 ; D. 1997, 414, C. Jamin.

<sup>2139</sup> Com. 05/12/2000 : n° 97-21631 – Sur cet arrêt : JAMIN (C.), *Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d'un abus*, in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ, 2008, p. 93 s., n° 238.

<sup>2140</sup> Com. 17/12/2003 : n° 01-16505, la cour d'appel avait prononcé la nullité de certaines ventes conclues en exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif en fuel domestique pour prix indéterminé et indéterminable au moment des commandes et validé les autres. Pour ces ventes nulles, la cour d'appel avait constaté l'impossibilité de la remise des choses en l'état antérieur et retenu que le prix facturé avait été abusif. Elle avait ainsi accordé une indemnisation au distributeur correspondant à la différence entre les prix abusifs et le prix réel moyen découlant du libre jeu de la concurrence, calculée par application d'un coefficient de réduction. Le moyen lui reprochait de ne pas avoir recherché si les ventes non nulles ouvraient droit au distributeur à une indemnisation en raison de l'abus commis par le fournisseur dans la fixation du prix. La Cour de cassation jugea qu'« en relevant [...] qu'il n'y a pas eu de prix indéterminé ou indéterminable puisque [le distributeur], spécialiste du marché litigieux ne pouvait ignorer que toutes les compagnies pétrolières appliquaient les mêmes tarifs connus d'avance puisqu'ils résultaient des mouvements de prix sur le marché international, la cour d'appel [...] [avait] effectué les recherches exposées ». Pour les ventes nulles, le moyen reprochait le montant de l'indemnisation, argument que la Cour de cassation rejeta en jugeant que « la cour d'appel qui a retenu, à bon droit, que l'abus dans la fixation du prix donne lieu à indemnisation, a fixé souverainement par une décision motivée, le montant de cette indemnisation ». Il semble résulter de cet arrêt qu'il n'est pas abusif de pratiquer des prix ajustés en fonction des variations des prix des matières premières sur le marché international mais qu'en revanche, le fait de fixer, postérieurement aux ventes, un prix supérieur à celui du libre jeu de la concurrence est susceptible de caractériser l'abus.

à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité » et qu'il « ne s'est pas imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires et que notamment, en ce qui concerne le [distributeur concerné] [...], il aurait pu disposer à son endroit d'un montant équivalant à l'insuffisance d'actif que celui-ci a accusé »<sup>2141</sup>. Mais la Cour de cassation a jugé en 2014 qu'une cour d'appel avait pu exclure tout manquement à la loyauté et à la bonne foi dans l'exécution du contrat pour un franchiseur qui, à l'égard d'un franchisé connaissant une exploitation déficitaire avait maintenu les conditions de vente imposées, refusé de renégocier le contrat de franchise, de réduire ou supprimer les redevances qui contribuaient aux pertes et de reprendre lui-même l'exploitation de certains sites. La cour d'appel avait retenu que « le franchisé est un entrepreneur indépendant qui assume et porte la responsabilité de ses résultats d'exploitation, financiers, et commerciaux, l'obligation du franchiseur ne s'étendant pas à la prise en charge des pertes du franchisé, et que le principe de la force obligatoire des conventions s'oppose à l'obligation qui pourrait être mise à la charge d'une partie, en l'absence de clause en ce sens, de renégocier un contrat en cours d'exécution » et qu'« aucune stipulation contractuelle n'obligeait le franchiseur à reprendre l'exploitation de ces agences en cas de résultats d'exploitation déficitaires ». Elle avait ajouté « que si l'enseigne n'a pas connu le succès escompté, le franchisé n'est pas fondé à en demander réparation auprès du franchiseur, sauf à rapporter la preuve d'un manquement précis de ce dernier à ses obligations contractuelles »<sup>2142</sup>.

L'obligation du fournisseur d'assurer une rentabilité minimale ou un revenu minimal au distributeur est donc loin d'être évidente. Les juges du fond, à condition de motiver leur décision de façon circonstanciée<sup>2143</sup>, peuvent déceler un abus dans une répartition déséquilibrée du profit, notamment lorsqu'elle rend l'exploitation déficitaire, mais peuvent également juger l'inverse. Tout dépend donc de la conception du juge et des circonstances. En tout cas, sur le fondement de la bonne foi ou de la théorie de l'abus, les juges ne sont jamais allés jusqu'à exiger du fournisseur qu'il garantisse au distributeur un revenu minimal garanti indépendant des aléas du marché.

**Comparaison.** Par ailleurs, même la conception la plus accueillante de l'abus – la fixation de prix ou conditions ne permettant pas au distributeur de tirer le profit qu'il peut légitimement attendre de l'exécution du contrat – apporte une protection inférieure au SMIC et à la commission minimale garantie des gérants-mandataires du Code de commerce.

En effet, la législation sur le SMIC permet une appréciation objective, abstraite et *a priori* alors que l'abus

<sup>2141</sup> Com. 05/01/2002 : *op. cit.*

<sup>2142</sup> Com. 07/01/2014 : n° 12-17154.

<sup>2143</sup> Pour une insuffisance de motivation, voir à propos d'un contrat de mise à disposition d'un camion avec chauffeur : Com. 23/06/2004 : n° 01-15419, la cour d'appel avait constaté que les prestations confiées « dépendaient de la volonté discrétionnaire de la société [donneuse d'ordres] », que le transporteur « n'avait pas même la possibilité de les refuser ou de les discuter » et en avait déduit « qu'il y avait bien abus [dans la fixation du prix] de la part de la société [donneuse d'ordres], dans la mesure où elle se réservait discrétionnairement sa marge sans permettre à son cocontractant de retirer ce qu'il était en droit d'attendre de l'exécution de la convention ». La Cour de cassation cassa la décision, au visa de l'article 1382 du Code civil, au motif « qu'en s'abstenant de préciser en quoi les prix fixés lors des contrats d'application revêtaient concrètement un caractère abusif, la cour d'appel n'a[n] pas donné de base légale à sa décision ».



et la bonne foi sont des standards juridiques qui supposent une appréciation subjective, concrète et *a posteriori* d'un juge. La protection par l'abus ou la bonne foi est donc incertaine et expose les parties à l'arbitraire du juge<sup>2144</sup>. Transposer au droit du travail, elle reviendrait à remplacer l'exigence du SMIC par celle d'une rémunération raisonnable.

Une garantie de revenus fixée par la loi ou par une convention imposée par la loi offre ainsi une sécurité juridique bien supérieure et facilite la preuve puisqu'il suffit d'établir un fait : le revenu perçu ne correspond pas au revenu minimum garanti par la loi ou la convention. Au contraire, pour prouver l'abus le distributeur devra établir<sup>2145</sup> non seulement le revenu perçu, son lien avec l'exercice d'un droit ou d'une prérogative du fournisseur et surtout convaincre le juge du contenu de la norme (la notion d'abus, de bonne foi et son appréciation) qui aurait été violée par cet exercice<sup>2146</sup>.

**562. Conclusion.** Finalement, dans son principe, comme dans sa mise en œuvre, le droit commun des contrats ne permet pas de garantir au distributeur un revenu minimal. Il offre des instruments permettant de sanctionner certaines pratiques des fournisseurs mais ne poursuit pas les mêmes objectifs et ne parvient pas aux mêmes résultats que les règles du SMIC ou de la commission minimale garantie. Un même constat s'impose à l'égard du droit de la concurrence.

## ***2 - Les garanties limitées du droit de la concurrence***

**563. Droit des pratiques anticoncurrentielles.** Aucune règle du droit des pratiques anticoncurrentielles n'a pour effet d'imposer à un fournisseur de garantir un revenu minimal à ses distributeurs. En effet, l'objet de ce droit n'est pas de protéger directement les acteurs du marché mais de garantir son fonctionnement et notamment l'existence d'une concurrence par les prix.

La garantie d'un revenu minimal est contraire à cet objectif. Ainsi, le droit des pratiques anticoncurrentielles autorise les prix maximaux de reventes imposés et interdit de façon quasi absolue les prix minimaux imposés<sup>2147</sup>. Or, les prix minimaux de revente, s'ils entravent la concurrence par les prix en limitant leur baisse, pourraient être un moyen de garantir un niveau de profit minimal aux distributeurs en créant notamment des situations de rente. Le droit des pratiques anticoncurrentielles vise particulièrement à éviter de telles situations<sup>2148</sup>.

**564. Droit des pratiques restrictives de concurrence.** Le droit des pratiques restrictives de concurrence protège directement les acteurs économiques en prohibant certains comportements indépendamment de leurs effets sur le marché. Aucune des pratiques actuellement prohibées ne visent à garantir un revenu global minimum à des distributeurs mais deux sont susceptibles d'affecter la répartition des profits entre un fournisseur et un distributeur.

**565. Prohibition de l'avantage sans contrepartie.** La loi prévoit qu'un fournisseur engage sa

---

<sup>2144</sup> Dans ce sens : LEVENEUR (L.), *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 173 s., n° 17 s.

<sup>2145</sup> La charge de la preuve de l'abus dans la fixation du prix pèse sur celui qui allègue l'abus (Com. 30/10/2000 : n° 97-18390 – Com. 04/02/2004 : n° 97-20254).

<sup>2146</sup> Sur l'absence de détermination intrinsèque de la norme posée par un standard juridique et son effet : *infra* n° 911 et 1050 s.

<sup>2147</sup> *Supra* n° 235.

<sup>2148</sup> *Supra* n° 235.

responsabilité en ayant obtenu ou tenté d'obtenir de son distributeur « *un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* » pouvant « *notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement* » ou en « *une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité* »<sup>2149</sup>. Cette prohibition a été conçue pour les pratiques de coopération commerciale de la grande distribution mais elle peut parfaitement s'appliquer aux pratiques d'un fournisseur à l'égard d'un distributeur. Elle est cependant uniquement susceptible d'appréhender des opérations spécifiques, des services commerciaux qui seraient rendus par le distributeur au fournisseur sans contrepartie ou avec une contrepartie manifestement disproportionnée. Elle ne permet pas d'exiger du fournisseur qu'il assure une certaine rentabilité de l'activité globale du distributeur et, *a fortiori*, un revenu minimal.

**566. Prohibition du déséquilibre significatif.** Par ailleurs, la loi prévoit qu'un fournisseur engage sa responsabilité en soumettant ou tentant « *de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »<sup>2150</sup>. A la différence du Code de la consommation, il n'est pas précisé que l'appréciation du déséquilibre significatif « *ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert* »<sup>2151</sup>. Il pourrait donc fonder une action en responsabilité d'un distributeur qui reprocherait à son fournisseur une répartition significativement déséquilibrée du profit de l'activité de distribution.

**Incertitudes sur le champ de la prohibition.** Cependant, le texte semble viser la formation du contrat, il n'est donc pas certain qu'il puisse appréhender son exécution et, en particulier, l'usage de prérogatives unilatérales ou l'exercice d'un pouvoir de fait ayant un impact sur cette exécution<sup>2152</sup>. La Cour de cassation semble admettre la prise en compte des conditions effective de mise en œuvre d'une clause sans néanmoins l'imposer. Elle a ainsi jugé qu'une « *cour d'appel, qui a procédé à une analyse globale et concrète du contrat et apprécié le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation, [...] n'était pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif* »<sup>2153</sup> mais a également approuvé une cour qui s'est prononcée « *au regard des pénalités effectivement mise en œuvre* » et qui a pris en compte le taux de service atteint réellement par les parties pour apprécier le taux stipulé<sup>2154</sup>.

---

<sup>2149</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 1°.

<sup>2150</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce issue de la loi n° 2008-776 du 04/08/2008 (art. 22).

<sup>2151</sup> C. conso. art. L. 132-1. – Sur cette constatation : CHAGNY (M.), *L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations*, D. 2011, p. 392 s., p. 393 – BERG-MOUSSA (A.), *Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements*, JCP E, 2012, 1139, n° 16 – V. également : STOFFEL-MUNCK (P.), *La responsabilité civile peut-elle servir à réduire un prix jugé excessif ?*, note ss Paris 19/01/2011 et 24/03/2011, JCP E 2011, 1876. – Pour un exemple d'action visant à remettre en cause un prix : Paris 14/11/2014 : JurisData n° 2014-028300 ; CCC 2015, 65, N. Mathey.

<sup>2152</sup> Le déséquilibre significatif étant créé par « *des obligations* » et concernant un ensemble de « *droits et obligations* » de « *parties* », il semble se rapporter uniquement à la conclusion d'un contrat. Le déséquilibre s'apprécierait alors au moment de la conclusion ou de la modification d'un contrat fixant les droits et obligations des parties et ne permettrait pas de sanctionner un déséquilibre significatif résultant de l'exécution d'un contrat, révélé par cette exécution, résultant des pratiques extracontractuelles ayant un impact sur l'équilibre de la relation contractuelle ou encore si le déséquilibre significatif peut s'envisager sans relation contractuelle. Cependant, contrairement au droit de la consommation qui vise des « *clauses* » de « *contrats conclus entre professionnels et non professionnels* » et des « *droits et obligations* » de « *parties au contrat* » (C. conso. art. L. 132-1), le Code de commerce sanctionne « *le fait [...] de soumettre ou tenter de soumettre [...] à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Ce n'est donc pas une clause qui semble visée mais un comportement.

<sup>2153</sup> Com. 03/03/2015 : n° 14-10907.

<sup>2154</sup> Com. 03/03/2015 : n° 13-27525 ; à paraître au Bulletin.

**Incertitudes sur les conditions de la responsabilité.** Par ailleurs, tant la notion de déséquilibre significatif que ses modalités d'appréciation sont incertaines<sup>2155</sup>. Le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur s'était référé à la notion du droit de la consommation dont le contenu avait été déjà précisé par la jurisprudence si bien que l'infraction était définie « *dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* »<sup>2156</sup>. Mais le droit de la consommation ne permet pas de contrôle d'un déséquilibre portant sur le prix ou la rémunération et la notion de déséquilibre significatif dans les contrats de consommation est « *beaucoup moins précise que ce que laisse entendre le Conseil constitutionnel* »<sup>2157</sup>. De fait, les incertitudes sont importantes.

Tout d'abord, à la différence du droit de la consommation qui n'exige plus que les clauses soient « *imposées [...] par un abus de la puissance économique* »<sup>2158</sup> mais sanctionne « *les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer [...] un déséquilibre significatif* »<sup>2159</sup>, le droit de la concurrence vise le fait de « *soumettre ou de tenter de soumettre à des obligations créant un déséquilibre significatif* ». Certaines décisions ont ainsi exigé la preuve d'un abus de dépendance économique<sup>2160</sup> ou écarter le texte au motif que l'intéressé avait « *librement accepté les conditions financières proposées* » par son partenaire<sup>2161</sup>. D'autres, au contraire, se contentent de l'existence d'un contrat d'adhésion ou d'un refus de modification de la clause pour en déduire la soumission<sup>2162</sup>, ce qui semble suffire à la Cour de cassation<sup>2163</sup>.

Ensuite, il n'est pas précisé si le déséquilibre s'apprécie obligation par obligation<sup>2164</sup>, comme c'est généralement le cas en droit de la consommation ou globalement au regard de l'économie générale du contrat<sup>2165</sup>, voire en considération de la situation réelle des parties. La Cour de cassation semble s'orienter vers une approche mixte : le déséquilibre peut être décelé dans une clause mais compensé par d'autres clauses ayant permis de rééquilibrer le contrat<sup>2166</sup>.

Enfin, le « *déséquilibre significatif* » est un standard juridique laissant au juge la responsabilité de

<sup>2155</sup> Sur la question, voir notamment : GICQUIAUD (E.), *Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif*, RTD com. 2014, p. 267 s. – FOURGOUX (J.-L.) et DJAVADI (L.), *Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence*, CCC 2013, étude 14 – PONSARD (M.), *Le déséquilibre significatif visé à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Bilan et perspectives*, CCC 2013, doss. 4 – MATHEY (N.), *Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste*, CCC 2013, doss. 3 – BEHAR-TOUCHAIS (M.), *L'équilibre du contrat en droit commercial*, in *L'équilibre du contrat*, dir. G. Lardeux, PUAM, 2012, p. 27 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ?*, RDC 2009, p. 1258 s. – CHAGNY (M.), *Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence*, RDC 2009, p. 1642 s. – LUCAS de LEYSSAC (C.) et CHAGNY (M.), *Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ?*, RDC 2009, p. 1268 s. – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ?*, CCC 2008, étude 11 – CHAGNY (M.), *Une (ré)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008*, JCP 2008.1.196.

<sup>2156</sup> CC 13/01/2011 : n° 2010-85 QPC ; D. 2011, 392, M. Chagny et 415, Y. Picod ; JCP E 2011, 1136, D. Maingy – V. également : FOURGOUX (J.-L.), *Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives*, CCC 2011, étude 5.

<sup>2157</sup> SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) et autres, *Les contrats de consommation : règles communes*, LGDJ, 2013, n° 599 – Pour une étude de l'imprécision de la notion de déséquilibre significatif en droit de la consommation : STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, Préf. R. Bout, BDP, t. 337, LGDJ, 2000, n° 400 s.

<sup>2158</sup> Loi n° 78-23 du 10/01/1978, art. 35.

<sup>2159</sup> C. com. art. L. 132-1.

<sup>2160</sup> V. par ex. : Bordeaux 27/03/2014 : JurisData n° 2014-012392 ; CCC 2014, 223, N. Mathey.

<sup>2161</sup> Paris 14/11/2014 : JurisData n° 2014-028300 ; CCC 2015, 65, N. Mathey – Paris 18/12/2013 : JurisData n° 2013-030435, vérifiant la condition de soumission en constatant l'absence « *de pouvoir réel de négociation* ».

<sup>2162</sup> V. par ex. : Paris 20/11/2013 : JurisData n° 2013-026814 ; CCC 2014, 63, M. Malaurie-Vignal, « *il peut être ainsi constaté si la négociation est possible, elle n'est pas effective et que les contrats soumis aux fournisseurs sont de véritables contrats d'adhésion ; que la « soumission » est ainsi établie* ».

<sup>2163</sup> Dans ce sens : Com. 03/03/2015 : n° 13-27525 – Com. 03/03/2015 : n° 14-10907 – *Supra* n° 370.

<sup>2164</sup> V. par ex. : Paris 12/12/2013 : JurisData n° 2013-029186 ; CCC 2014, 68, N. Mathey.

<sup>2165</sup> V. par ex. : Paris 11/09/2013 : JurisData n° 2013-019306 ; CCC 2013, 269, N. Mathey – Paris 04/07/2013 : JurisData n° 2013-015022 – Paris 23/05/2013 : CCC 2013, 208, N. Mathey – T. com. Lille 06/01/2010 : JurisData n° 2011-020988 ; CCC 2010, 71, N. Mathey.

<sup>2166</sup> Dans ce sens : Com. 03/03/2015 : n° 13-27525 ; à paraître au Bulletin – Com. 03/03/2015 : n° 14-10907 – Sur la question : CHANTEPIE (G.), *Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation*, AJCA 03/2015, 218.

déterminer, espèce par espèce, le contenu de la norme<sup>2167</sup>. L'existence d'un déséquilibre et son caractère significatif dépendent donc principalement de la conception des juges saisis dans l'espèce considérée<sup>2168</sup>.

Par conséquent, en l'état actuel de sa lettre et de son application, la prohibition du déséquilibre significatif ne garantit aucun revenu minimum au distributeur et connaît les mêmes limites que l'abus de droit dans la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres. À supposer que la prohibition puisse fonder un contrôle de la répartition du profit en cours d'exécution du contrat, une appréciation des produits et charges du distributeur par rapport à celles du fournisseur, ce contrôle semble limité à une répartition très en défaveur d'une partie. Par ailleurs, il est impossible de connaître *a priori*, de façon objective et abstraite ce qu'est un déséquilibre significatif dans la répartition du profit. La prohibition n'apporte donc pas plus de prévisibilité que l'abus de droit.

**567. Conclusion.** Il existe donc une différence de traitement importante entre les distributeurs bénéficiant de la législation sur le SMIC ou d'une commission minimale garantie et les autres.

#### CONCLUSION DU PARAGRAPHE 1

**568. Différences de traitement.** Finalement, des différences de traitement ont été constatées à la fois entre les distributeurs soumis au droit du travail ou à des statuts spéciaux et entre ces distributeurs et les autres. Ces différences peuvent se résumer dans le tableau suivant :

|                       | Salarié      | VRP non libre de ses horaires                                  | VRP libre de ses horaires | Gérant de succursale | Gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire                               | Gérant-mandataire du Code de commerce                                                                                       | Autres                                                                         |
|-----------------------|--------------|----------------------------------------------------------------|---------------------------|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Revenu garanti</b> | SMIC         | SMIC                                                           | Aucun                     | SMIC                 | SMIC<br>- risques et frais de remplacement ?<br>- risques et frais d'emploi du personnel embauché ? | Commission minimale garantie<br>- risques et frais de remplacement ?<br>- risques et frais d'emploi du personnel embauché ? | Selon la conception de l'abus, de la bonne foi ou du déséquilibre significatif |
| <b>Exceptions</b>     | Faute lourde | Faute lourde<br>Frais excédant le forfait stipulé au contrat ? | /                         | Faute lourde         | Faute lourde<br>Déficit d'inventaire stipulé à la charge du gérant                                  | Faute simple                                                                                                                | /                                                                              |

NB : les points d'interrogation correspondent aux solutions incertaines en droit positif.

<sup>2167</sup> *Infra* n° 1051.

<sup>2168</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.), *L'équilibre du contrat en droit commercial*, in *L'équilibre du contrat*, dir. G. Lardeux, PUAM, 2012, p. 27 s., n° 3.

## §2 – L’absence de justification des différences de protection du revenu du distributeur

**569. Plan.** Après avoir identifié que le fondement de la garantie de revenus accordée aux distributeurs réside dans leur absence de maîtrise de l’activité (A), il sera constaté que les décalages entre la maîtrise et la charge de ses risques de l’activité sont corrigés de manière inégalitaire par le droit positif (B).

### A – Le fondement de la garantie du revenu : la maîtrise limitée de l’activité

**570. Objectifs du SMIC.** Originellement, le SMIC était « censé correspondre aux besoins élémentaires de l’être humain et de sa famille »<sup>2169</sup>, il s’agissait d’un taux horaire fixé de manière à ce que le travailleur puisse survivre grâce au louage de sa force de travail à temps plein.

La loi a ensuite donné aux SMIC des objectifs plus ambitieux<sup>2170</sup>. Le Code du travail dispose ainsi que « le salaire minimum de croissance assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles : 1° La garantie de leur pouvoir d’achat ; 2° Une participation au développement économique de la nation »<sup>2171</sup>. Le SMIC doit ainsi garantir un certain niveau de vie et est automatiquement relevé en fonction de l’évolution de l’indice national des prix à la consommation<sup>2172</sup>. Il doit également garantir une certaine redistribution des fruits de la croissance économique aux salariés percevant les rémunérations les plus faibles. Dans ce second objectif, le SMIC peut être modifié chaque année par décret en Conseil des ministres et son accroissement annuel ne peut être inférieur à la moitié de l’augmentation du pouvoir d’achat des salaires horaires moyens enregistrés par l’enquête trimestrielle du ministère chargé du travail<sup>2173</sup>.

Néanmoins, comme le constatait Lyon-Caen, le SMIC « ne comporte aucune recherche de sécurité au profit du salarié. [...] Le minimum n’est garanti que si le salarié est pourvu d’un emploi et d’un emploi à temps plein » et « ne doit évoquer aucune idée de salaire constant, stable, assuré » car il « n’est dû que sur la base des heures de travail effectif »<sup>2174</sup>. Le SMIC sous-entend ainsi seulement l’idée qu’une personne louant sa force de travail à temps plein doit toujours pouvoir en tirer suffisamment de revenus pour s’assurer un niveau de vie satisfaisant<sup>2175</sup> et doit bénéficier de l’accroissement général du prix de la force de travail en raison de la croissance économique.

La loi garantit ainsi la subsistance et le niveau de vie de celui qui loue sa force de travail mais pas de celui qui l’emploie dans sa propre entreprise, elle s’oppose à ce qu’un salarié ne puisse vivre de son activité à temps plein mais l’accepte pour un entrepreneur.

**571. Lien avec la maîtrise de l’activité.** Cette distinction renvoie à la question de la maîtrise de l’activité.

**Activité salariée.** En effet, ce qui permet d’expliquer que l’activité salariée soit protégée et non l’activité indépendante, est que celui qui loue sa force de travail n’a pas, en principe, de maîtrise de ses revenus

---

<sup>2169</sup> LYON-CAEN (G.), *Le salaire*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1981, n° 27.

<sup>2170</sup> Sur la question : LYON-CAEN (G.), *Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel*, in Mél. J. Hamel, 1961, p. 133 s.

<sup>2171</sup> C. trav. art. L. 3231-2.

<sup>2172</sup> C. trav. art. L. 3231-4 et s.

<sup>2173</sup> C. trav. art. L. 3231-6 et s.

<sup>2174</sup> LYON-CAEN (G.), *Le salaire*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1981, n° 27.

<sup>2175</sup> VERKINDT (P.-Y.), *Vivre dignement de son travail : entre salaire et revenu garanti*, DS 2011, p. 18 s.

puisque'il est soumis à un pouvoir de direction, contrôle et sanction dans son activité. En effet, la responsabilité étant généralement conçue comme le corollaire de la liberté<sup>2176</sup>, le salarié ne peut être rendu responsable de l'absence de rentabilité d'une activité organisée et dirigée par son employeur (exclusion des risques de l'entreprise), ni de sa défaillance dans cette organisation qu'il n'a pas mis en place (exclusion des risques de l'exploitation). C'est uniquement lorsqu'il a sciemment organisé l'absence de rentabilité, qu'il a recherché un déficit d'exploitation qu'il peut engager sa responsabilité<sup>2177</sup>.

De même, le déficit de gestion ne peut être pris en charge par un gérant de succursale que s'il prouve « *un contrôle exercé par [le fournisseur] [...] sur les modalités de son exploitation* »<sup>2178</sup> et il ne pourra être considéré comme employeur des salariés qu'à partir du moment où il dispose d'une liberté d'embauche, de licenciement et de détermination des conditions de travail<sup>2179</sup>.

**Activité non salariée.** Au contraire, considéré comme ayant la maîtrise de son activité, le choix de ses clients, de ses moyens de travail, l'entrepreneur ne peut, en principe, rendre responsables ses partenaires de l'absence de rentabilité de celle-ci. Mais lorsque la maîtrise d'un élément d'exploitation d'une personne conçue comme un indépendant est confiée à un de ses partenaires, des mécanismes juridiques de déplacement de la responsabilité peuvent entrer en jeu<sup>2180</sup>.

Ainsi, le contrôle de l'abus du droit de fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres n'a de sens qu'en raison de l'absence de maîtrise de ce prix par le distributeur : la responsabilité du fournisseur trouve sa source dans sa prérogative unilatérale de fixation du prix.

Cette idée se retrouve expressément dans la jurisprudence sur les clauses excluant le jeu de l'article 2000 du Code civil. En effet, c'est la conservation de la « *maîtrise* » d'un élément d'exploitation par le mandant qui justifie l'impossibilité de faire assumer les pertes liées à cet élément au mandataire<sup>2181</sup>.

S'agissant particulièrement du gérant-mandataire du Code de commerce, il est révélateur de constater que la loi, dont le but était de lutter contre l'application du droit du travail à des professionnels qui s'y voyaient régulièrement soumis par la jurisprudence<sup>2182</sup>, ait néanmoins prévu une commission minimale garantie<sup>2183</sup>. Aux yeux du législateur, le gérant-mandataire aurait suffisamment de maîtrise de son activité pour ne pas être soumis au droit du travail – y compris spécial – mais pas assez pour subir l'ensemble des aléas du marché et des risques de l'exploitation.

**572. Conclusion.** La charge des risques de l'entreprise (aléas du marché) et des risques d'exploitation apparaît ainsi comme la conséquence de la maîtrise de l'activité. En l'absence de maîtrise de tout ou partie de celle-ci, il devrait donc systématiquement s'observer un transfert corrélatif et proportionnel de la charge des risques sur le titulaire de la maîtrise. Dans le cas contraire, il existe une différence de traitement injustifiée.

---

<sup>2176</sup> Dans ce sens : MOULY (J.), *La responsabilité civile des salariés*, in *L'entreprise face aux évolutions de la responsabilité civile*, dir. N. Ferrier et A. Pellissier, Economica, 2012, p. 25 s., p. 26 – RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, Préf. J. Hauser, BDP, t. 282, LGDJ, 1997, n° 228.

<sup>2177</sup> *Supra* n° 114 et 541.

<sup>2178</sup> *Supra* n° 558.

<sup>2179</sup> *Supra* note n° 2042.

<sup>2180</sup> Sur la question : PASQUIER (T.), *op. cit.*, n° 178 s.

<sup>2181</sup> *Supra* n° 550.

<sup>2182</sup> *Supra* n° 206.

<sup>2183</sup> Ce raisonnement postule que la commission minimale garantie soit une somme minimale. – Sur la question : *supra* n° 554.

## B – L'inégalité de correction du décalage entre la maîtrise de l'activité et la charge de ses risques

**573. Existence d'un décalage.** La distinction entre le salarié, conçu comme n'ayant pas la maîtrise de son activité et ne pouvant donc en supporter les risques, et l'indépendant, conçu comme ayant la maîtrise de son activité et devant ainsi en assumer les risques, trouve sa limite dans les cas où l'activité d'une personne ayant juridiquement la qualité d'indépendant se trouve en réalité dirigée par une autre.

Il a ainsi été mis en évidence que, par le contrat de distribution, le fournisseur pouvait devenir titulaire d'un pouvoir de diriger, organiser et contrôler économiquement l'entreprise du distributeur sans que celui-ci ne perde sa qualité d'indépendant<sup>2184</sup>.

Par suite, le contrat de distribution, en particulier lorsqu'il est l'instrument d'une stratégie d'intégration économique, peut conduire à dissocier la maîtrise de l'exploitation et la charge de ses risques<sup>2185</sup>. Ainsi, pour Monsieur de Boüard, le contrat d'intégration « *recèle une ambiguïté fondamentale, puisqu'il organise l'ingérence de l'intégrateur [(le fournisseur)] dans la gestion de l'entreprise de l'intégré [(le distributeur)], tout en maintenant la qualité d'entrepreneur juridique indépendant de ce dernier, ce qui l'amène à supporter seul les risques de son exploitation* »<sup>2186</sup>. Il est donc possible qu'un distributeur n'ayant qu'une maîtrise partielle de son activité puisse néanmoins assumer l'ensemble des risques qui y sont associés.

**574. Corrections du décalage.** Des règles du droit commun des contrats (jurisprudence sur l'abus du droit de fixation unilatérale du prix<sup>2187</sup>), du droit du mandat (jurisprudence sur l'article 2000 du Code civil<sup>2188</sup>), du droit du travail (VRP<sup>2189</sup> et gérants visés par le Code du travail<sup>2190</sup>) et du droit économique (droit de la concurrence<sup>2191</sup>, statut du mandataire-gérant du Code de commerce<sup>2192</sup>) permettent, sans nécessité de caractériser un lien de subordination juridique, d'apporter des corrections à cette dissociation entre la maîtrise de l'activité et la charge de ses risques. Mais ces corrections ont une ampleur variable et ne s'appliquent pas à l'ensemble des distributeurs.

**575. Plan.** Des différences existent ainsi entre distributeurs bénéficiant d'une législation spéciale (salariés, VRP, gérants du Code du travail et gérants-mandataires du Code de commerce) (1) mais également entre ces distributeurs et ceux ne bénéficiant d'aucune législation spéciale garantissant leur revenu (2).

---

<sup>2184</sup> *Supra* n° 126 s. et 155 s.

<sup>2185</sup> Dans ce sens : DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, n° 69 s. – DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Préf. F. Collart Dutilleul et G. J. Martin, L'Harmattan, 1997, p. 68 s. – FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 213 s. – V. également : RAYNAUD (E.), *Éléments d'analyse économique*, in *La protection du franchisé au début du XXIème siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 19 – MARTIN (G. J.), *Le risque, concept méconnu du droit économique*, RIDE 2/90, p. 173 s., n° 34 – BLANLUET (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, Préf. P. Catala et M. Cozian, BDP, t. 313, LGDJ, 1999.

<sup>2186</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 157.

<sup>2187</sup> *Supra* n° 561.

<sup>2188</sup> *Supra* n° 550.

<sup>2189</sup> *Supra* n° 544 s.

<sup>2190</sup> *Supra* n° 547 s.

<sup>2191</sup> *Supra* n° 563 s.

<sup>2192</sup> *Supra* n° 552 s.

## ***1 – Les inégalités entre distributeurs bénéficiant d’une législation spéciale***

**576. Inégalité entre les VRP, les salariés et les gérants.** Le VRP libre de ses horaires bénéficie d’un revenu minimal garanti par l’application de la législation du SMIC alors que le VRP non libre de ses horaires est exclu de la législation du SMIC et aucune commission minimale garantie n’est prévue par la loi. L’absence de protection du revenu trouve ainsi sa source dans la liberté liée aux horaires de travail.

Une même liberté des horaires de travail et même des conditions de travail peut exister pour des salariés de droit commun (gérants salariés ayant le statut de cadres)<sup>2193</sup>, les gérants de succursales<sup>2194</sup>, les gérants alimentaires<sup>2195</sup> et les gérants-mandataires du Code de commerce<sup>2196</sup>, ces distributeurs pouvant également jouir d’une grande liberté dans la maîtrise des éléments de l’exploitation. Or, tous les salariés de droit commun ainsi que les gérants de succursale et les gérants alimentaires bénéficient de la législation sur le SMIC et les gérants-mandataires du Code de commerce ont le droit à une commission minimale garantie.

Par conséquent, la différence de traitement entre les VRP libres de leurs horaires et les autres salariés, les gérants relevant du droit du travail ou les gérants-mandataires du Code de commerce n’apparaît pas justifiée.

**577. Inégalités entre gérants.** Il a également été constaté, en comparant les gérants alimentaires et les gérants-mandataires du Code de commerce que les facteurs de dépendance de ces distributeurs pouvaient être identiques au point que finalement le type de produits ou services distribué déterminait l’application de la législation du travail ou de la législation économique<sup>2197</sup>. Il existe pourtant une différence importante entre la garantie de revenus nets accordée aux premiers et la commission minimale garantie des seconds.

**578. Conclusion.** Finalement, à niveau de maîtrise égal, la garantie applicable au revenu peut être différente, ce qui caractérise une inégalité de traitement. Cette inégalité est encore plus importante entre les distributeurs bénéficiant d’une législation spéciale et les autres distributeurs.

## ***2 – Les inégalités entre les distributeurs bénéficiant d’une législation spéciale et les autres***

**579. Absence de justification des différences.** Les disparités de protection entre les distributeurs bénéficiant d’une législation spéciale et les autres distributeurs ne peuvent pas non plus être justifiées par des différences de degré de maîtrise de l’exploitation par le fournisseur.

Ainsi, faute de texte spécial et de jurisprudence prévoyant la prise en charge des pertes par la personne maîtrisant l’exploitation, le transfert des risques peut être total si le contrat n’est pas un mandat et échappe à la législation du travail. C’est potentiellement le cas dans la franchise et la concession. Pourtant, comme le gérant-mandataire du Code de commerce ou le gérant alimentaire, ces distributeurs sont soumis à des « *normes de gestion et d’exploitation du fonds* » et à un « *contrôle susceptible d’être effectué* » par le fournisseur mais ont « *toute latitude, dans le cadre ainsi tracée, 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*

---

<sup>2193</sup> *Supra* n° 91.

<sup>2194</sup> *Supra* n° 234.

<sup>2195</sup> *Supra* n° 265.

<sup>2196</sup> *Supra* n° 207 s.

<sup>2197</sup> *Supra* n° 272 s.



entière responsabilité »<sup>2198</sup>. Par ailleurs, l'absence de liberté de fixer les prix de vente n'est pas une condition d'application des statuts du gérant-mandataire du Code de commerce et du gérant alimentaire<sup>2199</sup>. Ceux-ci peuvent disposer, en la matière, d'une liberté comparable à celle d'un franchisé ou d'un concessionnaire généralement soumis à des prix maximum et souvent contraint, dans les faits, d'appliquer les tarifs conseillés même s'il est juridiquement libre de s'en écarter<sup>2200</sup>.

**580. Conclusion.** Par conséquent, à niveau de dépendance égal au regard de la maîtrise de l'exploitation, les gérants alimentaires apparaissent les plus protégés (droit au SMIC pouvant être amputé par un déficit d'inventaire et, peut-être, des charges liées aux remplaçants et salariés), les gérants-mandataires du Code de commerce le sont un peu moins (commission minimale garantie négociée avec le mandant et pouvant être amputée par une responsabilité tirée d'une faute simple ou négligence et, peut-être, par des charges liées aux remplaçants et salariés) et les franchisés ou concessionnaires ne le sont pas du tout (aucune garantie de revenus, assomption totale des charges et risques de l'exploitation). Il existe donc une inégalité de traitement.

## CONCLUSION DE LA SECTION 2

**581. Différences de protection du revenu.** Finalement, il existe d'importantes différences de protection du revenu entre les distributeurs. Alors que les distributeurs salariés de droit commun, les VRP non libres de leurs horaires et les gérants de succursales bénéficient d'une garantie de revenus nets que seule une faute lourde est susceptible d'écarter<sup>2201</sup>, les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire et les gérants-mandataires du Code de commerce bénéficient d'une simple garantie de revenus aux contours plus flous<sup>2202</sup>.

Au contraire, les autres distributeurs et notamment les VRP libres de leurs horaires, les agents commerciaux, les agents généraux d'assurance, les franchisés, les concessionnaires ou encore les commissionnaires-affiliés, ne bénéficient d'aucune garantie de revenu minimal puisque ni leur statut, ni le droit des contrats, ni le droit de la concurrence n'offrent une telle garantie<sup>2203</sup>.

**582. Absence de justification.** La protection du revenu ayant pour fondement le niveau de maîtrise de l'activité, elle devrait, en principe, être corrélée avec le degré de maîtrise de son activité par le distributeur<sup>2204</sup>.

Or, cette corrélation ne s'observe pas toujours car le droit positif tolère l'existence de décalages entre le degré de maîtrise de l'activité et la répartition des profits et risques. Ainsi, à niveau de maîtrise égal, il existe des inégalités de traitement entre les distributeurs bénéficiant d'une garantie de revenus et ceux n'en disposant pas<sup>2205</sup> mais également entre les distributeurs bénéficiaires d'une garantie de revenus<sup>2206</sup>.

---

<sup>2198</sup> C. com. art. L. 146-1 – Sur ces questions : *supra* n° 130 s., 209 et 264 s..

<sup>2199</sup> *Supra* n° 207 (gérant-mandataire du Code de commerce) et 264 (gérant alimentaire).

<sup>2200</sup> Sur ces questions : *supra* n° 130, 235 et 249.

<sup>2201</sup> *Supra* n° 539 s. (salarié de droit commun), 544 s. (VRP non libres de ses horaires) et 547 s. (gérant de succursale).

<sup>2202</sup> *Supra* n° 549 s. (gérant alimentaire) et 552 s. (gérant-mandataire du Code de commerce).

<sup>2203</sup> *Supra* n° 557 s.

<sup>2204</sup> *Supra* n° 570 s.

<sup>2205</sup> *Supra* n° 579 s.

<sup>2206</sup> *Supra* n° 576 s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**583. Inégalités de traitement.** Finalement, des inégalités de traitement entre les distributeurs ont été constatées au stade de l'établissement de la relation de distribution dans le champ d'application et surtout dans le contenu des obligations légales d'information précontractuelle<sup>2207</sup>.

Des inégalités de traitement importantes ont également été constatées au stade de l'exécution de la relation de distribution, dans les mécanismes de protection ou garantie du revenu des distributeurs<sup>2208</sup>.

Ces règles sont souvent invoquées en fin de relation de distribution, lorsqu'il s'agit de faire les comptes entre les parties et notamment d'imputer la cause d'un échec de l'activité au fournisseur en raison de ses carences dans l'information précontractuelle qu'il a délivrée ou des conditions d'exploitation qu'il a imposées. C'est ainsi essentiellement en fin de relation que le distributeur demande une protection.

---

<sup>2207</sup> Section 1 – *Supra* n° 473 s.

<sup>2208</sup> Section 2 – *Supra* n° 555 s.

## CHAPITRE 2 – LES INÉGALITÉS DE PROTECTION EN FIN DE RELATION DE DISTRIBUTION

**584. Importance du régime de la fin de relation.** La fin de la relation de distribution est une période particulièrement importante puisqu'elle révèle l'existence éventuelle d'une dépendance du distributeur à son fournisseur et l'ampleur de celle-ci. En effet, les conséquences de la cessation de la relation sur la situation du distributeur peuvent faire apparaître à quel point son activité y était liée. Le régime de la cessation de la relation est ainsi essentiel dans la protection des distributeurs face à la dépendance.

Cet encadrement conditionne également le cours de la relation de distribution. En effet, si la fin de la relation a des conséquences limitées pour le fournisseur mais importantes pour le distributeur, celui-ci sera enclin à accepter une aggravation de sa situation et les diverses exigences du fournisseur car un arrêt de la relation lui serait plus préjudiciable qu'une continuation à des conditions moins profitables. Au contraire, si la loi encadre la faculté du fournisseur de mettre fin à la relation ou limite les conséquences dommageables de l'exercice de cette faculté pour le distributeur, les effets de la dépendance se feront moins ressentir.

**585. Plan.** A cet égard, le régime de la fin de relation de distribution est marqué par des différences de traitement concernant l'encadrement de l'acte de rupture de la relation par le fournisseur (Section 1) mais aussi des conséquences de la cessation de la relation pour le distributeur (Section 2).

## SECTION 1 – LES INÉGALITÉS D’ENCADREMENT DE L’ACTE DE RUPTURE DE LA RELATION PAR LE FOURNISSEUR

**586. Définition et formes de la rupture par le fournisseur.** La rupture<sup>2209</sup> de la relation *par* le fournisseur est entendue comme une rupture qui lui est imputable, même si le distributeur en a pris l’initiative, notamment par une prise d’acte<sup>2210</sup>.

Cette rupture peut s’analyser en une résolution d’un contrat de distribution<sup>2211</sup>, en une résiliation d’un contrat de distribution à durée indéterminée<sup>2212</sup>, en une rupture anticipée (avant terme) ou un non-renouvellement d’un contrat de distribution à durée déterminée ou encore en une cessation d’une relation de distribution non contractuelle si celle-ci n’a pas été organisée par un contrat-cadre<sup>2213</sup>.

**587. Encadrements et plan.** L’encadrement de l’acte de rupture lui-même peut s’effectuer par l’imposition d’un préavis (§1), d’une motivation ou d’une justification (§2)<sup>2214</sup>.

### §1 – Les inégalités dans l’obligation de préavis de rupture de la relation de distribution par le fournisseur

**588. Présentation.** Le préavis de rupture est la traduction de l’obligation, pour une partie, de prévenir son partenaire, un certain temps à l’avance, qu’il mettra fin à leur relation<sup>2215</sup>. Cette obligation impose donc un décalage temporel entre la décision de rupture et ses effets.

La liberté contractuelle permet toujours aux parties d’observer ou de stipuler un délai de préavis alors qu’aucune disposition légale ou réglementaire ne l’impose ou d’augmenter le délai légal existant puisqu’il s’agit toujours, en principe, d’un délai minimum<sup>2216</sup>.

Des différences de traitement entre distributeurs peuvent ainsi exister sur trois aspects de l’obligation de préavis : l’existence même d’une obligation de préavis, sur la durée minimale de préavis requise et les sanctions encourues en cas d’irrespect du préavis.

**589. Plan.** Or, si les inégalités de protection quant à l’existence d’une obligation légale de préavis se sont réduites (A) il subsiste des inégalités importantes dans la détermination de la durée minimale de ce préavis légal et dans les sanctions applicables en cas d’irrespect (B).

---

<sup>2209</sup> Sur la question, voir notamment : DUMINY (E.) et BRETZNER (J.-D.), *Petit manuel de survie à l’usage de ceux qui désirent rompre un contrat de distribution*, RDC 2011, p. 321 s. – LEGAC-PECH (S.), *Rompres son contrat*, RTD civ. 2005, p. 223 s.

<sup>2210</sup> La prise d’acte de la rupture par le distributeur, lorsqu’elle est admise, s’analyse en une rupture imputable au fournisseur. – Voir, par exemple, en droit du travail : Soc. 09/02/2011 : n° 09-41145, « *lorsqu’un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu’il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d’un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit dans le cas contraire, d’une démission* » – Soc. 06/10/2010 : n° 08-45106 – Sur la prise d’acte en droit du travail, voir notamment : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, LexisNexis, 2014, n° 1451 s. – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 378 – PECAUT-RIVOLIER (L.), *Prise d’acte et résiliation judiciaire*, DS 2012, p. 29 s. – DOUAOUI (M.), *La prise d’acte de la rupture du contrat de travail par le salarié, le retour de l’autoliquidation*, JCP S 2011, 1554.

<sup>2211</sup> Sur la résolution, voir notamment : GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, Préf. L. Leveneur, BDP, t. 484, LGDJ, 2007.

<sup>2212</sup> Pour ne pas alourdir inutilement les développements, l’hypothèse de la mise à la retraite ne sera pas abordée dans cette section. – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 403 s.

<sup>2213</sup> Sur la notion, voir : GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, Préf. M. Béhar-Touchais, BDP, t. 273, 1996 – SAYAG (A.) (dir.), *Le contrat-cadre. 1-Exploration comparative*, Litec, 1994 – SAYAG (A.) (dir.), *Le contrat-cadre. 2-La distribution*, Litec, 1995.

<sup>2214</sup> Il convient de distinguer l’encadrement de l’acte de rupture lui-même et l’encadrement de ses conséquences. L’encadrement des conséquences de l’acte de rupture sera abordé dans la question des conséquences de la fin de la relation pour le distributeur (*infra* n° 749 s.).

<sup>2215</sup> Sur la question : SONET (A.), *Le préavis en droit privé*, Préf. F. Bussy, PUAM, 2003, n° 20 s.

<sup>2216</sup> C. trav. art. L. 1234-1, L. 1234-2, L. 7313-9 et C. com. art. L. 134-11, al. 3 et L. 442-6, I, 5°.

## A – Les inégalités dans l'existence d'une obligation de préavis

**590. Droit antérieur.** Avant 1996, pour déterminer si le fournisseur devait respecter un préavis de rupture, il convenait de rechercher si un préavis était prévu par un statut spécial (droit du travail, agence commerciale) et, dans la négative, de déterminer si un terme avait été ou non fixé au contrat.

Pour les contrats à durée indéterminée, il semblait émerger de la jurisprudence une obligation générale de préavis<sup>2217</sup>, la rupture sans préavis étant souvent jugée abusive<sup>2218</sup>. Une clause pouvait cependant exclure tout préavis<sup>2219</sup>, celui-ci n'étant d'ordre public que pour les distributeurs soumis au droit du travail<sup>2220</sup>.

Pour les contrats à durée déterminée, le principe était celui de l'expiration à la survenance du terme, sans aucune obligation de préavis de non-renouvellement<sup>2221</sup>. Le terme ayant été expressément convenu par les parties, sa survenance était considérée comme ne créant aucune surprise<sup>2222</sup> notamment lorsque le contrat excluait<sup>2223</sup> ou aménageait<sup>2224</sup> sa tacite reconduction. En l'absence de toute clause, la jurisprudence exigeait parfois que le fournisseur notifie au distributeur son intention de ne pas renouveler le contrat mais les solutions étaient hésitantes<sup>2225</sup>.

En droit du travail, la loi avait prévu, selon les hypothèses, un droit d'information sur le non-renouvellement ou une obligation de préavis de non-renouvellement à la charge de l'employeur pour les contrats à durée déterminée mais ces règles ont été abandonnées en 1985<sup>2226</sup>.

**591. Droit positif.** Les termes de la question ont été totalement modifiés en 1996<sup>2227</sup> avec l'adoption de la prohibition légale de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce prévoit désormais qu'engage sa responsabilité « *tout producteur, commerçant, industriel ou [artisan]* » qui rompt « *brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* »<sup>2228</sup>.

**592. Plan.** La mesure de l'étendue de l'obligation de préavis et donc des éventuelles inégalités subsistant en droit positif suppose l'étude du champ d'application de cette prohibition (1) et de ses exceptions (2).

---

<sup>2217</sup> Dans ce sens : SNET (A.), *op. cit.*, n° 98 s.

<sup>2218</sup> V. par ex. : Com. 05/12/1984 : n° 83-14273 ; B. n° 332.

<sup>2219</sup> Sur la question : GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, n° 271.

<sup>2220</sup> C. trav. anc. art. L. 122-6 devenu L. 1234-1.

<sup>2221</sup> V. par ex. : Com. 23/05/2000 : n° 97-10553 ; RTD civ. 2001, 137, n° 6, J. Mestre et B. Fages, approuvant une cour d'appel d'avoir jugé que « *le non-renouvellement du contrat à l'échéance est un droit et que la notification tardive n'est pas, en elle-même abusive* » à propos d'un contrat de concession à durée déterminée de trois années – Com. 05/07/1994 : n° 92-17918 ; CCC 1994, 219, L. Leveneur – Com. 20/11/1979 : n° 78-10163 ; B. n° 298.

<sup>2222</sup> Sur la question : SNET (A.), *op. cit.*, n° 146 s.

<sup>2223</sup> V. par ex. : Com. 03/05/1979 : n° 77-13747 ; B. n° 140. – Sur la question : NAJM-MAKHLOUF (C.), *Tacite reconduction et volonté des parties*, Préf. H. Lecuyer, BDP, t. 542, LGDJ, 2013, n° 886 s.

<sup>2224</sup> Une offre de renouvellement sous condition vaut alors préavis de non renouvellement en l'absence d'acceptation (Com. 04/06/1980 : n° 78-14745 ; B. n° 240).

<sup>2225</sup> V. les arrêts dans les deux sens cités par SNET (A.), *op. cit.*, n° 188 et BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 346 s.

<sup>2226</sup> C. trav. anc. art. L. 122-2 s. issu de la loi n° 79-12 du 03/01/1979 (DS 1979, 67, G. Poulain ; DS 1980, 47, J. Péliissier), modifié par la loi n° 85-772 du 25/07/1985. – Sur la question : SNET (A.), *op. cit.*, n° 186 – LITTY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 322, LGDJ, 1999, n° 322 s. – La loi n° 2014-1545 du 20/12/2014 a cependant ajouté un délai de prévenance au moins égal à deux mois pour la fin d'un contrat de travail à durée déterminée par réalisation de l'objet de la mission, lorsqu'il a été conclu avec un ingénieur ou cadre en vue de la réalisation d'un objet défini lorsque cette possibilité est prévue par un accord de branche étendu ou un accord d'entreprise qui en définit les conditions (C. trav. art. L. 1243-5, al. 1 et L. 1242-2, 6°).

<sup>2227</sup> Loi n° 96-588 du 01/07/1996 *sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales*, art. 14.

<sup>2228</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 5°.

## **1 – Le champ de la prohibition de la rupture brutale d’une relation commerciale établie**

**593. Plan.** L’obligation de préavis imposée par la prohibition de la rupture brutale suppose l’existence d’une « relation » entrant dans son champ d’application (a) et qui puisse être qualifiée d’ « établie » (b)<sup>2229</sup>.

### **a - Les relations entrant dans le champ de la prohibition**

**594. Indifférence de la forme de la relation.** La jurisprudence a considéré que la notion de relation était plus large que celle de contrat<sup>2230</sup> : la relation peut être précontractuelle<sup>2231</sup>, post-contractuelle<sup>2232</sup>, résulter d’un contrat à durée indéterminée<sup>2233</sup>, d’une succession de contrats à durée déterminée<sup>2234</sup>, d’un simple courant d’affaires<sup>2235</sup> ou encore d’une combinaison de ces différents types de relation<sup>2236</sup>.

**595. Indifférence de l’objet de la relation et du statut de la victime.** Pour la Cour de cassation, la prohibition est applicable que la relation « porte sur la fourniture d’un produit ou d’une prestation de service »<sup>2237</sup> et « peut être mis[e] en œuvre quel que soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé »<sup>2238</sup>. Le caractère commercial de la relation est pris au sens large de fourniture de produits ou services et vise donc aussi les relations entre un commerçant et un professionnel civil<sup>2239</sup>. La règle a même été appliquée à la rupture de relations purement civiles sur le fondement de l’article 1147 du Code civil<sup>2240</sup>.

Ainsi, cette prohibition semblait avoir vocation à régir l’ensemble des relations de distribution et notamment celles d’intermédiaires non-commerçants comme les mandataires et les agents commerciaux<sup>2241</sup>. Le texte pouvait également potentiellement régir les relations entre les producteurs, industriels, commerçants ou artisans et leurs VRP, gérants de succursales ou gérants non salariés des succursales de

---

<sup>2229</sup> Sur la question, voir notamment : CAPORALE (F.), *La notion de relation commerciale établie*, CDE 1/2014, p. 23 s.

<sup>2230</sup> Sur la question voir notamment : ROCHFELD (J.), *Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil, l’avènement de la « relation » contractuelle ?*, RDC 2006, p. 1033 s.

<sup>2231</sup> Dans ce sens : Com. 05/05/2009 : n° 08-11916 ; Concurrences 03/2009, 100, M.-C. Mitchell ; CCC 2009, 191, N. Mathey – Montpellier 11août 1999 : D. 2001, somm. 298, D. Ferrier CDE 5/1999, 19, n° 4, D. Mainguy.

<sup>2232</sup> Dans ce sens : Com. 24/11/2009 : n° 07-19248 ; CCC 2010, 94, N. Mathey, prise en compte du maintien des commandes et livraisons postérieurement à l’expiration d’un contrat de franchise.

<sup>2233</sup> V. par ex. : Com. 21/09/2010 : n° 09-15716.

<sup>2234</sup> V. par ex. : Com. 06/06/2001 : n° 99-20831 ; B. n° 112.

<sup>2235</sup> V. par ex. : Com. 24/11/2009 : n° 07-19248.

<sup>2236</sup> V. par ex. : Com. 24/11/2009 : n° 07-19248.

<sup>2237</sup> Com. 23/04/2003 : n° 01-11664 ; B. n° 57 – Com. 16/12/2008 : n° 07-18050 ; B. n° 208 ; CCC 2009, 100, N. Mathey.

<sup>2238</sup> Com. 6 févr. 2007 : n° 03-20463 ; B. n° 20 ; JCP E 2007, 2303, G. Decocq ; RTD civ. 2007, 343, J. Mestre et B. Fages ; CCC 2007, 92, M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2008, 1638, n° 2, D. Mainguy.

<sup>2239</sup> Le texte a ainsi été appliqué à un architecte (Com. 16/12/2008 : n° 07-18050 ; B. n° 208 ; JCP 2009.II.10034) ou une association (Com. 06/02/2007 : *op. cit.*) en dépit du caractère civil de l’activité. Néanmoins, la jurisprudence exclut l’application du texte à des professions dont les règles déontologiques ou le statut professionnel interdisent l’exercice de l’activité comme un commerce (Com. 23/10/2007 : n° 06-16774 ; B. n° 220 ; D. 2007, 2805, E. Chevrier ; JCP E 2008, 1638, n° 2, D. Mainguy ; RLC jan.-mars 2008, 39, M. Behar-Touchais ; RTD civ. 2008, 105, B. Fages, relation entre un médecin et une clinique) ou l’accomplissement d’opérations commerciales (Com. 20/01/2009 : n° 07-17556 ; B. n° 7 ; Defr. 2009, 1140, B. Grimonprez ; Concurrences 2/2009, 128, M.-C. Mitchell, relation entre un notaire et son client – Com. 03/04/2013 : n° 12-17905 ; B. n° 53, relation entre un conseil en propriété intellectuelle et son client).

<sup>2240</sup> Civ. 1 16/05/2006 : n° 03-10328, jugeant, au seul visa de l’article 1147 du Code civil, à l’égard d’une relation sans contrat écrit entre un kinésithérapeute et une association gérant un institut socio-éducatif que « si l’association avait le droit de modifier ou rompre unilatéralement les relations contractuelles, c’était à la condition qu’elle respecte un délai de préavis raisonnable compte tenu de l’ancienneté de ces relations ». La cour d’appel avait exclu tout préavis, faute de démonstration de l’existence d’un usage.

<sup>2241</sup> Sur le caractère civil de l’agence commerciale, ses exceptions et critiques : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 938 s. – HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Qualité d’agent*, JCl. Distrib., fasc. 3490, 2013, n° 65 s.

commerce de détail alimentaire<sup>2242</sup>, voire avec leurs distributeurs salariés de droit commun<sup>2243</sup>.

**596. Exception tenant à l'existence d'une législation spéciale.** Cependant le champ de la loi a été contrarié par les délais de préavis minimaux prévus par les législations ou réglementations spéciales. La Cour de cassation a ainsi jugé que « *l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation des relations ayant existé entre un agent commercial et son mandant pour lesquelles la durée de préavis qui doit être respectée est fixée par l'article L. 134 -11 du code de commerce en fonction du nombre d'années d'exécution du contrat* »<sup>2244</sup>. La décision est manifestement transposable à l'ensemble des personnes pour lesquelles une loi fixe un préavis<sup>2245</sup> et en particulier, les distributeurs salariés, les VRP, les gérants de succursales et les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire.

**597. Identification des différences de traitement.** Cette jurisprudence n'a pas d'incidence en ce qui concerne l'existence d'un préavis puisque l'éviction de la prohibition de la rupture brutale suppose qu'un préavis soit prévu par une législation spéciale.

La question peut cependant se poser pour le gérant-mandataire car son statut prévoit que « *le contrat [...] peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties* »<sup>2246</sup>. Il pourrait donc être soutenu que cette règle spéciale déroge à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en subordonnant l'existence d'un préavis à la volonté des parties, celles-ci étant expressément libres de fixer les conditions de la fin du contrat. Admettre cette interprétation créant une différence de traitement entre le mandataire-gérant et l'ensemble des autres distributeurs irait à l'encontre de l'évolution du droit positif qui tend plutôt à l'extension de l'obligation de préavis. La rejeter suppose cependant de considérer que le législateur a ajouté une précision inutile. Mais, dans tous les cas, pour que la prohibition de la rupture brutale s'applique la relation devra pouvoir être qualifiée d'établie.

## **b - L'appréciation du caractère établi de la relation de distribution**

**598. Identification des questions.** Le caractère « *établi* » de la relation pose de multiples questions.

Si la relation est fondée sur un contrat-cadre à durée indéterminée, il s'agit de savoir à compter de quelle durée d'exécution la relation peut être considérée comme établie.

Si la relation est fondée sur un contrat-cadre à durée déterminée, il s'agit de savoir si un seul contrat peut caractériser une relation commerciale établie. Dans l'affirmative, il faut déterminer à partir de quelle durée d'exécution du contrat la relation est considérée comme établie. Dans la négative, il faut savoir à partir de combien de renouvellements ou de quelle durée la relation peut être considérée comme établie.

Si la relation n'est pas fondée sur un contrat-cadre mais sur un courant d'affaires (une succession de

---

<sup>2242</sup> Ces statuts ne supposent pas l'existence d'un lien de subordination entre le fournisseur et le distributeur (*supra* n° 234 et 265).

<sup>2243</sup> La notion de commercialité étant entendue comme la fourniture de prestations de services et le statut juridique de la victime du comportement étant indifférent, le salarié peut potentiellement entrer dans le champ du texte.

<sup>2244</sup> Com. 03/04/2012 : n° 11-13527 ; B. n° 71 ; D. 2012, 1062, E. Chevrier et 2765, N. Dorandeu ; D. 2013, 736, D. Ferrier ; JCP E 2013, 1200, J.-L. Respaud ; CCC 2012, 149, N. Mathey.

<sup>2245</sup> Dans ce sens : Com. 23/09/2014 : n° 12-27387 ; à paraître au Bulletin, « *l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ne s'applique pas aux relations commerciales de transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants lorsque le contrat type, institué par la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, qui prévoit en son article 12.2 la durée des préavis de rupture, régit, faute de stipulations contractuelles, les rapports du sous-traitant et de l'opérateur de transport* » – Com. 04/10/2011 : n° 10-20240 ; D. 2011, 2465, X. Delpech et 2961, Centre de droit de la concurrence Y. Serra ; RTD com. 2011, 791, B. Boulloc ; CCC 2011, 259, N. Mathey ; RDLC 04/11, 124, J.-L. Fourgoux – Com. 22/01/2008 : n° 06-19440 ; B. n° 12 ; RLC avr.-juin 2008, 33, M. Béhar-Touchais.

<sup>2246</sup> C. com. art. L. 146-4.

contrats de vente ou d'entreprise par exemple) ou sur une combinaison de contrats-cadres et de courants d'affaires non contractualisés, il s'agit de savoir à partir de quels critères (durée, intensité, continuité, etc.) la relation peut être considérée comme établie.

**599. Critère de l'anticipation raisonnable.** Dans son rapport annuel, la Cour de cassation reconnaît que la relation commerciale établie est « *une notion non définie, [...] économique et non juridique* » limitée « *aux cas où la relation commerciale entre les parties revêtait avant la rupture un caractère suivi, stable et habituel et où la partie victime de l'interruption pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* »<sup>2247</sup>. C'est donc en termes d'attente légitime qu'il convient d'apprécier le caractère établi de la relation, c'est-à-dire objectivement, en se plaçant du point de vue d'un partenaire raisonnable<sup>2248</sup>. La Cour précise que « *cette anticipation raisonnable peut être démontrée en s'appuyant sur l'existence d'un contrat dont l'échéance est postérieure à la date de la rupture ou sur une pratique passée dont la partie victime de la rupture pouvait inférer que sa relation commerciale s'instaurait dans la durée* »<sup>2249</sup>. Il s'agit d'apprécier si un partenaire raisonnable aurait, dans les circonstances de la relation, anticipé sa continuation. Comme l'y invite le texte, la jurisprudence s'attache essentiellement au passé de la relation. La Cour de cassation exige ainsi que les juges du fond caractérisent une « *relation commerciale régulière, stable et significative* »<sup>2250</sup>, ce qui ne suppose pas nécessairement l'existence d'un contrat-cadre, d'un chiffre d'affaires garanti ou d'une exclusivité<sup>2251</sup> ou encore d'un « *échange permanent et continu entre les parties* »<sup>2252</sup>. Une succession de contrats indépendants est susceptible de caractériser une relation établie s'ils interviennent de façon suffisamment régulière et stable<sup>2253</sup>.

## **600. Application du critère.**

**Contrat à durée indéterminée.** Lorsque la relation est fondée sur un contrat à durée indéterminée, elle a, en principe, vocation à être stable et régulière et devrait donc être considérée comme établie dès sa conclusion si bien que sa rupture supposera un préavis<sup>2254</sup>.

**Contrat à durée déterminée.** En revanche, lorsque la relation est fondée sur un contrat à durée

---

<sup>2247</sup> R. Cass. 2008, p. 307.

<sup>2248</sup> CHANTEPIE (G.), *La précarité des relations commerciales*, JCP E 2012, 1605 et CCC 2012, étude 11, n° 17 s. – AUGAGNEUR (L.-M.), *L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales. À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation*, JCP E 2009, 1969, n° 12 s. – V. également : COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. Loquin, Litec, 2006, n° 671 s., analysant le préavis comme une traduction positive du devoir de cohérence. – CHAGNY (M.), *La confiance dans les relations d'affaires*, in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénadou et M. Chagny, Dalloz, 2008, p. 35 s., n° 11 – Sur la notion d'attente légitime, voir notamment : GUERLIN (G.), *L'attente légitime du contractant*, thèse Amiens, 2008 – CALAIS-AULOY (J.), *L'attente légitime une nouvelle source de droit subjectif ?*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2013, p. 171 s.

<sup>2249</sup> R. Cass. 2008, p. 307.

<sup>2250</sup> Com. 06/09/2011 : n° 10-30679 – Com. 20/03/2012 : n° 10-26220 ; CCC 2012, 125, N. Mathey – V. également : Com. 15/09/2009 : n° 08-19200 ; B. n° 110 ; CCC 2009, 265, N. Mathey ; D. 2009, 2277, E. Chevrier – V. déjà : BEAUCHARD (J.), *La stabilisation des relations commerciales : la rupture d'une relation commerciale établie*, PA 05/01/1998, p. 16, pour être établie la relation doit avoir « *à la fois une certaine durée, une certaine permanence et une certaine intensité, ou un certain volume d'affaires* ».

<sup>2251</sup> Dans ce sens : Com. 06/09/2011 : n° 10-30679 – Com. 20/03/2012 : n° 10-26220.

<sup>2252</sup> Com. 15/09/2009 : n° 08-19200 ; B. n° 110 ; CCC 2009, 265, N. Mathey ; D. 2009, 2277, E. Chevrier.

<sup>2253</sup> Dans ce sens : Com. 20/03/2012 : n° 10-26220 – Com. 06/09/2011 : n° 10-30679 – Com. 15/09/2009 : n° 08-19200 ; B. n° 110, CCC 2009, 265, N. Mathey ; D. 2009, 2277, E. Chevrier – Com. 16/12/2008 : n° 07-15589 ; B. n° 207 ; D. 2009, 229, E. Chevrier – CCC 2009, 73, N. Mathey – Sur la question : CHANTEPIE (G.), *op. cit.*

<sup>2254</sup> A cet égard, une obligation de préavis est exigée en droit commun pour l'ensemble des contrats à durée indéterminée : BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 315 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 418 – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 481-2 – GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, n° 271.



déterminée, surtout en l'absence de toute relation antérieure, la question est plus délicate<sup>2255</sup>. En effet, la fin de la relation ayant été expressément prévue, *ab initio*, par les parties, elles ne peuvent anticiper légitimement sa poursuite<sup>2256</sup>. La situation est sans doute différente en présence d'une clause de tacite reconduction, les parties ayant alors envisagé la poursuite de la relation au terme du premier contrat ou en présence de renouvellements antérieurs, les parties ayant alors déjà manifesté la volonté de poursuivre la relation malgré le terme stipulé<sup>2257</sup>. Ainsi, une grande partie de la doctrine considère qu'un unique contrat à durée déterminée ne caractérise pas une relation établie ou que son non-renouvellement ne s'analyse pas en une rupture ou encore qu'il ne constitue pas une rupture brutale mais que la situation est différente en présence de renouvellements antérieurs<sup>2258</sup>. La position des juges du fond semble avoir évolué. Ainsi, après avoir d'abord considéré que le non-renouvellement ne pouvait s'analyser en une rupture brutale d'une relation commerciale établie<sup>2259</sup>, la cour d'appel de Paris a qualifié de relation commerciale établie une succession de contrats à durée déterminée qui excluaient pourtant expressément leur reconduction tacite<sup>2260</sup>. La question donne lieu à une certaine casuistique puisque la Cour de cassation laisse aux juges du fond le soin de déterminer en fonction des circonstances si le partenaire pouvait ou non raisonnablement anticiper la poursuite de la relation<sup>2261</sup>.

<sup>2255</sup> Sur la question de l'analyse du non-renouvellement en une rupture : RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, Préf. Y. Picod, avant-propos L. Vogel, Fondation Varenne, LGDJ, 2014, n° 425 s.

<sup>2256</sup> Rapp. : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 332, « l'extinction du contrat de distribution à durée déterminée par l'arrivée du terme n'est que le respect de la volonté des parties ».

<sup>2257</sup> Sur ces distinctions : COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *op. cit.*, n° 678 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 346, « quand le contrat [de distribution] à durée déterminée a été renouvelé de nombreuses fois, on peut penser que ces différents renouvellement ont créé chez le distributeur la croyance ou l'espoir de la poursuite des relations contractuelles par un nouveau renouvellement, sauf au moins à en être averti, avant l'échéance normale du contrat » – SONEI (A.), *op. cit.*, n° 190.

<sup>2258</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 694, « en principe, un contrat à durée déterminée ne donne pas droit au renouvellement. Au terme, le contrat prend fin. La rupture n'est pas précédée d'un préavis. Mais quand plusieurs contrats à durée déterminée se sont succédés, on peut alors parler de relation établie » – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 394, « le non-renouvellement d'un contrat à sa première échéance ne saurait en lui-même constituer une rupture brutale » – NICOLAS-VULLIERME (L.), *Rupture brutale de relations commerciales établies* (C. com., art. L. 442-6, I, 5°), JCl. Conc., fasc. 300, 2010, n° 22, « il ne peut y avoir rupture fautive si un contrat ponctuel à durée déterminée arrivait à son terme ».

<sup>2259</sup> Paris 02/04/2008 : n° 06/09216, « le refus de reconduction des contrats [de concession automobile d'une durée de 5 ans] arrivés à leur terme conformément à la volonté des parties, lesquelles s'étaient prononcées pour un terme prédéfini, ne peut, sauf à dénaturer la substance même des engagements pris, s'analyser en une rupture brutale au sens de l'article L. 442-6-5° du Code de commerce » – Paris 12/01/2005 : JurisData n° 2005-277027.

<sup>2260</sup> Paris 11/09/2014 : JurisData n° 2014-021366, « une relation commerciale établie, qui se caractérise par la stabilité et la durée d'une relation d'affaires entre deux opérateurs économiques, peut résulter d'une succession de contrats à durée déterminée, dès lors que ceux-ci par leur durée, leur continuité, leur stabilité, permettent à l'une des parties de légitimement considérer que cette suite de contrats a vocation à perdurer dans le temps [...] il importe peu que les contrats en cause aient prévu qu'ils ne pouvaient pas se renouveler par tacite reconduction et il est sans effet qu'ils n'aient pas comporté de clause d'exclusivité ou garanti un volume d'échange ou de chiffre d'affaires » – Comp. : Versailles 07/10/2010 : n° 09/04974, « en application de L.442.6 I 5° du code de commerce, un délai de 6 mois s'imposait comme préavis des relations commerciales entre les 2 sociétés, quand bien même il s'agissait d'un contrat à durée déterminée, puisque le dit contrat avait clairement stipulé une date pour négocier sa reconduction ».

<sup>2261</sup> Com. 20/11/2012 : n° 11-22660, une cour d'appel a légalement justifié l'absence de rupture brutale en « faisant ressortir que la société STPM, dont le contrat venait à échéance, ne pouvait raisonnablement anticiper une continuité de la relation commerciale pour l'avenir ». En l'espèce, la relation résultait d'abord d'un contrat verbal, puis d'un contrat écrit à durée indéterminée, puis d'une chaîne ininterrompue de contrats à durée déterminée finissant par un contrat à durée déterminée de 2 ans, non renouvelables par tacite reconduction et dont le non-renouvellement avait été précédé d'un préavis de 9 mois – Com. 11/06/2009 : n° 08-16675, le moyen critiquant la cour d'appel d'avoir jugé que « le refus de reconduction des contrats [de concession] arrivés à leur terme conformément à la volonté des parties, lesquelles s'étaient prononcées pour un terme prédéfini, ne peut, sauf à dénaturer la substance même des engagements pris, s'analyser en une rupture brutale au sens de l'article L. 442-6-5° du Code de commerce » n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi – V. également : Com. 06/06/2001 : n° 99-20831 ; B. n° 112 – V. cependant : Com. 24/11/2009 : n° 07-19248 ; CCC 2010, 43, M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2010, 1120, N. Dissaux ; RDC 2010, 921, M. Behar-Touchais ; Concurrence 01/2010, 114, D. Ferrier, cassant un arrêt d'appel pour n'avoir pas « pris en compte l'intégralité de la relation commerciale établie » en jugeant que « le contrat de franchise, initialement prévu pour une durée de cinq ans et non renouvelé, a cessé de produire ses effets le 6 août 2003 ; que les relations commerciales qui procèdent de l'exécution de ce contrat, rompues d'accord entre les parties puisqu'aucune d'elles n'a sollicité le renouvellement du contrat, éventuellement pourvue envisagée par son article 3, alinéa 2, n'entrent donc pas dans les prévisions de l'article L. 442 6,I,5° ; que s'agissant en effet d'un contrat à durée déterminée, le préavis était inscrit dans la disposition du contrat qui prévoyait, dès sa conclusion, la date à laquelle il prendrait fin ; que Carré Blanc n'avait à cette date aucune raison de croire en la pérennité d'un courant d'affaires qu'elle même n'avait témoigné vouloir entretenir ; que si de nouvelles relations ont pris naissance après la rupture du contrat, nécessairement sur de nouvelles bases, en tous cas dans un contexte entièrement différent de celui du contrat de franchise, leur durée doit seule être prise en compte pour mesurer le préavis que Ame aurait dû laisser à Carré Blanc avant de prendre

**601. Identification des différences de traitement.** Ni le droit du travail<sup>2262</sup>, ni le statut de l'agence commerciale<sup>2263</sup>, ni le statut du gérant-mandataire du Code de commerce<sup>2264</sup> ne prévoient un préavis pour l'expiration d'une relation fondée sur un unique contrat à durée déterminée ou une succession de contrats à durée déterminée sans transformation ou requalification en contrat à durée indéterminée.

La jurisprudence pourrait ainsi décider qu'en l'absence d'exclusion légale expresse du préavis dans ces hypothèses, la prohibition de la rupture brutale a vocation à s'appliquer. Les différences de traitement entre les distributeurs résideraient alors uniquement dans les différences d'appréciation des juges de la nécessité ou non d'un préavis.

Au contraire, la jurisprudence pourrait estimer que la prohibition de la rupture brutale ne peut s'appliquer, la rupture de ces relations étant spécialement réglementée par des législations d'ordre public qui n'ont pas prévu de préavis dans ces hypothèses<sup>2265</sup>. Il existerait alors des différences de traitement entre d'une part, les agents commerciaux, les gérants-mandataires du Code de commerce et les distributeurs soumis au droit du travail (salariés diffuseurs, VRP, gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire) et les autres distributeurs, d'autre part.

Les juges pourraient encore exclure l'application de la prohibition de la rupture brutale pour l'agence commerciale et les relations soumises au droit du travail – ces législations envisageant la rupture des contrats à durée déterminée ou indéterminée et la survenance du terme des contrats à durée déterminée et n'ayant pas mentionné l'exigence d'un préavis – mais l'admettre pour la gérance-mandat, le Code de commerce se contentant de prévoir que « *le contrat liant le mandant et le gérant-mandataire peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties* »<sup>2266</sup>. Il existerait alors une différence entre l'agent commercial, les distributeurs soumis au droit du travail et les autres distributeurs.

Par ailleurs, même lorsque le principe d'une obligation de préavis est admis, des différences de traitement sont susceptibles d'apparaître sur ses exceptions.

## **2 – Les exceptions à l'exigence d'un préavis de rupture**

**602. Force majeure et faute grave.** Pour les distributeurs soumis au droit du travail ou au statut de l'agence commerciale, une rupture sans préavis suppose un cas de force majeure<sup>2267</sup> ou une faute grave<sup>2268</sup>

---

*l'initiative de rompre ; que la société Ame ayant passé des commandes à la société Carré Blanc distribution jusqu'à la fin janvier 2004, les relations commerciales établies à prendre en compte pour l'application de l'article L. 442 6,1,5° du code de commerce ont donc duré cinq mois ».*

<sup>2262</sup> C. trav. art. L. 1243-5 et L. 1243-13.

<sup>2263</sup> C. com. art. L. 134-11, al. 2, « *lorsque le contrat d'agence est à durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis. Les dispositions du présent article sont applicables au contrat à durée déterminée transformé en contrat à durée indéterminée* ». Il s'en déduit *a contrario* qu'en présence d'un contrat à durée déterminée non transformé en contrat à durée indéterminée, aucun préavis n'est exigé.

<sup>2264</sup> C. com. art. L. 146-4.

<sup>2265</sup> Un préavis était exigé par la loi en droit du travail mais a été abrogé en 1985 (*supra* n° 590). Le rétablir par la voie jurisprudentielle pourrait donc être analysé comme *contra legem*.

<sup>2266</sup> C. com. art. L. 146-4.

<sup>2267</sup> Pour le droit du travail : C. trav. art. L. 1234-12 « *la cessation de l'entreprise pour cas de force majeure libère l'employeur de l'obligation de respecter le préavis* ». Cependant, si la force majeure réside dans un « *sinistre* », le Code du travail prévoit néanmoins que, malgré l'absence d'obligation de préavis, l'employeur devra verser au salarié une indemnité compensatrice de préavis comme si le contrat avait été résilié sans préavis (art. L. 1234-13).

Pour le droit de l'agence commerciale : C. com. art. L. 134-11, al. 5.

<sup>2268</sup> Pour le droit du travail : C. trav. art. L. 1234-1.

contrôlée par le juge indépendamment de son éventuelle définition contractuelle<sup>2269</sup>.

Pour les autres distributeurs, la loi prévoit que la prohibition de la rupture brutale ne fait « *pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure* »<sup>2270</sup>. La Cour de cassation a précisé que l'inexécution, pour être privative de préavis, devait présenter un degré de gravité suffisant<sup>2271</sup>, même en présence d'une clause résolutoire de plein droit<sup>2272</sup>. Elle exige ainsi que soit caractérisé un « *manquement grave* »<sup>2273</sup>. Le manquement contractuel étant synonyme de faute contractuelle<sup>2274</sup>, cela revient à exiger une faute grave.

De plus, la notion de faute grave est définie de la même façon. En droit du travail, il s'agit d'une faute « *qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* »<sup>2275</sup> et pour l'agent commercial, d'une faute « *qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel* »<sup>2276</sup>, ce qui rejoint la définition précédente<sup>2277</sup>. Dans le cadre de la prohibition de la rupture brutale, il s'agit de « *manquements [...] d'une gravité telle qu'ils justifiaient la résiliation unilatérale et immédiate du contrat* »<sup>2278</sup>.

Par conséquent, les exceptions au préavis prévues par la prohibition de la rupture brutale rejoignent, *a priori*, celles du droit du travail et du statut de l'agence commerciale.

**603. Imputabilité de la rupture.** Néanmoins, la Cour de cassation a admis dans le cadre de la prohibition de la rupture brutale, qu'un préavis n'était pas dû lorsque la diminution du volume d'affaires (qui s'analyse en une rupture partielle) était consécutif à une crise économique et financière ayant eu de fortes

---

Pour l'agence commerciale : C. com. art. L. 134-11, al. 5 – V. par ex. : Com. 09/12/2014 : n° 13-28170 – Com. 21/06/2011 : n° 10-19902 – Com. 10/05/2011 : n° 10-17952 – Com. 14/06/2005 : n° 03-14401 ; D. 2005, 514, D. Ferrier – Com. 30/11/2004 : n° 02-17414.

<sup>2269</sup> L'employeur ne peut priver le juge de son pouvoir d'appréciation de la gravité de la faute qui aura une incidence sur le préavis : Soc. 02/05/2000 : n° 97-44091 ; B. n° 159 – V. not., pour des gérants non salariés d'une succursale de commerce de détail alimentaire : Soc. 27/03/2013 : n° 12-12892 ; B. n° 91, « *si le gérant non salarié d'une succursale peut être rendu contractuellement responsable de l'existence d'un déficit d'inventaire en fin de contrat et tenu d'en rembourser le montant, il ne peut être privé, dès l'origine, par une clause du contrat, du bénéfice des règles protectrices relatives à la rupture des relations contractuelles ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel, qui n'était pas liée par la définition donnée par la convention des parties des faits susceptibles d'en entraîner la rupture sans préavis ni indemnité, a apprécié si les faits reprochés aux cogérants constituaient une faute grave [...]* »

Dans l'agence commerciale, « *il appartient au seul juge de qualifier de faute grave les faits qui lui sont soumis, [...] les parties ne peuvent décider qu'un comportement déterminé constituera une faute grave* » (Com. 28/05/2002 : n° 00-16857 ; B. n° 91 ; D. 2003, 459, P. Delebecque, 3004, D. Ferrier et 2405, E. Chevrier ; CDE 5/2002, 33, P. Grignon ; JCP E 2002, 2063, F. Perruchot-Triboulet ; RTD civ. 2002, 833, P.-Y. Gautier ; RTD com. 2003, 158, B. Bouloc ; D&P/10/2002, 102, P. Chauvel).

<sup>2270</sup> C. com. art. L. 445-6, I, 5° – Civ. 3 07/11/2012 : n° 11-11204. – Sur la question dans la franchise : RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, Préf. Y. Picod, avant-propos L. Vogel, Fondation Varenne, LGDJ, 2014, n° 432 s.

<sup>2271</sup> Com. 24/06/2014 : n° 12-27908 – Com. 29/01/2013 : n° 11-28576 – Com. 24/05/2011 : n° 10-17844 ; CCC 2011, 161, N. Mathey – Com. 31/03/2009 : n° 08-13964 – Com. 25/09/2007 : n° 06-15517.

<sup>2272</sup> Dans ce sens : Com. 25/09/2007 : n° 06-15517 ; D. 2008, 1115, C. Mouly-Guillemard ; JCP E 2008, 1638, n° 2, D. Mainguy – Com. 09/07/2013 : n° 12-21001 – Sur les incertitudes antérieures : MOUSSERON (J.-M.), *L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : contournable ou pas ?*, in Mél. B. Mercadal, Francis Lefebvre, 2002, p. 231 s.

<sup>2273</sup> Dans ce sens : Com. 09/07/2013 : n° 12-21001, en excluant le préavis pour insuffisance de résultats « *sans caractériser un manquement grave de la société Hestia à ses obligations contractuelles justifiant la rupture par la BPE de leurs relations commerciales sans préavis, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » au regard de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce – Com. 21/02/2012 : n° 09-15438.

<sup>2274</sup> Dans ce sens : BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 405 s., « *la responsabilité contractuelle se rattache donc nécessairement à un manquement d'une partie à ses obligations. Le terme « manquement » équivaut à celui de « faute contractuelle », mais traduit bien que c'est par référence au contenu du contrat qu'on apprécie le comportement du contractant sans interférence de la connotation morale qui s'attache au terme de « faute »* ». – Sur la question : TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 571 s.

<sup>2275</sup> Soc. 06/10/2010 : n° 09-41294 ; B. n° 214 – Soc. 27/09/2007 : n° 06-4387 ; B. n° 146 – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 542.

<sup>2276</sup> Com. 15/10/2002 : n° 00-18122 ; CCC 2003, 19, L. Leveneur ; CDE 3/2003, 24, P. Grignon. – V. également : Com. 09/12/2014 : n° 13-28170, l'agent « *a manqué gravement à ses obligations contractuelles et rendu impossible le maintien de leurs relations* » – Pour des exemples de fautes graves privatives de préavis et d'indemnité de cessation de relation : *infra* n° 766.

<sup>2277</sup> Dans ce sens : FOURNIER (F.), *L'agence commerciale*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 37, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2005, n° 495, « *la proximité avec le droit social est indéniable* ».

<sup>2278</sup> Com. 24/06/2014 : n° 12-27908.

répercussions sur le secteur considéré, la rupture n'étant pas alors imputable au partenaire ayant réduit ses commandes<sup>2279</sup>. Or, en droit du travail ces circonstances ne sont pas de nature à justifier une rupture sans préavis, celui-ci étant également dû en cas de licenciement économique<sup>2280</sup>. La solution est plus incertaine pour l'agence commerciale.

**604. Incertitudes du statut du gérant-mandataire.** Par ailleurs, la précision par le statut du gérant-mandataire du Code de commerce que « *le contrat liant le mandant et le gérant-mandataire peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties* »<sup>2281</sup>, en admettant qu'elle n'exclut pas l'obligation de préavis<sup>2282</sup>, pourrait autoriser les parties à y déroger pour des causes autres que la faute grave ou la force majeure. Il y aurait alors une différence de traitement avec les autres distributeurs.

**605. Conclusion.** Finalement, en ce qui concerne les exceptions à l'obligation de préavis, les différences de traitement entre les distributeurs sont très limitées. En principe, seuls un cas de force majeure ou une faute grave contrôlée par le juge permet d'écarter cette obligation.

Il existe cependant des incertitudes sur la possibilité d'exclure conventionnellement le préavis dans d'autres hypothèses pour le gérant-mandataire du Code de commerce.

Par ailleurs, pour les distributeurs entrant dans le champ de la prohibition de la rupture brutale, des circonstances économiques pourraient justifier une absence de préavis alors qu'elles sont inopérantes en droit du travail.

Des différences de traitement bien plus importantes existent dans les modalités de l'obligation de préavis.

## **B – Les inégalités dans les modalités de l'obligation de préavis**

**606. Plan.** Des inégalités entre les distributeurs existent à la fois dans la détermination de la durée minimale du préavis de rupture s'imposant au fournisseur (1) et dans les sanctions applicables (2).

### **1 – Les inégalités de détermination de la durée minimale du préavis**

**607. Plan.** Après avoir mis en évidence des différences dans la détermination des durées des préavis minimaux applicables aux distributeurs (a), il en sera recherché les justifications (b).

#### **a - Les différences de détermination de la durée minimale du préavis**

**608. Incertitudes pour le gérant-mandataire du Code de commerce et plan.** Le statut du gérant-mandataire du Code de commerce abandonnant aux parties les conditions de la fin de contrat, ce qui est susceptible de l'exclure du champ de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie<sup>2283</sup>, il pourrait également être soutenu que la durée de préavis est totalement abandonnée aux parties,

---

<sup>2279</sup> Com. 15/02/2013 : n° 12-11709 ; CCC 2013, 78, N. Mathey ; RTD civ. 2012, 375, H. Barbier – Sur la question : MATHEY (N.), *La rupture de relations commerciales établies en période de crise*, CCC 2010, étude 3. – Comp. Com. 03/05/2012 : n° 10-28366, une auto-liquidation constituant une manœuvre délibérée pour se soustraire à la prohibition de la rupture brutale ne dispense pas de préavis. *A contrario*, la liquidation non frauduleuse de la société pourrait dispenser de préavis.

<sup>2280</sup> C. trav. art. L. 1234-1.

<sup>2281</sup> C. com. art. L. 146-4.

<sup>2282</sup> Sur la question : *supra* n° 597 et 601.

<sup>2283</sup> *Supra* n° 597 et 601.

sans que le juge ne puisse intervenir. Il existerait alors une différence de traitement avec l'ensemble des autres distributeurs. Une telle solution est cependant hautement hypothétique.

Cette hypothèse mise à part, les différences de détermination de la durée minimale du préavis découlent du fait que certains distributeurs bénéficient d'une durée de préavis minimale fixée par la loi (a.1) alors que la durée minimale de préavis des autres est laissée à l'appréciation du juge (a.2).

#### **a.1 - Les distributeurs bénéficiant d'une durée de préavis minimale fixée par la loi**

**609. Présentation.** En l'état actuel du droit positif, seuls les distributeurs soumis au droit du travail ou au statut des agents commerciaux bénéficient d'une durée de préavis minimale déterminée par la loi<sup>2284</sup>.

**610. Distributeurs non VRP soumis au droit du travail.** A l'exception des VRP, les distributeurs soumis au droit du travail (salariés de droit commun, gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire) sont régis par le droit commun du travail qui prévoit une durée de préavis minimale d'ordre public<sup>2285</sup> variant en fonction de l'« *ancienneté de services continus* »<sup>2286</sup>. Lorsque cette ancienneté est inférieure à six mois, le préavis est « *déterminé par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession* ». Entre six mois et moins de deux années d'ancienneté, la durée minimale de préavis est d'un mois, à partir de deux années d'ancienneté, il est de deux mois, à chaque fois, sous réserve d'une loi, d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'usages plus favorables au distributeur<sup>2287</sup>.

Des règles spécifiques s'appliquent lorsque le préavis est donné pendant la période d'essai. La durée de cette période dépend de la classification du salarié et de l'existence ou non d'un accord de branche étendu autorisant son renouvellement<sup>2288</sup>. La durée du préavis varie alors entre vingt-quatre heures et un mois selon la durée de présence dans l'entreprise<sup>2289</sup>.

**611. VRP.** Les VRP bénéficient de règles spéciales fixant une durée de préavis minimale d'un mois durant la première année de « *présence dans l'entreprise* », de deux mois durant la deuxième année et de trois mois au-delà<sup>2290</sup>. Ces règles ne devraient pas s'appliquer au cours de la période d'essai maximale de trois mois qui peut être stipulée<sup>2291</sup> et obéit, en principe, au droit commun du travail<sup>2292</sup>.

---

<sup>2284</sup> Jusqu'en 2010, pour les distributeurs de véhicules automobiles neufs entrant dans son champ d'application, le règlement n° 1400-2002 de la Commission du 31/07/2002 conditionnait l'exception d'interdiction des ententes à ce que le contrat de distribution prévoit, s'il était à durée déterminée, un délai de préavis de non-renouvellement d'au moins 6 mois (l'accord devant obligatoirement être conclu pour une durée d'au moins 5 ans) et, s'il était à durée indéterminée, un délai de préavis de résiliation d'au moins 2 ans pouvant être ramené à 1 an si une indemnité de fin de contrat légale ou contractuelle était prévue ou si la résiliation était motivée par « *la nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau* » (art. 3, §5). Cette condition d'exemption n'a cependant pas été reprise par le règlement n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010.

<sup>2285</sup> C. trav. art. L. 1234-2.

<sup>2286</sup> C. trav. art. L. 1234-1 rendu applicable pour les gérants de succursales et les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire par les articles L. 7321-1 et L. 7322-1 du Code de travail.

<sup>2287</sup> C. trav. art. L. 1234-1 – L'accord collectif national des gérants non salariés des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés "gérants mandataires" du 18/07/1963 prévoit un préavis d'un mois pour une ancienneté inférieure à 2 années et un préavis de 2 mois au-delà (art. 14).

<sup>2288</sup> C. trav. art. L. 1221-19 s.

<sup>2289</sup> C. trav. art. L. 1221-25 – Sur la question : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2014, n° 517.

<sup>2290</sup> C. trav. art. L. 7313-9 – Une durée supplémentaire est prévue pour les VRP employés hors de France (C. trav. art. L. 7313-10) – L'accord national interprofessionnel des VRP du 03/10/1975 prévoit exactement les mêmes durées (art. 12). – Sur la question : CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Rupture du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-30, 2012, maj. 2014, n° 26 s.

<sup>2291</sup> C. trav. art. L. 7313-5.

**612. Agent commercial.** Hors du droit du travail, la loi prévoit des durées minimales de préavis pour l'agent commercial qui correspondent à celles des VRP<sup>2293</sup>, à la différence qu'est pris en compte, non l'ancienneté de présence dans l'entreprise mais le nombre d'années d'exécution du contrat<sup>2294</sup> et que, sauf, « *convention contraire, la fin du délai de préavis coïncide avec la fin d'un mois civil* »<sup>2295</sup>.

En principe, aucune période d'essai ne devrait pouvoir être stipulée dans le contrat d'agence commerciale<sup>2296</sup>, mais un arrêt a néanmoins jugé valable une période d'essai de 6 mois avec possibilité de rupture sans préavis<sup>2297</sup>.

**613. Conclusion.** Finalement, hors période d'essai, les VRP et agents commerciaux bénéficient d'une durée de préavis minimale supérieure d'un mois par rapport aux distributeurs soumis au droit commun du travail. Par ailleurs, la durée maximale de préavis prévue par la loi est de 3 mois pour plus de 2 années de relation.

| Ancienneté /<br>Durée du contrat (agent commercial) | Droit commun du travail | VRP / Agent commercial |
|-----------------------------------------------------|-------------------------|------------------------|
| Moins de 6 mois                                     | Variable                | 1 mois                 |
| Entre 6 mois et 1 an                                | 1 mois                  |                        |
| Entre 1 an et 2 ans                                 | 1 mois                  | 2 mois                 |
| Plus de 2 ans                                       | 2 mois                  | 3 mois                 |

Ce système de préavis minimal légal apporte une certaine sécurité juridique sur la durée du préavis et s'oppose au système de contrôle du préavis *a posteriori* par le juge retenu par le droit de la concurrence.

## a.2 - Les distributeurs bénéficiant d'une durée de préavis minimale fixée par le juge

**614. Appréciation souveraine des juges du fond.** La durée du préavis suffisante pour exclure la rupture brutale d'une relation commerciale établie est appréciée souverainement, au cas par cas, par les juges du fond qui doivent obligatoirement se référer aux critères légaux (la durée de la relation commerciale et la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels s'ils existent<sup>2298</sup> ou, à défaut, par des arrêtés du ministre de l'économie<sup>2299</sup>)<sup>2300</sup> mais peuvent également ajouter des critères supplémentaires en tenant notamment compte d'un état de

<sup>2292</sup> Dans ce sens : CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Statut - Conclusion du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-10, 2012, n° 51.

<sup>2293</sup> C. com. art. L. 134-11, al. 3, « *la durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes* ».

<sup>2294</sup> Com. 03/04/2012 : n° 11-13527 ; B. n° 71 ; D. 2012, 1062, E. Chevrier ; CCC 2012, 149, N. Mathey – La loi prévoit que lorsque le contrat à durée indéterminée provient d'une transformation d'un contrat à durée déterminée, « *le calcul de la durée du préavis tient compte de la période à durée déterminée qui précède* » (C. com. art. L. 134-11, al. 2). – Pour des exemples de calcul : Com. 07/10/2014 : n° 13-17500 — Com. 02/11/2011 : n° 10-22859 ; B. n° 174 – Com. 10/05/2011 : n° 10-17952.

<sup>2295</sup> C. com. art. L. 134-11, al. 3.

<sup>2296</sup> Le statut ne prévoit pas cette possibilité et elle semble totalement exclue par les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 134-11 qui prévoient que « *la durée de préavis est d'un mois pour la première année du contrat* » et que « *les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts* » sachant que toute clause ou convention contraire à ces alinéas est réputée non écrite, même lorsqu'elle n'est pas au détriment de l'agent commercial (C. com. art. L. 134-16).

<sup>2297</sup> Com. 17/07/2001 : n° 97-17539, est légalement justifié l'arrêt qui relève que le « *contrat dispose que : "le présent à effet d'un essai [sic] de collaboration de six mois et prend effet de plein droit à la fin de cette période en son ensemble"* et retient que le statut des agents commerciaux, qui suppose pour son application que la convention soit définitivement conclue, n'interdit pas une période d'essai ». Le raisonnement est critiquable car la période d'essai stipulée suppose que le contrat prenne effet et, quand bien même admettrait-on le contraire, les relations entre les parties pendant cette période caractérisent un contrat d'agence commerciale par application de l'article L. 134-1 du Code de commerce et donc une soumission au statut qui ne prévoit aucune possibilité de période d'essai. – Sur la question : FOURNIER (F.), *L'agence commerciale*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 37, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2005, n° 499.

<sup>2298</sup> Plus de 17 ans après l'entrée en vigueur du texte, seuls 4 accords ont été conclus (CEPC avis 13/06/2013 : n° 13-04).

<sup>2299</sup> Près de 19 ans après l'entrée en vigueur du texte, aucun arrêté n'a été pris.

<sup>2300</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 5°. – Sur la question, voir notamment : SAINTOURENS (B.), *La notion de rupture brutale de la relation commerciale*, CDE 1/2014, p. 29 s.

dépendance économique<sup>2301</sup> et plus généralement de toutes les circonstances et conséquences de la rupture (investissements réalisés, existence d'une exclusivité, d'une clause de non-concurrence post contractuelle, de quotas, cycle de fabrication des produits, notoriété, caractère partiel de la rupture, etc.)<sup>2302</sup>.

La loi ne fixe aucun délai minimal et les juges ne sont pas tenus par les préavis contractuellement fixés par les parties<sup>2303</sup> ou prévus par des accords interprofessionnels<sup>2304</sup>. Ils disposent donc d'une grande liberté dans la détermination du préavis minimal exclusif de brutalité.

**615. Tendances.** En raison de cette liberté et de l'approche *in concreto* retenue, il est seulement possible de dégager de la jurisprudence des tendances à la valeur très relative. Il apparaît néanmoins que le délai de préavis retenu par les juridictions est généralement supérieur aux durées minimales fixées par le Code du travail pour les salariés de droit commun, les VRP et fixées par le Code de commerce pour l'agent commercial. Rarement un préavis inférieur à trois mois est jugé suffisant au-delà de deux années de relation. Les préavis excluant la rupture brutale sont souvent de six à douze mois mais les juges accordent parfois des préavis beaucoup plus longs de vingt-quatre mois, voire trente-six mois<sup>2305</sup>.

Dans l'affaire ayant donné l'occasion à la Cour de cassation d'écarter l'application de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie à l'agence commerciale<sup>2306</sup>, la cour d'appel avait retenu qu'en raison de la durée des relations (près de deux années) et de l'absence de dépendance économique, le préavis légal de deux mois était insuffisant et qu'un délai de quatre mois aurait dû être respecté. La solution retenue en droit par la Cour de cassation conduit donc, en l'espèce, à diviser par deux le préavis minimal qui avait été jugé nécessaire par les juges du fond pour exclure la brutalité au regard des circonstances de la rupture. Dans ces conditions, un fournisseur pourra rompre un contrat d'agence exclusif de plus de vingt ans avec un préavis de seulement trois mois alors qu'à l'égard d'un commissionnaire ou franchisé exclusif il aurait dû respecter un délai de préavis d'une durée de six, douze, voire vingt-quatre mois.

**616. Conclusion.** Finalement, de manière générale, les distributeurs entrant dans le champ de la prohibition de la rupture brutale peuvent bénéficier de durées de préavis minimales très supérieures à celles prévues pour les distributeurs régis par des législations spéciales (salariés de droit commun, gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire, agents commerciaux).

---

<sup>2301</sup> *Supra* n° 376.

<sup>2302</sup> Com. 09/07/2013 : n° 12-20468 ; B. n° 115, « le délai du préavis suffisant s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture » – Com. 31/01/2006 : n° 03-13739 ; RLC 08/2006, 571, M. Béhar-Touchais ; JCP E 2007, 1348, D. Mainguy, approuvant une cour d'appel écartant « l'appréciation des premiers juges fondée sur la seule durée des relations contractuelles » – Pour de nombreux exemples jurisprudentiels de facteurs pris en compte : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 397 – V. également les bilans des décisions judiciaires établis par la Faculté de Montpellier et disponibles sur le site de la CEPC (<http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission-0>).

<sup>2303</sup> Dans ce sens : Com. 22/10/2013 : n° 12-19500 ; B. n° 156 ; CCC 2013, 266, N. Mathey, « l'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas la juridiction d'examiner si ce délai de préavis tient compte de la durée de la relation commerciale et d'autres circonstances au moment de la notification de la rupture » – V. également : Com. 21/09/2010 : n° 09-15716 – Com. 10/11/2009 : n° 08-18337.

<sup>2304</sup> Dans ce sens : Com. 02/12/2008 : n° 08-10732 ; B. n° 201 ; D. 2009, 2892, D. Ferrier ; RDC 2009, 647, M. Behar-Touchais, « l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par cet accord, tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce » – Pour des confirmations : Com. 02/11/2011 : n° 10-25323 – Com. 03/05/2012 : n° 11-10544 ; B. n° 85.

<sup>2305</sup> Sur la question : VOGEL (L.), *La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme*, in Mél. M. Germain, LexisNexis-LDGJ, 2015, p. 855 s., n° 7 – DESHAYES (O.), *Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie*, RLDA 2010, n° 2981, analysant une trentaine d'arrêts d'appel – REGNAULT (S.), *Guide de la rupture des relations commerciales établies*, D&P 10/2007, p. 48 s. – Pour des panoramas de jurisprudence, voir les bilans des décisions judiciaires établis par la Faculté de Montpellier et disponibles sur le site de la CEPC (<http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission-0>) – V. également : CCC 2014, part. 1 – CCC 2012, prat. 1 – CCC 2011, prat. 1 – CCC 2010, prat. 3 – CCC 2009, prat. 1.

<sup>2306</sup> Com. 03/04/2012 : n° 11-13527 ; B. n° 71 ; D. 2012, 1062 E. Chevrier et 2765, N. Dorandeu ; D. 2013, 736, D. Ferrier ; JCP E 2013, 1200, J.-L. Respaud ; CCC 2012, 149, N. Mathey.

En effet, au-delà de deux années de relation, les durées de préavis minimales n'évoluent pas pour ces distributeurs, le fournisseur pouvant rompre la relation avec un préavis de seulement deux mois ou trois mois pour les VRP et agents commerciaux.

Par ailleurs, en raison des modalités de fixation très libres, le juge peut déterminer précisément le délai de préavis qui aurait été nécessaire au regard de la situation du distributeur et notamment au temps pour réorganiser son activité en vue de la fin de la relation avec le fournisseur. Néanmoins, la contrepartie de cette liberté est l'existence de différences importantes pouvant apparaître selon la juridiction saisie et les juges la composant même si le nombre de ces juridictions a été limité<sup>2307</sup>. Cette incertitude incite cependant le fournisseur à prendre en compte la situation du distributeur dans le délai de préavis qu'il lui accordera.

Il existe ainsi des différences importantes de détermination de la durée minimale du préavis qui se traduisent concrètement par des différences tout aussi importantes dans la durée minimale de préavis. Il reste à rechercher leurs justifications pour savoir si elles caractérisent des inégalités de traitements.

## **b - L'absence de justification des différences de fixation de la durée minimale de préavis**

**617. Fondement téléologique de l'obligation de préavis.** En imposant le maintien d'une relation pendant un certain temps malgré la volonté d'une des parties d'user de sa faculté unilatérale de rompre, l'obligation de préavis a pour finalité de permettre à la partie subissant la rupture de s'y préparer, c'est-à-dire d'organiser sa situation en vue de la fin de relation, en d'autres termes, de se réorganiser ou reconvertir<sup>2308</sup>.

**618. Fondement technique de l'obligation de préavis.** Compte tenu du fondement téléologique du préavis, celui-ci s'impose, en principe, lorsque la partie qui subit la décision de rupture ne pouvait raisonnablement l'anticiper. Cela explique que le préavis ait été généralisé pour tous les contrats à durée indéterminée<sup>2309</sup> mais qu'il n'existe pour les contrats à durée déterminée qu'à condition que les circonstances aient pu légitimement laisser croire que la relation allait se poursuivre au-delà du terme<sup>2310</sup> notamment

---

<sup>2307</sup> *Supra* n° 378.

<sup>2308</sup> Dans ce sens : SNET (A.), *op. cit.*, n° 314 s. – V. également : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution, op. cit.*, n° 727, « la raison d'être du préavis [...] est de permettre au distributeur de se reconvertir » – BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 315, si le congé « peut être donné à tout moment, il doit laisser à l'autre partie un temps suffisant pour s'organiser » – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 481, « la jurisprudence exige de l'auteur de la rupture qu'il avertisse son cocontractant quelque temps à l'avance, afin que celui-ci puisse faire face à la situation en recherchant un nouveau partenaire » – VACHET (G.), *Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture : Préavis - Indemnité de licenciement)*, Rep. Trav. Dalloz, 2009, maj 2014, n° 2, « son but est de permettre à celle des parties qui n'a pas décidé de reprendre sa liberté de prendre les arrangements nécessaires : soit, pour le salarié, de trouver un autre emploi ; soit, pour l'employeur, d'embaucher un autre salarié » – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 534, « il permet à l'autre contractant de prendre les dispositions nécessaires avant que la rupture ne devienne effective » – STOFFEL-MUNCK (P.), *La rupture du contrat et le droit de la distribution, in Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, dir. C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 177 s., n° 26, le préavis est « le moyen offert au contractant pour préparer sa reconversion et organiser au mieux de ses intérêts la cessation de l'activité liée au contrat » – En jurisprudence : Com. 06/05/2002 : n° 99-14093 ; B. n° 81 ; CCC 2002, 134, L. Leveneur et 158, M. Malaurie-Vignal ; D. 2002, 1754, E. Chevrier, 2842, D. Mazeaud et 3008, D. Ferrier ; JCP 2002.II.10146, P. Stoffel-Munck ; JCP E 2003, 66, A. Snet ; PA 07/03/2003, 20, C. Diloy ; RTD civ. 2002, 810, n° 6, J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2003, 157, n° 7, B. Boulloc ; RDC 2003, 34, J.-P. Chazal, ne commet pas d'abus le concédant qui respecte un préavis « propre à permettre aux concessionnaires d'organiser sa reconversion » – Versailles 29/10/2013 : n° 12/01461, le préavis doit être « raisonnable et suffisant pour permettre à [la victime] de réorganiser ses activités et son personnel et de trouver de nouveaux marchés sur le secteur d'activité concerné » – Paris 30/04/2014 : JurisData n° 2014-010215 ; CCC 2014, 161, N. Mathey, « un préavis de six mois était insuffisant pour lui permettre d'envisager une faculté de reconversion ».

<sup>2309</sup> *Supra* n° 590.

<sup>2310</sup> Dans ce sens : SNET (A.), *op. cit.*, n° 190, « l'idée qui justifie ici l'application du préavis est probablement celle selon laquelle les renouvellements successifs d'un contrat à durée déterminée, ou la succession durable de contrats à exécution instantanée, font perdre dans l'esprit des parties aux relations à durée déterminée la signification que ces dernières ont normalement en droit strict. L'espoir que le contrat sera renouvelé emporte alors sur le caractère certain du terme. Or c'était ce dernier caractère qui justifiait son exclusion. Le fondement du principe étant modifié, le principe lui-même doit être remis en cause » – *Supra* n° 600.



lorsqu'existe un droit au renouvellement<sup>2311</sup>.

**619. Plan.** Compte tenu de ces fondements, seront recherchées les justifications des différences de fixation de la durée minimale de préavis observées entre les distributeurs soumis à une législation spéciale et ceux entrant dans le champ de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie (b.1) et des différences de durée du préavis minimal entre les distributeurs soumis à une législation spéciale (b.2).

### **b.1 - L'absence de justification des différences de fixation de la durée minimale de préavis pour les distributeurs soumis à une législation spéciale**

**620. Absence de justification au regard du fondement téléologique du préavis.** En estimant que l'existence d'un préavis minimum fixé par la loi exclut les agents commerciaux, les distributeurs salariés de droit commun et les gérants de succursales du champ de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la Cour de cassation prive les juges de la possibilité de constater que le respect du préavis minimal légal était insuffisant dans les circonstances concrètes de la rupture. En effet, cette solution détache complètement la durée de préavis des circonstances et, au-delà de deux années, de la durée de la relation<sup>2312</sup>. Ce choix offre une certaine sécurité juridique profitant surtout à l'auteur de la rupture mais prive parallèlement la victime de la possibilité de bénéficier d'un préavis qui correspondrait au temps réellement nécessaire pour réorganiser son activité.

Cette différence de traitement ne se justifie pas au regard du fondement téléologique du préavis puisqu'elle conduit à le rendre potentiellement moins apte à atteindre son objectif (donner un temps suffisant pour une réorganisation) à l'égard de distributeurs bénéficiant pourtant d'une législation d'ordre public de protection<sup>2313</sup>.

Une justification pourrait cependant être trouvée dans l'existence d'une indemnité de cessation de relation. En effet, les distributeurs régis par le droit du travail bénéficient, dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, d'une indemnité de licenciement<sup>2314</sup> (ou de clientèle, si elle est supérieure, pour le VRP<sup>2315</sup>), à compter d'une année d'ancienneté<sup>2316</sup> et, dans le cas d'un contrat à durée déterminée, d'une indemnité de précarité<sup>2317</sup>. L'agent commercial bénéficie également d'une indemnité en cas de cessation de sa relation avec le mandant, que le contrat soit à durée déterminée ou non<sup>2318</sup>. L'effet d'un préavis court serait ainsi atténué par l'indemnité de fin de relation. Cette justification est cependant critiquable car ces indemnités n'ont pas le même objet que le préavis et se cumulent donc avec les indemnités compensatrices de préavis<sup>2319</sup> : les premières indemnisent un risque de perte de revenus du fait même de la rupture<sup>2320</sup>, les secondes

---

<sup>2311</sup> Ainsi, alors que la durée du contrat de bail commercial est, en principe, un contrat à durée déterminée ne pouvant être inférieure à neuf ans (C. com. art. L. 145-4), le Code de commerce impose un préavis à sa cessation (art. L. 145-9) car il prévoit un « *droit au renouvellement* » (art. L. 145-8).

<sup>2312</sup> Les délais légaux n'augmentent plus à partir de cette durée (*supra* n° 613).

<sup>2313</sup> *Infra* n° 622.

<sup>2314</sup> *Infra* n° 758 s.

<sup>2315</sup> *Infra* n° 761 s.

<sup>2316</sup> *Infra* n° 758.

<sup>2317</sup> *Infra* n° 756 s.

<sup>2318</sup> *Infra* n° 766 s.

<sup>2319</sup> *Infra* n° 750 s.

<sup>2320</sup> *Infra* n° 750 et 788 s.

compensent le temps de relation dont le distributeur a été privé et qui lui aurait permis de se réorganiser<sup>2321</sup>.

**621. Absence de justification au regard du fondement technique du préavis.** Par ailleurs, justifier au regard de son fondement technique un délai de préavis plus court ou détaché des circonstances de la rupture supposerait de mettre en évidence qu'un agent commercial, un salarié de droit commun, un gérant de succursale ou un VRP puisse mieux anticiper la rupture unilatérale de sa relation par son fournisseur qu'un autre distributeur, ce qui n'est manifestement pas le cas.

**622. Critique du raisonnement à l'origine des inégalités de traitement.** En réalité, l'existence d'une différence de durée de préavis minimal entre les distributeurs bénéficiant d'un préavis minimal fixé par une législation spéciale et les autres distributeurs résulte seulement d'un choix de résolution d'un conflit de lois. En effet, la jurisprudence a considéré que les préavis légaux entraînent en conflit avec la prohibition générale de la rupture brutale d'une relation commerciale établie et a donc estimé que les règles spéciales devaient déroger à la règle générale, ce qui est une application de l'adage *specialia generalibus derogant*<sup>2322</sup>.

Un autre raisonnement était pourtant possible et sans doute plus adapté.

Préalablement, il faut rappeler que la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie est une règle d'ordre public<sup>2323</sup> ayant même valeur de loi de police<sup>2324</sup>. Elle semble relever à la fois d'un ordre public de protection – elle protège des opérateurs du marché – et d'un ordre public de direction (économique) puisqu'elle est assortie d'une amende civile et peut faire l'objet d'une action publique autonome justifiée par la « *protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* »<sup>2325</sup>.

Les préavis spéciaux relèvent de législations d'ordre public de protection autorisant des dérogations seulement en faveur de la partie protégée (salarié ou assimilé, VRP, agent commercial)<sup>2326</sup>.

Il s'agit donc de résoudre un conflit entre une règle générale d'ordre public de direction ou de protection et des règles spéciales d'ordre public de protection.

Si on considère que la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie relève d'un ordre public de direction, elle doit, en principe, primer sur des règles d'ordre public de protection, l'intérêt général primant sur l'intérêt privé. La solution est la même si elle relève seulement d'un ordre public de protection. En effet, il apparaît alors un conflit entre deux règles d'ordre public de protection qui doit, en principe, conduire à l'application de la règle la plus favorable à la personne protégée<sup>2327</sup>.

---

<sup>2321</sup> *Infra* n° 634 s.

<sup>2322</sup> Critiquant l'application de cet adage en l'espèce : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 224, soutenant que l'adage n'est pas applicable car d'une part, il n'y a pas conflit entre deux dispositifs ayant le même champ d'application et la même finalité, le statut de l'agent commercial visant une rupture de contrat et non de relation et, d'autre part, le texte spécial est antérieur au texte général, si bien qu'il ne peut en être déduit une volonté du législateur de faire primer le texte spécial mais sans doute de faire « *survivre la règle spéciale ancienne dans son champ d'application* ».

<sup>2323</sup> Dans ce sens : Com. 16/12/2014 : n° 13-21363 ; à paraître au Bulletin ; JCP E 2015, 1115, N. Dissaux, « *[l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce] institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation* ».

<sup>2324</sup> Dans ce sens : Civ. 1 22/10/2008 : n° 07-15823 ; B. n° 208 ; D. 2009, 2384, S. Bollée.

<sup>2325</sup> *Infra* n° 628.

<sup>2326</sup> Pour l'agent commercial, il peut être dérogé aux règles du préavis en sa seule faveur (C. com. art. L. 134-16).

Pour les VRP, il est prévu que « *la durée du préavis ne peut être inférieure à* » à celles prévues par la loi (C. trav. art. L. 7313-9), elles peuvent donc être augmentées.

Pour les autres distributeurs soumis au droit du travail, les durées légales « *ne sont applicables que si la loi, la convention ou l'accord collectif de travail, le contrat de travail ou les usages ne prévoient pas un préavis ou une condition d'ancienneté de services plus favorable pour le salarié* » (C. trav. art. L. 1234-1).

<sup>2327</sup> Sur le principe de faveur : VACHET (G.), *Le principe de faveur dans les rapports entre sources du droit*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B. Teyssié, Dalloz, 2008, p. 79 s. V. également : VATINET (R.), *L'ordre public*, in *Les notions*

Au contraire, la solution retenue par la Cour de cassation conduit à moins protéger les distributeurs bénéficiant d'une législation spéciale d'ordre public de protection. Ceux-ci se trouvent ainsi, en raison de leur statut protecteur, paradoxalement défavorisés par rapport aux autres distributeurs<sup>2328</sup>. Il aurait été plus conforme à l'ordre public de considérer que les délais minimums légaux n'étaient pas nécessairement suffisants pour exclure la brutalité et que le juge pouvait donc juger, au regard de la relation commerciale établie entre les parties, qu'une durée de préavis supérieure aurait dû être respectée. La jurisprudence tient d'ailleurs un tel raisonnement pour les délais de préavis contractuellement fixés par les parties ou prévus par des accords interprofessionnels<sup>2329</sup>.

**623. Conclusion.** Finalement, les différences de traitement entre les distributeurs bénéficiant d'un délai de préavis minimal fixé par la loi et ceux pour lesquels il est fixé par le juge ne sont pas justifiées et caractérisent donc des inégalités de traitement.

Reste à apprécier la justification des différences observées entre les distributeurs bénéficiant d'un délai de préavis minimum fixé par la loi.

## **b.2 - L'absence de justification des différences de durée minimale de préavis entre distributeurs soumis à une législation spéciale**

**624. Absence de justification au regard du fondement téléologique du préavis.** La durée de préavis minimale des VRP et agents commerciaux est supérieure d'un mois à celle des distributeurs non VRP soumis au droit du travail. Par suite, en considérant le fondement téléologique du préavis, il faudrait admettre que la réorganisation de l'activité d'un VRP ou d'un d'agent commercial nécessite un mois supplémentaire par rapport à celle d'un autre distributeur soumis au droit du travail, comme un vendeur salarié ou un gérant de succursale<sup>2330</sup>. Cela n'est pas du tout évident.

D'ailleurs, les VRP et les agents commerciaux sont en principe libres de travailler simultanément pour plusieurs mandants<sup>2331</sup>. Les agents commerciaux peuvent également accomplir des opérations commerciales pour leur compte personnel<sup>2332</sup>, avoir une activité parallèle et même n'exercer l'activité d'agence qu'à titre accessoire, sans que le statut soit exclu et donc le préavis réduit<sup>2333</sup>. Au contraire, le gérant de succursale est soumis à une double exclusivité d'activité (profession consistant essentiellement en une activité de vente

---

*fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 89 s. – CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, Préf. F. Gaudu, BIAT, t. 14, LGDJ, 2007 – GAUDU (F.), *L'ordre public en droit du travail*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 363 s.

<sup>2328</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 224, le statut de l'agent commercial « est venu fixer un minimum de protection au profit de l'agent à une époque où aucun dispositif particulier ne venait encadrer les conditions de rupture, de sorte qu'il est douteux que ce souci de protection se retourne aujourd'hui contre lui ».

<sup>2329</sup> *Supra* n° 614.

<sup>2330</sup> Recherchant le fondement de l'augmentation, par le législateur, du délai minimal légal de préavis pour certains salariés (C. trav. art. L. 5213-9 prévoyant un doublement dans une limite de 3 mois pour les salariés handicapés) et, dans le cadre de la législation sur les baux d'habitation, de la diminution, dans certaines hypothèses, du délai de préavis devant être donné par le locataire (loi n° 89-462 du 6/07/1989, art. 15, I), Monsieur Sonet a soutenu que « ces aménagements, qu'ils entraînent une augmentation du délai-congé ou une diminution, ne profite qu'à la partie que la doctrine qualifie de "partie faible au sein du contrat : le salarié ou le locataire" » (SONET (A.), *Le préavis en droit privé*, Préf. F. Bussy, PUAM, 2003, n° 589 s., n° 592). Cette logique n'est manifestement pas à l'œuvre dans l'augmentation des délais de préavis pour les VRP et les agents commerciaux car ils peuvent difficilement être considérés comme des parties plus faibles que des salariés de droit commun, leurs statuts ayant spécifiquement été adoptés pour prendre en compte leur plus grande indépendance par rapport aux salariés de droit commun (*supra* n° 181 et 285 s.).

<sup>2331</sup> *Supra* n° 190 (agent commercial), 292 (VRP) et 298 (comparaison).

<sup>2332</sup> *Supra* n° 190 et 304.

<sup>2333</sup> Dans cette hypothèse, le statut peut cependant être écarté par une stipulation expresse (C. com. art. L. 134-15).

exclusive ou presque exclusive ou de prise de commande exclusive)<sup>2334</sup>, sa reconversion nécessite donc un temps au moins égal, sinon plus long, que celle d'un agent commercial ou d'un VRP. Il n'est donc pas justifié qu'il bénéficie d'une durée de préavis plus courte.

Par ailleurs, le montant des indemnités de cessation de relation accordées au VRP et agents commerciaux sont supérieures aux indemnités de licenciement ou de précarité accordées aux autres distributeurs régis par le droit du travail<sup>2335</sup>. Aucune justification ne peut donc être trouvée dans une indemnisation qui aurait pour effet de compenser la durée inférieure de préavis.

**625. Absence de justification au regard du fondement technique du préavis.** De même, en considérant le fondement technique du préavis, on perçoit mal en quoi les agents commerciaux et VRP pourrait moins anticiper la rupture de leur relation qu'un salarié de droit commun ou qu'un gérant de succursale.

**626. Conclusion.** Finalement, la différence de durée légale minimale de préavis existant entre distributeurs soumis à une législation spéciale ne peut être justifiée et caractérise donc une inégalité de traitement.

Lorsqu'un préavis de rupture suffisant n'est pas respecté par le fournisseur, de nouvelles différences de traitement sont susceptibles d'apparaître.

## **2 – Les inégalités de sanction de l'obligation de préavis**

**627. Plan.** Le préavis imposé par la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie se distingue des préavis prévus par le droit du travail et le droit de l'agence commerciale en ce qu'il est susceptible de faire l'objet d'une action publique et d'une amende civile (a). En revanche, il apparaîtra que les inégalités de réparation du préjudice ont disparu (b).

### **a - Les inégalités de protection par une action publique et une amende civile**

**628. Possibilité d'action publique et d'amende civile.** L'action en rupture brutale d'une relation commerciale établie peut être introduite « *par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une [telle] pratique* »<sup>2336</sup>.

A cette occasion, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent notamment « *demander à la juridiction saisie [...] le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros [et] [...] la réparation des préjudices subis* »<sup>2337</sup>. Il s'agit d'« *une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence [des entreprises victimes]* »<sup>2338</sup> mais requière néanmoins leur information<sup>2339</sup>.

---

<sup>2334</sup> *Supra* n° 228 s.

<sup>2335</sup> *Infra* n° 753 s.

<sup>2336</sup> C. com. art. L. 442-6, III. – Sur la question : LACHIEZE (C.), *La rupture des relations commerciales à la croisée du droit de la concurrence et du droit commun*, JCP E 2004, 1996, n° 31 – BEHAR-TOUCHAIS (M.), *La rupture d'une relation commerciale établie*, PA 09/10/2008, p. 9 s., n° 2.

<sup>2337</sup> C. com. art. L. 442-6, III.

<sup>2338</sup> Com. 08/07/2008 : n° 07-16761 ; B. n° 143 ; D. 2008, 2892, D. Ferrier et 3046, M. Bandrac ; LD 7-8/2008, 1, J. Raynard ; JCP 2008.I.218, n° 18, M. Chagny ; JCP E 2008, 30, A. M. Luciani ; CCC 2008, 237, M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2009, 1739, G. Decocq ; RLC 2008, 43, M. Behar-Touchais – V. également : Com. 16/12/2008 : n° 08-13162 ; JCP 2009.I.138, M. Chagny.

Ainsi, lorsque le ministre de l'économie ou le ministère public a connaissance d'une rupture d'une relation de distribution sans préavis suffisant, il peut demander le prononcé d'une amende civile maximale de 2 millions euros et obtenir la réparation du préjudice subi par le distributeur<sup>2340</sup>.

**629. Intérêt de l'action publique.** En pratique, une action en réparation du préjudice causé par un préavis insuffisant exercée pour le compte des victimes présente un intérêt assez limité puisque la relation de distribution ayant été rompue, les distributeurs ne sont plus dans un rapport de dépendance par rapport au fournisseur et peuvent donc agir sans crainte<sup>2341</sup>.

**630. Intérêt de l'amende civile.** En revanche, une amende civile au montant maximal non négligeable peut avoir un effet dissuasif important puisqu'elle accroît considérablement les risques générés par une rupture brutale. Une multiplication des actions du ministre chargé de l'économie ou du le ministère public et le prononcé d'amendes importantes sont ainsi susceptibles de modifier sensiblement les durées de préavis<sup>2342</sup>.

**631. Exclusion des agents commerciaux et distributeurs soumis au droit du travail.** En raison de leur exclusion du champ de la prohibition, cette action ne peut être exercée pour protéger des agents commerciaux ou des distributeurs soumis au droit du travail. Or, ni le Code du travail, ni le statut de l'agence commerciale ne prévoient d'amende civile pour irrespect du préavis et d'action autonome du ministère public ou d'un ministre pour obtenir la réparation du préjudice. Les syndicats n'ont pas de moyens d'action comparables car ils ne peuvent agir de façon autonome<sup>2343</sup> qu'en présence d'une atteinte aux intérêts collectifs qu'ils défendent et, à supposer que l'irrespect d'un préavis puisse entrer dans cette catégorie, ne peuvent demander le prononcé d'une amende ou une réparation du préjudice subi par le salarié<sup>2344</sup>.

**632. Absence de justification de l'exclusion.** Cette exclusion ne peut être justifiée au regard du fondement téléologique du préavis puisqu'elle réduit potentiellement l'efficacité de celui-ci, de surcroît pour des distributeurs jouissant de statuts protecteurs qui inciteraient donc à une solution exactement inverse.

Cependant, l'action publique et l'amende civile révèlent que les règles ne poursuivent pas seulement un intérêt particulier mais intéressent également l'intérêt général (elles peuvent être rattachées à « *la protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* » pour la Cour de cassation<sup>2345</sup>). La justification des différences de traitement pourrait ainsi être trouvée dans l'intérêt purement privé poursuivi par les règles sur le préavis prévues par le Code du travail et le statut de l'agence commerciale qui se rattachent d'ailleurs à un

---

<sup>2339</sup> CC 13/05/2011 : n° 2011-126 QPC ; D. 2011, 1833, C. Rougeau-Mauger et 1340, E. Chevrier ; JCP 2011, 717, A. M. Luciani ; CCC 2011, 159, M. Malaurie-Vignal ; RDLC 03/11, 129, M. Chagny ; RLC 2011, 32, J.-C. Grall ; RLDA/06/2011, 45, C. Mathonnière ; D. 2012, 507, J. Barthémy et L. Boré. – La Cour européenne des droits de l'Homme a confirmé la conformité du dispositif au droit à un procès équitable (CEDH 17/01/2012 : n° 51255/08 ; JCP 2012, 462, A. M. Luciani ; CCC 2012, 94, M. Malaurie-Vignal ; RLC 03/12, 2035, M. Béhar-Touchais ; RDC 2012, 963, J.-P. Marguénaud ; Concurrences 02/2012, 98, M. Chagny).

<sup>2340</sup> V. par ex. : Paris 03/12/2014 : n° 13/06091, condamnant, suite à une action du ministre, la société Carrefour à une amende de 100.000 euros pour avoir rompu brutalement une relation commerciale établie.

<sup>2341</sup> Rappr. : PENNEAU (A.), *La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique*, D. 2003, p. 1278 s., tenant ce raisonnement pour la nullité.

<sup>2342</sup> Rappr. : Paris 03/12/2014 : n° 13/06091, même si la pratique a eu peu d'effet sur le marché, « *il y a lieu cependant de prendre en considération la nécessité de fixer l'amende à un niveau suffisamment dissuasif, ce qui exige de tenir compte de l'importance du chiffre d'affaires des sociétés Carrefour ; qu'il y a lieu également de prendre en considération l'effet d'entraînement que peut avoir le comportement de sociétés de la taille et de la notoriété de Carrefour sur les autres opérateurs économiques* ».

<sup>2343</sup> L'action en substitution des syndicats n'est pas autonome et ne peut être exercée que dans des hypothèses limitées. – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 1048.

<sup>2344</sup> Sur l'action syndicale autonome pour défendre les intérêts collectifs de la profession : *ibid.*, n° 1049 s.

<sup>2345</sup> *Supra* n°628. – Il existe un débat sur le rattachement ou non de ces règles à la protection du marché : *infra* n° 954.

ordre public de protection<sup>2346</sup>. Cet argument ne convainc pas. En effet, le respect d'un préavis ne paraît pas relever plus d'une protection du marché et du fonctionnement de la concurrence lorsque le distributeur est un locataire-gérant, un commissionnaire, un franchisé, un concessionnaire ou encore un gérant-mandataire<sup>2347</sup> que lorsqu'il est un gérant de succursale, un gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire ou un agent commercial, ces distributeurs étant également des acteurs du marché intervenant dans le fonctionnement de la concurrence<sup>2348</sup>.

**633. Conclusion.** Il apparaît ainsi que l'impossibilité d'action publique autonome et de prononcé d'une amende civile pour les distributeurs relevant du droit du travail ou du statut de l'agence commerciale caractérise une inégalité de traitement.

L'exclusion de ces distributeurs du champ de la prohibition de la rupture brutale des relations commerciales établies était également susceptible de générer des différences dans la réparation du préjudice causé par un préavis insuffisant.

## **b – La disparition des inégalités de réparation du préjudice**

**634. Droit du travail.** Lorsque le distributeur relève du droit du travail – par un contrat de travail de droit commun ou l'application d'un statut spécial – et que l'inexécution du préavis est imputable à l'employeur<sup>2349</sup>, il a droit à une indemnité compensatrice de préavis qui est calculée afin que « *l'inexécution du préavis [...] n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise* »<sup>2350</sup>.

La Cour de cassation a précisé que cette indemnité avait un caractère forfaitaire d'ordre public<sup>2351</sup> et était ainsi indépendante du préjudice réellement subi<sup>2352</sup> si bien qu'il était impossible de la réduire en tenant compte des indemnités journalières (notamment maladies) perçues par le salarié pendant la période de préavis non effectuée<sup>2353</sup> ou du fait qu'il avait retrouvé un emploi<sup>2354</sup>.

L'indemnité est ainsi égale à l'ensemble de la rémunération dont aurait bénéficié le salarié pendant la période de préavis non effectuée<sup>2355</sup> : le salaire brut<sup>2356</sup> tenant compte des augmentations possibles<sup>2357</sup>, de ses éléments variables (commissions<sup>2358</sup>, primes d'objectif<sup>2359</sup>) et de tous ses accessoires (intéressement<sup>2360</sup>,

---

<sup>2346</sup> Sur le caractère d'ordre public de protection de ces règles : *supra* n° 622.

<sup>2347</sup> Sur les incertitudes de l'application de la prohibition de la rupture brutale au gérant-mandataire du Code de commerce : *supra* n° 597 et 601.

<sup>2348</sup> En particulier, l'agent commercial est considéré par les autorités de la concurrence comme une entreprise indépendante sur le marché de la représentation : *supra* n° 332.

<sup>2349</sup> Soc. 28/01/2005 : n° 03-47403 ; B. n° 37.

<sup>2350</sup> C. trav. art. L. 1234-5 – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 563 – VACHET (G.), *Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture : Préavis - Indemnité de licenciement)*, Rép. trav. Dalloz, 2009, maj. 2014, n° 109 s. et 154 s.

<sup>2351</sup> Dans ce sens : Soc. 06/12/1990 : n° 88-44578.

<sup>2352</sup> Dans ce sens : Soc. 20/03/1991 : n° 87-43085.

<sup>2353</sup> Dans ce sens : Soc. 09/10/2001 : n° 99-43518 ; B. n° 308 – Soc. 10/05/2006 : n° 04-40901 ; B. n° 173.

<sup>2354</sup> Dans ce sens : Soc. 24/01/1987 : n° 84-40673.

<sup>2355</sup> Dans ce sens : Soc. 29/01/2003 : n° 00-44882 ; B. n° 27, « *l'indemnité [...] compensatrice de l'inobservation du délai-congé, doit être calculée en prenant en compte tous les éléments de rémunération qu'aurait perçus le salarié s'il avait travaillé pendant cette période* ».

<sup>2356</sup> Dans ce sens : Soc. 21/02/1990 : n° 85-43285 ; B. n° 79.

<sup>2357</sup> Dans ce sens : Soc. 12/03/1981 : n° 79-41478 ; B. n° 213 – Soc. 05/05/1988 : n° 85-45224.

<sup>2358</sup> Dans ce sens : Soc. 29/01/2003 : n° 00-44882 ; B. n° 27.

<sup>2359</sup> Dans ce sens : Soc. 28/11/2006 : n° 04-48798 ; B. n° 355.

<sup>2360</sup> Dans ce sens : Soc. 10/10/1989 : n° 87-41376.

avantages en nature<sup>2361</sup>). L'indemnité est considérée comme ayant la nature d'un salaire et est donc soumise aux cotisations sociales et à l'impôt<sup>2362</sup>.

La jurisprudence raisonne donc comme si le contrat s'était poursuivi normalement pendant la durée de préavis légale en faisant abstraction de la réalité du préjudice du distributeur.

**635. Agence commerciale.** Le même raisonnement est retenu pour l'agence commerciale. Ainsi, la Cour de cassation estime que le préjudice résulte « *de la perte des sommes que l'agent aurait perçues si le contrat avait été exécuté pendant la durée du préavis* » et a donc rejeté un pourvoi reprochant à une cour d'appel d'avoir évalué le préjudice à deux mois de commissions alors même qu'elle avait constaté que l'agent n'avait subi aucune perte de chiffre d'affaires à la suite de la rupture sans préavis<sup>2363</sup>. La Cour exige également que tous les éléments de rémunération soient pris en compte<sup>2364</sup>.

**636. Rupture brutale d'une relation commerciale établie.** Dans le cadre de la prohibition d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie, la doctrine et une partie de la jurisprudence soutenait que le principe de réparation intégrale s'appliquait et que le préjudice devait être apprécié au jour où le juge statuait<sup>2365</sup>. L'indemnisation pouvait donc être diminuée si le distributeur était parvenu à trouver une solution de remplacement<sup>2366</sup>, voire si elle ne l'avait pas recherchée<sup>2367</sup>.

La Cour de cassation a cependant précisé que « *le préjudice [...] est évalué en fonction de la durée du préavis jugé nécessaire* » sachant que « *le délais du préavis suffisant s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture* »<sup>2368</sup>. Les circonstances postérieures à la rupture ne doivent donc pas être prises en compte, en particulier la reconversion du distributeur peu de temps après la rupture<sup>2369</sup>.

La Cour de cassation a également précisé que « *seuls sont indemnisables, [...] les préjudices résultant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même* »<sup>2370</sup>.

Pour le reste, l'évaluation du préjudice est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

---

<sup>2361</sup> Dans ce sens : Soc. 08/05/2000 : n° 99-43091 – Soc. 02/07/2003 : n° 01-41728.

<sup>2362</sup> Dans ce sens : Soc. 21/06/1979 : n° 77-15716 ; B. n° 572.

<sup>2363</sup> Com. 14/06/2005 : n° 03-14401 ; D. 2005, 514, D. Ferrier, le pourvoi faisait valoir une règle selon laquelle « *aucune indemnité de préavis n'est due à un agent commercial évincé si, malgré un défaut de préavis, il a retrouvé sans délai de nouvelles sources d'approvisionnement et de nouveaux clients, et n'a ainsi subi aucun préjudice lié à la privation de préavis* » et invoquait une violation des articles 1382 et 1383 qui sont généralement associés au principe de réparation intégrale.

<sup>2364</sup> Dans ce sens : Com. 12/06/2007 : n° 05-22025, en ne recherchant pas « *si le droit à un solde de commissions [...] n'impliquait pas nécessairement le droit de la société VNS à un complément à l'indemnité compensatrice de préavis [...] qu'elle avait fixée [...] à trois mois [...] de commissions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

<sup>2365</sup> PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, Préf. P.-Y. Gautier, BDP, t. 491, LGDJ, 2007, n° 294 s.

<sup>2366</sup> Dans ce sens : JUARISTI (A.) et DE BROSSSES (A.), *Le préjudice lié à la rupture fautive de relations commerciales établies*, D&P/06/2003, p. 60 s., p. 64.

<sup>2367</sup> Sur la question : LE COUVIOUR (K.), *Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies*, RTD com. 2008, p. 1 s., n° 48 s. – Rapp. : Douai 15/03/2001 : JurisData n° 2001-150707 ; D. 2002, 307, C. André ; JCP E 2001, 1861, M. Pédamon ; RTD civ. 2002, 296, J. Mestre et B. Fages, minorant le préjudice réparable en tenant compte du fait que la victime n'avait pas conçu une solution de remplacement alors qu'elle était dépendante de son partenaire.

<sup>2368</sup> Com. 20/05/2014 : n° 13-16398 ; B. n° 89 – Com. 08/04/2014 : n° 13-15410 ; CCC 2014, 136, N. Mathey – Com. 09/07/2013 : n° 12-20468 ; B. n° 115 – V. également : Com. 06/11/2012 : n° 11-24570 ; RLDA 04/13, 85, C. Mouly-Guillemaud.

<sup>2369</sup> V. par ex. : Com. 09/07/2013 : n° 12-20468 ; B. n° 115, cassant la cour d'appel qui avait rejeté la demande de dommages et intérêts au titre de la rupture brutale d'une relation commerciale établie en retenant « *que dans les jours suivant la fin du préavis, la société X... a réalisé sa reconversion en prenant en location-gérance un fonds de commerce de sorte qu'il n'y a pas eu rupture entre la fin de l'activité procédant de la concession litigieuse et la nouvelle activité sociale, qu'il résulte des pièces comptables et du rapport de gestion que le changement d'activité n'a pas eu d'effet sur le montant du capital social et des réserves et n'a pas non plus affecté la trésorerie de la société et qu'il n'est donc pas démontré que son changement d'activité se soit opéré dans des conditions défavorables pour elle ni que la durée du préavis l'ait privée de chances de reconversion plus avantageuses* » – Critiquant cette solution : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 727 – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 397.

<sup>2370</sup> Com. 11/06/2013 : n° 12-20846 – V. également : Com. 23/01/2007 : n° 04-16779 ; B. n° 8 ; CCC 2010, 4, N. Mathey.

Ceux-ci estiment généralement que le préjudice correspond à la perte de marge brute subie sur la durée de préavis manquante<sup>2371</sup>, calculée sur la base du chiffre d'affaires moyen généré par la relation au cours des dernières années<sup>2372</sup> et lui ajoutent, le cas échéant, des chefs de préjudice spécifiques liés au caractère brutal de la rupture (stocks qui n'ont pu être écoulés, investissements spécifiques non amortis, coûts des licenciements, désorganisation, atteinte à l'image, etc.)<sup>2373</sup>.

Ces modalités de calcul du préjudice combinées au moment d'appréciation de la durée de préavis nécessaire conduisent à indemniser non une perte de chance de reconversion mais une absence de poursuite de la relation dans les mêmes conditions au cours de la période de préavis non respectée<sup>2374</sup>.

**637. Conclusion.** Finalement, il n'existe pas de différence de traitement car l'indemnisation de l'absence ou insuffisance du préavis du fournisseur correspond, pour tous les distributeurs, qu'ils soient régis par le droit du travail, le statut de l'agence commerciale ou la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, aux revenus qu'ils auraient perçus si la durée de préavis avait été respectée.

#### CONCLUSION DU PARAGRAPHE 1

**638. Réduction des différences de traitement.** Le droit de la concurrence, en prohibant la rupture brutale d'une relation commerciale établie, a généralisé l'obligation de préavis et réduit les différences de traitement qui existaient antérieurement entre les distributeurs. A chaque fois que le distributeur peut raisonnablement anticiper la poursuite de la relation de distribution, la rupture à l'initiative du fournisseur suppose un préavis<sup>2375</sup>, sauf faute grave ou cas de force majeure<sup>2376</sup>, et son irrespect donne lieu à une indemnisation correspondant aux revenus qu'il aurait perçus si la durée de préavis avait été respectée<sup>2377</sup>.

**639. Persistance d'incertitudes.** Cette prohibition générale pose cependant des difficultés d'articulation avec les préavis légaux prévus pour les distributeurs soumis au droit du travail, les agents commerciaux et les gérants-mandataires du Code de commerce qui pourraient aboutir des inégalités de traitement en privant ces distributeurs d'un préavis notamment si la relation est fondée sur un contrat à durée déterminée ou une succession de contrats à durée déterminée non susceptible d'être transformée ou requalifiée en contrat à durée indéterminée<sup>2378</sup>.

**640. Subsistance d'inégalités.** Cette articulation est déjà à l'origine d'inégalités de traitement entre les

---

<sup>2371</sup> V. par ex. : Com. 20/05/2014 : n° 13-16398 ; B. n° 89 – Com. 11/06/2013 : n° 12-22229 – Com. 28/04/2009 : n° 08-12788 ; CCC 2009, 190, N. Mathey – Pour de nombreuses décisions d'appel retenant ce mode de calcul, voir les bilans des décisions judiciaires réalisés par la Faculté de Montpellier, disponibles sur le site de la CEPC (<http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission-0>), consulté le 19/03/2015) – Sur la question, voir notamment : SONEET (A.), *Le préavis en droit privé*, Préf. F. Bussy, PUAM, 2003, n° 632.

<sup>2372</sup> Com. 20/05/2014 : n° 13-11085 ; CCC 2014, 160, N. Mathey, cassant un arrêt d'appel qui avait pris pour assiette le chiffre d'affaires réalisé avec l'ensemble des clients de la victime plutôt que celui réalisé avec le seul auteur de la rupture brutale.

<sup>2373</sup> Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 402 – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 2014, n° 262 – SCHULLE (E.) et LE MORDEHEC (E.), *L'indemnisation de la rupture brutale de relations commerciales établies*, JCP E 2011, 466 – PETRIGNET (N.), *Quelle réparation en cas de responsabilité avérée ?*, J. soc. 2011, n° 85, p. 34 – DESHAYES (O.), *Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie*, RLDA 2010, n° 2981. – LE COUVIOUR (K.), *Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies*, RTD com. 2008, p. 1 s., n° 47 s. – PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, Préf. P.-Y. Gautier, LGDJ, BDP, t. 491, 2007, n° 274 s. – JUARISTI (A.) et DE BROSSES (A.), *Le préjudice lié à la rupture fautive de relations commerciales établies*, D&P/06/2003, p. 60 s.

<sup>2374</sup> Dans ce sens : STOFFEL-MUNCK (P.), *La rupture du contrat et le droit de la distribution*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, dir. C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 177 s., n° 24 s.

<sup>2375</sup> *Supra* n° 593 s.

<sup>2376</sup> *Supra* n° 602 s.

<sup>2377</sup> *Supra* n° 634 s.

<sup>2378</sup> *Supra* n° 596 s. et 601



distributeurs sur les modalités du préavis.

D'une part, la durée minimale de préavis des distributeurs soumis au droit du travail ou au statut de l'agence commerciale n'est pas déterminée par un juge mais par la loi et pourrait l'être uniquement par les parties pour les gérants-mandataires du Code de commerce<sup>2379</sup>. Ainsi, les distributeurs salariés, les VRP, les gérants de succursale et les gérants alimentaires des succursales de commerce de détail alimentaire bénéficient de durées minimales de préavis qui sont souvent inférieures à celles qui auraient pu être déterminées par un juge<sup>2380</sup> et qui n'ont pas à correspondre aux circonstances de la rupture et au temps nécessaire à la reconversion. Or les fondements du préavis qui résident dans le fait de donner à la partie qui ne pouvait raisonnablement anticiper la rupture (fondement technique) le temps nécessaire pour s'organiser (fondement téléologique) ne permettent pas de justifier ces différences de traitement<sup>2381</sup>.

D'autre part, à la différence de tous les autres distributeurs, l'effectivité du préavis dû à ces distributeurs soumis à des législations spéciales n'est pas assurée par une possibilité d'action publique autonome et d'amende civile, ce qui ne peut pas non plus être justifié<sup>2382</sup>.

Il sera constaté que des inégalités existent également dans les obligations de justification et de motivation pouvant encadrer l'acte de rupture de la relation de distribution par le fournisseur.

## §2 – Les inégalités dans les obligations de justification et de motivation de la rupture de la relation de distribution par le fournisseur

**641. Motivation et justification.** La motivation doit être distinguée de la justification<sup>2383</sup>.

L'obligation de motivation oblige l'auteur de la rupture à faire connaître les raisons, les causes de sa décision. Il s'agit d'une condition de forme de la rupture.

L'obligation de justification oblige l'auteur de la rupture à fonder sa décision sur une cause légitime, définie par la loi ou appréciée par un juge. Il s'agit d'une condition de fond de la rupture.

Ces deux obligations vont souvent de pair. En effet, une obligation de motivation sans obligation de justification présente une utilité limitée. Inversement, l'obligation de justification s'accompagne généralement d'une obligation de motivation afin de faciliter le contrôle de la légitimité de la cause. La motivation est parfois seulement imposée *a posteriori*, lorsque la rupture est contestée en justice.

**642. Abus subjectif et abus objectif.** L'obligation de justification peut être expressément prévue par la loi ou déduite d'un contrôle de l'abus par le juge. A cet égard, il faut distinguer les abus objectifs et subjectifs<sup>2384</sup>.

---

<sup>2379</sup> *Supra* n° 608 s.

<sup>2380</sup> *Supra* n° 614 s.

<sup>2381</sup> *Supra* n° 617 s.

<sup>2382</sup> *Supra* n° 628 s.

<sup>2383</sup> Sur cette distinction : RBII (J.), *L'obligation de motivation en droit des contrats*, Thèse Toulouse, 2009, n° 4 – AYNÈS (L.), *Motivation et justification*, RDC 2004, p. 555 s. – LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004, n° 353 s. – LAGARDE (X.), *La motivation des actes juridiques*, Trav. Ass. H. Capitant, *La motivation*, 2000, p. 73 s., spéc. p. 75 — Certains auteurs n'opèrent pas cette distinction, ainsi Madame Fabre-Magnan confond les deux obligations en entendant l'obligation de motivation comme celle mettant en œuvre la cause comme finalité de l'acte. Elle y intègre ainsi à la fois l'obligation de communiquer les motifs et l'obligation de fonder l'acte sur une cause légitime (FABRE-MAGNAN (M.), *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 301 s., n° 4 s.).

<sup>2384</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, Préf. R. Bout, BDP, t. 337, LGDJ, 2000, n° 8 s. – V. également : REVET (T.), *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie*, RDC 2004, p. 579 s., n° 6 s.

L'abus subjectif réside, non dans le droit lui-même, mais dans les circonstances de son exercice, dans sa mise en œuvre. Il s'agit d'une limite externe au droit. La sanction de cet abus révèle ainsi l'existence d'une faute ayant accompagné l'exercice d'un droit et non d'une faute tenant à l'exercice même de ce droit<sup>2385</sup>. Il ne suppose donc nullement l'existence d'une obligation de justification. Par suite, un abus de droit subjectif peut être caractérisé malgré l'existence d'une cause légitime et, réciproquement, l'absence de cause légitime n'implique et n'exclut pas un abus de droit subjectif.

Au contraire, l'abus objectif trouve sa source dans l'exercice même du droit, il s'agit d'un usage non légitime d'un droit, d'un usage contraire à sa finalité<sup>2386</sup>. La sanction de l'abus objectif révèle un droit borné, comportant une limite interne et fait donc apparaître une obligation d'user du droit pour une cause légitime, un motif légitime, c'est-à-dire une obligation de justification<sup>2387</sup>.

Finalement, une obligation de justification de la rupture existe soit lorsque la loi impose un motif ou une cause légitime de rupture, soit lorsque la jurisprudence procède à un contrôle de l'abus objectif.

**643. Plan.** Des obligations de motivation et justification ne sont pas systématiquement imposées au fournisseur qui rompt une relation de distribution. Il existe des différences de traitement des distributeurs (A) dont il conviendra de rechercher la justification pour savoir si elles caractérisent des inégalités (B).

## **A – Les différences d'exigence d'une justification ou d'une motivation de la rupture par le fournisseur**

**644. Plan.** L'étude du droit positif invite à distinguer les relations de distribution dont la rupture par le fournisseur est soumise à un régime spécial légal ou jurisprudentiel (A) et celles relevant seulement du droit commun des contrats et, le cas échéant, du droit de la concurrence (B)<sup>2388</sup>.

### ***1 – La rupture par le fournisseur des relations de distribution relevant de régimes spéciaux***

**645. Plan.** Il existe deux régimes spéciaux imposant au fournisseur de motiver ou de justifier sa rupture de la relation de distribution : le droit du travail (a) et la théorie du mandat d'intérêt commun (b).

---

<sup>2385</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, op. cit., n° 11 s.

<sup>2386</sup> *Ibid.*, n° 634 s.

<sup>2387</sup> JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Préf. D. Deroussin, 2<sup>e</sup> éd., 1939, Dalloz, réimpr. 2006, n° 296 s., « le critère finaliste tiré du but, de l'esprit des droits, présente, comme on le lui a reproché mais dans une moindre mesure, un caractère abstrait et fugitif qui pourrait soulever de sérieuses difficultés d'application s'il n'était heureusement concrétisé grâce à l'utilisation du motif légitime qui en constitue l'expression sensible et comme la figuration ; ainsi qu'on l'a noté, il faut voir dans ce concept le critère personnel et spécialisé de ce critère universel et encore abstrait qui est donné par la destination sociale des différents droits ; ou, plus exactement encore, on doit le considérer comme l'extériorisation de ce critère abstrait, comme sa représentation nécessaire et infaillible, son mode de révélation pour chaque prérogative et à l'occasion de chaque acte accompli par le titulaire : l'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précipité visible ; nous sommes tenus de mettre nos facultés juridiques au service d'un motif adéquat à leur esprit et à leur mission, sinon, nous ne les exerçons plus à vrai dire, mais nous en abusons ». – Si le critère de la finalité sociale est critiqué (pour une synthèse des critiques : STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, op. cit., n° 538 s.), le raisonnement reste valable : l'abus objectif (fondé sur la finalité du droit) se traduit par l'exigence d'un motif légitime à l'usage d'un droit, il entraîne une obligation de justification.

<sup>2388</sup> Sur l'ensemble de la question : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), op. cit., n° 331 s.

## **a - La rupture par le fournisseur des relations de distribution régies par le droit du travail**

**646. Présentation.** La rupture des relations de distributions relevant du droit du travail, soit parce qu'elles sont fondées sur un contrat de travail de droit commun, soit parce qu'elles entrent dans le champ d'un statut spécial du travail (VRP<sup>2389</sup>, gérants de succursale<sup>2390</sup>, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaires<sup>2391</sup>), sont soumises aux règles de rupture du contrat de travail.

Ces règles s'appliqueront même en l'absence de contrat-cadre, en présence d'un courant d'affaires car le droit du travail, y compris spécial, appréhende ces rapports à travers le contrat de travail<sup>2392</sup>.

**647. Plan.** La rupture de la relation par le fournisseur s'analysera donc nécessairement en une rupture anticipée ou en un non-renouvellement de contrat de travail à durée déterminée (a.1) ou en une résiliation de contrat de travail à durée indéterminée (un licenciement) (a.2)<sup>2393</sup>.

### **a.1 - La rupture par le fournisseur d'une relation fondée sur un contrat à durée déterminée**

**648. Obligation de justification de la rupture anticipée.** La rupture avant terme du contrat à durée déterminée relevant du droit du travail est soumise à une obligation de justification puisqu'elle n'est possible, en principe, que pour trois causes énumérées par la loi : la faute grave, la force majeure et l'inaptitude du salarié médicalement constatée<sup>2394</sup>.

Les clauses résolutoires qui auraient pour effet de priver le juge de son pouvoir d'appréciation de la faute grave ou de prévoir d'autres causes de rupture anticipée devraient être nulles et l'action en résolution judiciaire de l'employeur est irrecevable<sup>2395</sup>.

---

<sup>2389</sup> Pour un exemple d'application du droit du licenciement à un VRP : Soc. 30/05/2000 : n° 97-45920.

<sup>2390</sup> Pour des applications du droit du licenciement aux gérants de succursales : Soc. 05/12/2012 : n° 11-22168 ; B. n° 328 – Soc. 14/10/2009 : n° 08-42792 – Soc. 04/10/1979 : n° 77-41427 ; B. n° 689 – Soc. 11/10/1978 : n° 77-12077 ; B. n° 662 – Soc. 17/06/1982 : n° 80-40719 ; B. n° 404.

<sup>2391</sup> Pour des applications du droit du licenciement aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire : Soc. 27/03/2013 : n° 12-12892 ; B. n° 91, « *il résulte de l'article L. 7322-1 du code du travail que les dispositions de ce code bénéficiant aux salariés s'appliquent en principe aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire ; que les articles L. 1231-1 et suivants du code du travail, relatifs à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, sont par conséquent applicables à ces gérants non salariés* » – Soc. 27/03/2013 : n° 11-26912 – Soc. 28/09/2011 : n° 10-21294 ; B. n° 210 – Soc. 08/12/2009 : n° 08-42090 ; B. n° 278 – Soc. 08/12/2009 : n° 08-43158 – Soc. 14/10/2009 : n° 08-42792 – Soc. 11/03/2009 : n° 07-40813 ; B. n° 79 ; RDT 2009, 373, G. Auzero – Soc. 15/05/2007 : n° 06-40872 – Soc. 10/01/2001 : n° 98-46232 – Soc. 11/06/1992 : n° 89-42667.

<sup>2392</sup> *Supra* n° 76 s. (contrat de travail de droit commun), 222 s. (gérant de succursale), 258 (gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire) et 288 (VRP).

<sup>2393</sup> Afin de ne pas alourdir inutilement les développements, la rupture de la relation lors de la période d'essai ne sera pas abordée. – Sur la question voir, notamment : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2014, n° 516 s. – JOURDAN (D.), *La rupture de la période d'essai*, JCP S 2012, 1339 – TOURNEAU (S.), *L'essai en droit privé*, Préf. C. Radé, BDS, t. 54, LGDJ, 2011 – RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, Préf. J. Hauser, LGDJ, 1997, n° 156 s.

<sup>2394</sup> C. trav. art. L. 1243-1, « *le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail* ». – Pour l'inaptitude, voir également : C. trav. art. L. 1226-20. – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 247 – TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 803 s.

La loi n° 2014-1545 du 20/12/2014 (art. 6) ajouté que lorsque le contrat est conclu pour recruter des ingénieurs ou cadres en vue de la réalisation d'un objet défini répondant de façon adaptée à des nécessités économiques (C. trav. art. L. 1242-2, 6°), « *le contrat à durée déterminée peut, en outre, être rompu par l'une ou l'autre partie, pour un motif réel et sérieux, dix-huit mois après sa conclusion puis à la date anniversaire* » (art. L. 1243-1, al. 2).

<sup>2395</sup> Soc. 04/12/2001 : n° 99-46634 ; B. n° 369, « *l'employeur qui peut rompre le contrat à durée déterminée dans ces conditions [prévues par la loi], n'est pas recevable à demander la résiliation judiciaire d'un tel contrat, en sorte que l'exercice de son action s'analyse en une rupture anticipée de ce contrat* ».

**649. Obligation de motivation de la rupture anticipée.** La rupture anticipée pour faute grave<sup>2396</sup> est analysée comme une sanction et rend ainsi applicable la procédure disciplinaire<sup>2397</sup>. La rupture ne pourra donc survenir sans que le salarié soit informé par écrit des griefs retenus contre lui<sup>2398</sup>.

Dans les deux autres cas de rupture, si la motivation n'est pas expressément exigée par la loi, elle apparaît d'évidence. Elle devra, en tout cas, être apportée en cas de contestation judiciaire. En effet, si la rupture n'entre pas dans une des hypothèses prévues par la loi, elle sera illégale.

**650. Sanctions de la rupture anticipée.** La loi n'envisage pas le maintien forcé du contrat pour la rupture avant terme d'un contrat à durée déterminée. La rupture est donc, en principe, efficace<sup>2399</sup>. Elle ouvre cependant droit au salarié « *à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations [brutes<sup>2400</sup>] qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat* »<sup>2401</sup>. La jurisprudence a précisé qu'il s'agissait d'une « *réparation forfaitaire minimum* » ne pouvant « *subir aucune réduction* »<sup>2402</sup>. Elle peut donc être supérieure au préjudice subi par le salarié, notamment s'il a retrouvé rapidement un travail<sup>2403</sup>.

La rupture anticipée est cependant assez rare. Le plus souvent la relation de distribution fondée sur un contrat à durée déterminée prendra fin par la survenance du terme sans renouvellement.

**651. Principe de non motivation et justification du non-renouvellement.** La loi prévoit que « *le contrat de travail à durée déterminée cesse de plein droit à l'échéance du terme* »<sup>2404</sup>. Le non-renouvellement d'un contrat de distribution à durée déterminée d'un distributeur régi par le droit du travail n'a donc pas, en principe, à être justifié ou motivé.

**652. Exceptions.** Il existe cependant des exceptions.

Tout d'abord, lorsque le contrat comporte une clause de renouvellement, le non-renouvellement au cours des périodes de suspension du contrat consécutivement à un accident du travail ou à une maladie professionnelle doit être justifié par « *un motif réel et sérieux, étranger à l'accident ou à la maladie* »<sup>2405</sup>.

Ensuite, le non-renouvellement du contrat d'un salarié protégé requière une autorisation préalable de

---

<sup>2396</sup> La faute grave est celle rendant impossible toute poursuite des relations contractuelles et donc l'existence d'un préavis (Soc. 19/11/1992 : n° 92-40578 ; B. n° 561 – Soc. 19/03/2003 : n° 01-41904) – L'insuffisance professionnelle ne s'analyse pas en une faute grave (Soc. 14/05/2003 : n° 01-42407) – Sur la question : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 804.

<sup>2397</sup> Soc. 04/06/2008 : n° 07-40126 ; B. n° 121, « *si le contrat de travail à durée déterminée peut être rompu avant son terme par l'employeur en cas de faute grave du salarié, la procédure disciplinaire des alinéas 1 et 2 de l'article L. 122-41 du code du travail, devenus L. 1332-1 et L. 1332-3, doit être respectée* » – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 247.

<sup>2398</sup> C. trav. art. L. 1332-1, « *aucune sanction ne peut être prise à l'encontre du salarié sans que celui-ci soit informé, dans le même temps et par écrit, des griefs retenus contre lui* ».

<sup>2399</sup> Sur les sanctions de la rupture anticipées : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 248. – Sur la question du maintien du contrat : RADÉ (C) et TOURNAUX (S), *Réflexions à partir de l'application de l'article 1142 du Code civil en droit du travail*, RDC 2005, p. 197 s.

<sup>2400</sup> Soc. 07/10/1992 : n° 89-43282.

<sup>2401</sup> C. trav. art. L. 1243-4 – Les articles L. 1243-1 et L. 1243-4 ont été modifiés par la loi n° 2011-525 du 17/05/2011 pour ajouter le cas de l'inaptitude constatée par le médecin du travail. En effet, la Cour de cassation avait jugé que « *si l'inaptitude physique du salarié ne constitue pas un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, une telle inaptitude et l'impossibilité du reclassement de l'intéressé n'ouvrent pas droit au paiement des salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat ni à l'attribution de dommages-intérêts compensant la perte de ceux-ci ; qu'il en résulte que si c'est à tort que l'employeur a rompu le contrat de travail à durée déterminée le liant à sa salariée, celle-ci n'ayant pas droit à une rémunération dès lors qu'elle ne pouvait exercer effectivement ses fonctions ne peut prétendre qu'à l'attribution de dommages-intérêts résultant du préjudice subi* » (Soc. 18/11/2003 : n° 01-44280 ; B. n° 285 ; RDC 2004, 653, P. Stoffel-Munck). – Si le terme est incertain, il convient de considérer la durée prévisible du contrat (Soc. 13/05/1992 : n° 89-40044 – Soc. 13/12/2006 : n° 05-41323 ; B. n° 372).

<sup>2402</sup> Dans ce sens : Soc. 31/03/1993 : n° 89-43708 ; B. n° 103 – Soc. 10/01/2001 : n° 99-40958.

<sup>2403</sup> Dans ce sens : Soc. 23/11/1993, 2 arrêts : n° 90-44694 et 90-44675 – Soc. 02/10/1991 : n° 88-42339.

<sup>2404</sup> C. trav. art. L. 1243-5.

<sup>2405</sup> C. trav. art. L. 1226-19, al. 2, à défaut de motif réel et sérieux, l'employeur « *verse au salarié une indemnité correspondant au préjudice subi, qui ne peut être inférieure au montant des salaires et avantages que le salarié aurait reçus jusqu'au terme de la période de renouvellement prévue au contrat* ».

l'inspecteur du travail<sup>2406</sup>, celui-ci veillant à ce que le non-renouvellement ne soit pas lié à un motif tiré de l'exercice du mandat du salarié. Par ailleurs, L'arrivée du terme du contrat de travail à durée déterminée d'un salarié protégé, même sans clause de renouvellement, n'entraîne sa rupture qu'après constatation par l'inspecteur du travail que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire<sup>2407</sup>.

Enfin, avant que la loi limite les cas de recours aux contrats à durée déterminée, la jurisprudence contrôlait les abus objectifs de non-renouvellement des contrats<sup>2408</sup> si bien qu'une partie de la doctrine avait conclu à une assimilation du licenciement et de la rupture par non-renouvellement d'une relation de travail fondée sur une succession de contrats à durée déterminée<sup>2409</sup>. Une partie de la doctrine soutient encore que le refus de renouvellement en présence d'une clause de renouvellement pourrait être abusif s'il est « *dicté par un motif illégitime* »<sup>2410</sup>. Cependant, l'abus de non-renouvellement n'est plus invoqué en pratique<sup>2411</sup> car depuis 1976<sup>2412</sup> différents mécanismes d'ordre public rendent quasiment impossible l'existence d'une relation de travail fondée sur une succession continue de contrats à durée déterminée.

**653. Restrictions légales à la conclusion et à la succession de contrats à durée déterminée.** En effet, la loi prévoit qu'« *un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* »<sup>2413</sup> et limite le recours à ce type de contrat à l'exécution de tâches précises et temporaires limitativement énumérées, à savoir, pour les hypothèses pouvant fonder une relation de distribution : le remplacement temporaire d'un salarié ou d'un chef d'entreprise et l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise<sup>2414</sup>. Le contrat à durée déterminée conclu n'est alors renouvelable qu'une seule fois<sup>2415</sup> et la durée totale de la relation, renouvellement compris, ne peut excéder, en principe, dix-huit mois<sup>2416</sup>.

La méconnaissance de ces règles entraîne automatiquement la requalification de la relation en contrat à durée indéterminée<sup>2417</sup> et peut s'accompagner de sanctions pénales<sup>2418</sup>.

Par ailleurs, la loi prévoit que « *lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance*

---

<sup>2406</sup> C. trav. art. L. 2412-1 s.

<sup>2407</sup> C. trav. art. L. 2421-8.

<sup>2408</sup> La Cour de cassation a ainsi reconnu de la caractère abusif du non-renouvellement de contrats de travail saisonnier comportant une clause de renouvellement (Soc. 30/05/1958 : B. n° 665 – Soc. 07/07/1976 : n° 75-40374 ; B. n° 452), une priorité de réembauchage (Soc. 29/11/1967 : B. n° 746 ; D. 1968, 164) ou de contrats plusieurs fois renouvelés antérieurement (Soc. 18/07/1961 : JCP 1961.II.12317 – Soc. 03/05/1962 : B. n° 393 ; JCP 1962.II.12743). Ce contrôle de l'abus portait à la fois sur l'abus subjectif (Soc. 18/07/1961 : JCP 1961.II.12317) et sur l'abus objectif, la Cour de cassation constatant l'absence de motif sérieux (Soc. 18/07/1961 : JCP 1961.II.12317 – Soc. 03/05/1962 : B. n° 393 ; JCP 1962.II.12743) et portant une appréciation sur la légitimité du motif du non-renouvellement pour en déduire son caractère abusif (Soc. 07/07/1976 : n° 75-40374 ; B. n° 452).

<sup>2409</sup> CAMERLYNCK (G. H.), *De l'assimilation à un licenciement du non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée*, JCP 1961.I.1655 – Sur l'ensemble de la question voir : LITTY (O.), *op. cit.*, n° 339 s.

<sup>2410</sup> TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 784.

<sup>2411</sup> Sur la question voir : LITTY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 322, LGDJ, 1999, n° 342.

<sup>2412</sup> Loi n° 79-11 du 03/01/1979 relative au contrat à durée déterminée.

<sup>2413</sup> C. trav. art. L. 1242-1.

<sup>2414</sup> C. trav. art. L. 1242-2, 1°, 2°, 4°.

<sup>2415</sup> C. trav. art. L. 1243-13.

<sup>2416</sup> C. trav. art. L. 1242-8 et L. 1243-13, al. 2 – Sur la conclusion, le renouvellement et la succession des contrats à durée déterminée : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 239 s. et 251 s. – TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 750 s. – La loi n° 2014-1545 du 20/12/2014 a ajouté la possibilité de conclure des contrats à durée déterminée pour le recrutement de « *cadres [...] en vue de la réalisation d'un objet défini lorsqu'un accord de branche étendu ou, à défaut, un accord d'entreprise le prévoit et qu'il définit* » notamment « *les nécessités économiques auxquelles ces contrats sont susceptibles d'apporter une réponse* » (C. trav. art. L. 1242-2, 6°). Le contrat doit alors être « *conclu pour une durée minimale de dix-huit mois et une durée maximale de trente-six mois* » et « *ne peut pas être renouvelé* » (art. L. 1242-8-1).

<sup>2417</sup> C. trav. art. L. 1245-1 et L. 1243-13 – Sur la question : BAUGARD (D.), *La sanction de requalification en droit du travail*, Préf. G. Couturier, IRJS éd., 2011.

<sup>2418</sup> C. trav. art. L. 1248-1 s.

du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée »<sup>2419</sup>.

Par conséquent, la rupture d'une relation de distribution de plus de dix-huit mois fondée sur un contrat à durée déterminée ou une succession continue de contrats à durée déterminée s'analysera en une résiliation d'un contrat à durée indéterminée et le terme sera jugé inopposable<sup>2420</sup>.

## **a.2 - La rupture par le fournisseur d'une relation fondée sur un contrat à durée indéterminée**

**654. Présentation.** La résiliation par le fournisseur du contrat à durée indéterminée d'un distributeur régi par le droit du travail s'analyse, en principe, en un licenciement<sup>2421</sup>. S'imposent ainsi des obligations d'ordre public<sup>2422</sup> de motivation préalable<sup>2423</sup> et de justification par une « cause réelle et sérieuse »<sup>2424</sup>. Par ailleurs, l'action en résiliation judiciaire du fournisseur est irrecevable, le licenciement est ainsi sa seule voie de rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée<sup>2425</sup>.

**655. Obligation de motivation.** Que le motif soit économique ou personnel au distributeur, le droit du travail encadre strictement la motivation de la rupture en imposant une procédure permettant notamment une réflexion sur les motifs et leur discussion<sup>2426</sup>. Il est prévu un entretien préalable avec indication des motifs<sup>2427</sup> ou une consultation des représentants<sup>2428</sup>, suivi d'un temps de réflexion obligatoire avant la notification du licenciement, celle-ci devant prendre la forme d'une lettre recommandée avec avis de réception énonçant expressément les motifs<sup>2429</sup>. Il peut également être imposé une information et une intervention de l'autorité administrative<sup>2430</sup>.

**656. Sanction de l'obligation de motivation.** Le non respect de ces règles peut donner lieu au versement d'indemnités qui dépendent du type de licenciement, de la règle méconnue et de la taille de l'entreprise et qui

---

<sup>2419</sup> C. trav. art. L. 1243-11 – Sur la question et notamment sur les interprétations de l'article (requalification en contrat à durée indéterminée ou tacite reconduction du contrat pour une durée indéterminée), voir : LITTY (O.), *op. cit.*, n° 525 s. – NAJM-MAKHLOUF (C.), *Tacite reconduction et volonté des parties*, Préf. H. Lecuyer, BDP, t. 542, LGDJ, 2013, n° 210 s.

<sup>2420</sup> Dans ce sens pour un gérant de succursale : Soc. 05/12/2012 : n° 11-22168 ; B. n° 328, la cour d'appel avait débouté « [des gérants] de leurs demandes d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse » au motif que « le contrat de location-gérance [...] était prévu pour trois ans, jusqu'au 30/06/2005, qu'il n'est donc établi, ni que la relation contractuelle était à durée indéterminée, ni que la volonté d'y mettre fin soit celle de la société Total, qu'ainsi la rupture des relations entre les parties au 30/06/2005 ne saurait être assimilée à la rupture d'un contrat à durée indéterminée ». La Cour de cassation juge, au visa des textes du statut du gérant de succursale, qu'« en statuant ainsi, alors que les clauses du contrat liant le fournisseur à la société chargée de la distribution des produits ne peuvent être opposées au gérant agissant sur le fondement [du statut][...], la cour d'appel a violé les textes susvisés » – Dans ce sens pour un gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire : Soc. 28/09/2011 : n° 10-21294 ; B. n° 210, « constitue un licenciement toute rupture du contrat de gérance à l'initiative de l'entreprise propriétaire de la succursale ».

<sup>2421</sup> Sur le licenciement, voir notamment : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1455 – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 414 s. – FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 642 s. – MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 672 – LOKIEC (P.), *Droit du travail*, t. 1, PUF, 2011, n° 244 s.

<sup>2422</sup> C. trav. art. L. 1231-4.

<sup>2423</sup> Dans tout type de licenciement, les motifs doivent être indiqués par l'employeur (C. trav. art. L. 1232-3, L. 1232-6, L. 1233-12, L. 1233-16 et L. 1233-42).

<sup>2424</sup> Pour le licenciement pour motif personnel : C. trav. art. L. 1232-1 – Pour le licenciement pour motif économique : C. trav. art. L. 1233-2, al. 2 – Sur la question : R. Cass. 2010, p. 235 s.

<sup>2425</sup> Soc. 05/07/2005 : n°03-45058 ; B. n° 232, « l'employeur, qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat ; que l'exercice de l'action s'analyse en une manifestation de sa volonté de rompre le contrat de travail, valant licenciement » – Soc. 13/03/2001 : n° 98-46411 ; B. n° 89 – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 412.

<sup>2426</sup> Sur la question, voir notamment : LAGARDE (X.), *Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement*, DS 1998, p. 890 s.

<sup>2427</sup> C. trav. art. L. 1232-2 s. et L. 1233-12 s.

<sup>2428</sup> C. trav. art. L. 1233-28 s. et L. 1233-38.

<sup>2429</sup> C. trav. art. L. 1232-6, L. 1233-15 s. et L. 1233-39 s.

<sup>2430</sup> C. trav. art. L. 1233-46 s.

peuvent avoir un montant forfaitaire minimal ou maximal<sup>2431</sup>. La réintégration, même provisoire, ne peut être ordonnée pour défaut de motivation<sup>2432</sup>.

Par ailleurs, la Cour de cassation juge de façon constante que l'absence ou l'insuffisance de motivation – l'indication de motifs imprécis ou non matériellement vérifiables – équivaut à un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>2433</sup>. L'exigence de motivation est ainsi traitée comme une règle de fond et non comme une simple règle de forme<sup>2434</sup>. De plus, les motifs mentionnés dans la lettre de licenciement lient le contentieux de la justification, aucun autre motif ne pouvant être invoqué devant le juge pour justifier la rupture<sup>2435</sup>.

**657. Obligation de justification.** En cas de contentieux, le caractère réel et sérieux de la cause invoquée est vérifié par le juge, les causes ne pouvant être déterminées par avance par les parties<sup>2436</sup>. Par ailleurs, la loi précise que « *si un doute subsiste, il profite au salarié* »<sup>2437</sup>.

La notion de cause réelle et sérieuse est cependant assez incertaine surtout depuis que la Cour de cassation est passée d'un contrôle de qualification à un simple contrôle de motivation<sup>2438</sup>.

**Cause réelle.** La cause devrait être réelle lorsqu'elle est objective (repose sur des éléments vérifiables<sup>2439</sup>), existante (correspond à des faits réels) et exacte (constitue la véritable cause du licenciement)<sup>2440</sup>.

**Cause sérieuse.** L'appréciation du caractère sérieux est plus incertaine. Au cours des débats parlementaires, le ministre du Travail a indiqué qu'est sérieuse la cause qui revêt « *une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement* »<sup>2441</sup>. Pour une partie de la doctrine, elle procéderait d'un contrôle de proportionnalité du licenciement à l'intérêt légitime de l'entreprise et à la situation personnelle du salarié<sup>2442</sup>.

<sup>2431</sup> C. trav. art. L. 1235-2 s. et L. 1235-10 s. – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 422 s. et 525 s.

<sup>2432</sup> Dans ce sens : Soc. 29/06/1978 : n° 77-11788 ; B. n° 540 ; JCP 1979.II.19135, B. Teyssié, « *la seule reconnaissance des formalités préalables au licenciement ne peut entraîner obligation de réintégrer* » – V. également : Soc. 09/02/1977 : n° 75-14729 ; B. n° 95 ; D. 1977, 544, A. Jeammaud – Soc. 26/04/1979 : n° 77-15455 ; B. n° 344 – Soc. 04/06/1987 : n° 85-43402 ; B. n° 362 ; D. 1988, 193, A. Mazeaud – En revanche, dans le cas d'une entreprise d'au moins 50 salariés et d'un projet de licenciement économique concernant au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours, le juge peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de ce dernier, si le licenciement est intervenu en l'absence de toute décision administrative, en cas de refus ou d'annulation de la décision pour absence ou insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi (C. trav. art. L. 1235-10 et -11) – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 528 – TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1563.

<sup>2433</sup> AP 27/11/1998, 3 arrêts : n° 97-40423, 96-40199 et 96-44358 ; B. n° 6 et 7, posant en principe « *que l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs de licenciement dans la lettre de licenciement [...] ; qu'à défaut le licenciement est sans cause réelle et sérieuse* » – V. également : Soc. 26/10/1976 : n° 75-40659 ; B. n° 521 – Soc. 17/01/2001 : n° 98-44354 ; B. n° 13 – Soc. 29/06/2011 : n° 10-11365.

<sup>2434</sup> Sur la question : MAZEAUD (A.), *op. cit.*, n° 684 – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 424 – DECOOPMAN (N.), *La motivation du licenciement*, in Mél. N. Decoopman, CEPRISCA, 2014, p. 25 s., p. 27 à 29.

<sup>2435</sup> Soc. 12/02/2014 : n° 12-11554 ; B. n° 49, « *la lettre de licenciement fixe les termes et les limites du litige* » – Soc. 19/10/2005 : n° 03-46847 ; B. n° 294 – Soc. 27/02/2001 : n° 99-40196 ; B. n° 62 – Soc. 10/05/1999 : n° 96-652 ; B. n° 208 – Sur la question : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1479 – MAZEAUD (A.), *op. cit.*, n° 697.

<sup>2436</sup> Soc. 12/02/2014 : n° 12-11554 ; B. n° 49, « *aucune clause du contrat ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera en elle-même une cause de licenciement* » – Soc. 14/11/2000 : n° 98-42371 ; B. n° 367 – V. not. pour des gérants non salariés d'une succursale de commerce de détail alimentaire : Soc. 27/03/2013 : n° 12-12892 ; B. n° 91, « *si le gérant non salarié d'une succursale peut être rendu contractuellement responsable de l'existence d'un déficit d'inventaire en fin de contrat et tenu d'en rembourser le montant, il ne peut être privé, dès l'origine, par une clause du contrat, du bénéfice des règles protectrices relatives à la rupture des relations contractuelles ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel, qui n'était pas liée par la définition donnée par la convention des parties des faits susceptibles d'en entraîner la rupture sans préavis ni indemnité, a apprécié si les faits reprochés aux cogérants constituaient une faute grave ou une cause réelle et sérieuse de licenciement* ».

<sup>2437</sup> C. trav. art. L. 1235-1. – DECOOPMAN (N.), *op. cit.*, p. 29 s.

<sup>2438</sup> Sur cette évolution : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 431 – MAZEAUD (A.), *op. cit.*, n° 693 s. – Sur les types de contrôle : WEBER (J.-F.), *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile*, BICC n° 702, 15/05/2009, p. 6 s., p. 10 s.

<sup>2439</sup> Dans ce sens : Soc. 15/10/2013 : n° 11-18977 ; B. n° 232, « *la lettre de licenciement doit énoncer des motifs précis et matériellement vérifiables* »

<sup>2440</sup> AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 434 s. – V. également : TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1579 s., « *la réalité implique l'objectivité et la précision* » – MAZEAUD (A.), *op. cit.*, n° 692, « *faits objectifs, matériellement vérifiables* ».

<sup>2441</sup> JO déb. AN, 30/05/1973, p. 1699, col. 2. – Sur la notion, voir notamment : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 438 s. – TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1584 s.

<sup>2442</sup> Dans ce sens : MAZEAUD (A.), *op. cit.*, n° 692.

**Motifs relatifs au salarié.** La cause réelle et sérieuse peut résider dans une faute qui n'a pas nécessairement à être grave ou lourde<sup>2443</sup>. Elle peut aussi résider dans un fait non fautif du salarié<sup>2444</sup> : son insuffisance professionnelle<sup>2445</sup>, une inaptitude physique, de mauvaises relations avec les clients, etc.<sup>2446</sup>

Dans tous les cas, il est exigé un motif en rapport avec l'entreprise<sup>2447</sup> qui puisse être objectivement vérifiable et imputable au salarié<sup>2448</sup>. Ainsi, en raison de leur subjectivité, ni la perte de confiance, ni l'insuffisance de résultats ne constituent, en elles-mêmes, des causes de licenciement mais les faits précis et objectivement imputables au salarié à l'origine de la perte de confiance ou démontrant l'insuffisance de résultats peuvent constituer une telle cause<sup>2449</sup>.

Le sérieux de la cause invoquée s'apprécie, en principe, au regard de l'intérêt de l'entreprise à se séparer du salarié en raison des faits invoqués<sup>2450</sup> mais la situation du salarié entre parfois directement en compte : ainsi, en cas d'inaptitude, la cause n'est réelle et sérieuse que si le reclassement<sup>2451</sup> est impossible<sup>2452</sup>.

**Motifs relatifs à l'entreprise.** La cause réelle et sérieuse peut également résider dans un motif économique, c'est-à-dire « *un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* »<sup>2453</sup>. Dans ce cas, le juge vérifiera la réalité et le sérieux à la fois de la suppression, transformation ou modification d'emploi refusée par le salarié<sup>2454</sup> et des difficultés économiques, mutations technologiques ou autres causes économiques avancées (réorganisation de l'entreprise ou cessation d'activité<sup>2455</sup>)<sup>2456</sup>. Il vérifiera également la nécessité de la suppression, transformation ou modification

---

<sup>2443</sup> Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 438.

<sup>2444</sup> La faute doit se rattacher à la vie professionnelle du salarié : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 439.

<sup>2445</sup> V. par ex. : Soc. 22/02/2006 : n° 04-41567 – Sur la question : LOKIEC (P.), *Le licenciement pour insuffisance professionnelle*, DS 2014, p. 38 s.

<sup>2446</sup> Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 439.

<sup>2447</sup> Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 438 – ANTONMATTEI (P.-H.), *Le licenciement pour trouble objectif*, DS 2012, p. 10 s.

<sup>2448</sup> Dans ce sens : Soc. 09/03/1999 : n° 96-44080 ; B. n° 105, « le licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs imputables au salarié ».

<sup>2449</sup> Pour la perte de confiance : Soc. 29/05/2001 : n° 98-46341 ; B. n° 183, « la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs ; que seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur » – Soc. 13/01/2004 : n° 01-47178 ; B. n° 4 – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 435 – TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1582.

Pour l'insuffisance de résultats : Soc. 22/02/2006 : n° 04-41567, « si l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement, la cour d'appel qui a fait ressortir, d'une part le caractère réaliste des objectifs fixés par l'employeur, d'autre part, que la non réalisation de ces objectifs était imputable au salarié » a légalement justifié sa décision jugeant le licenciement justifié par une cause réelle et sérieuse. – Sur la question : PASQUIER (I.), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 272 s.

<sup>2450</sup> FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 52, LGDJ, 2010, n° 246 s.

<sup>2451</sup> C. trav. art. L. 1226-2 s. – Sur l'obligation de reclassement : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 471 s.

<sup>2452</sup> Soc. 30/11/2010 : n° 09-66687 ; B. n° 271 ; DS 2010, 215, F. Favennec-Hery, « il [...] appartient [à l'employeur] d'établir qu'il ne dispose d'aucun autre poste compatible avec l'inaptitude du salarié ainsi que de faire connaître par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement avant de procéder au licenciement » – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 334.

<sup>2453</sup> C. trav. art. L. 1233-3. – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 457 s. – TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1591 s. – DALMASSO (R.), *Les ruptures pour motif économique en débat permanent (1973-2013)*, in Mél. N. Decoopman, CEPRISCA, 2014, p. 35 s. – LOKIEC (P.), *Les licenciements boursiers*, DS 2011, p. 1229 s.

<sup>2454</sup> Soc. 05/04/1995, 2 arrêts : n° 93-42690 et 93-43866 ; B. n° 123 ; DS 1995, 482, P. Waquet et 489, G. Lyon-Caen ; D. 1995, 503, M. Keller.

<sup>2455</sup> Dans ce sens : Soc. 01/02/2011 : n° 10-30045 ; B. n° 42 – Soc. 16/01/2001 : n° 98-44647 ; B. n° 10 – V. également : Soc. 22/09/2011 : n° 10-16172 ; RDT 2012, 37, A. Fabre.

<sup>2456</sup> Une loi avait proposé d'exiger que la réorganisation soit « indispensable à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise » (loi n° 2002-73 du 17/01/2002, art. 107) mais a été censurée par le Conseil constitutionnel (CC 12/01/2002 : n° 2001-455 DC, pt 43 s.).



d'emploi au regard de la cause économique invoquée<sup>2457</sup> et celle du licenciement du salarié au regard de cette suppression, transformation ou modification d'emploi, c'est-à-dire l'impossibilité de le reclasser<sup>2458</sup>.

**658. Sanction de l'obligation de justification.** En principe, l'absence de justification ne remet pas en cause l'efficacité de la rupture puisque le maintien du contrat ne peut être imposé à l'employeur<sup>2459</sup>, sauf dans des cas très spécifiques de nullité du licenciement<sup>2460</sup>.

Si le salarié n'est pas réintégré, l'absence de justification lui ouvre droit à une indemnité au moins égale aux salaires des six derniers mois<sup>2461</sup> ou, si l'entreprise emploie habituellement moins de onze salariés ou que le salarié a moins de deux ans d'ancienneté, à une indemnité correspondant au préjudice subi, sans minimum légal<sup>2462</sup>.

L'existence d'un minimum souligne l'aspect comminatoire de cette indemnisation<sup>2463</sup>, une partie de la doctrine lui attribue donc un caractère hybride d'indemnité réparatrice du préjudice subi et de pénalité civile visant à dissuader l'employeur de rompre sans cause réelle et sérieuse<sup>2464</sup>.

Le préjudice réparé par l'indemnité n'est pas précisé et la Cour de cassation a abandonné son appréciation aux juges du fond<sup>2465</sup>. Il ne s'agit pas, en principe, d'un préjudice lié aux conditions de la rupture puisqu'une indemnité distincte peut être accordée pour abus subjectif, par exemple en cas de licenciement vexatoire<sup>2466</sup>. L'indemnité est également cumulable avec l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité de

---

<sup>2457</sup> En particulier, si le licenciement a pour motif la réorganisation de l'entreprise, cette réorganisation doit être justifiée par des difficultés économiques, des mutations technologiques ou la sauvegarde de la compétitivité de l'activité considérée (Soc. 07/04/1998 : n° 95-41672 ; B. n° 203). Le juge doit ainsi apprécier « l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise » (Soc. 04/07/2006 : n° 04-46261 ; RDT 2006, 241, P. Waquet) <sup>2457</sup> et la nécessité de la réorganisation de l'activité concernée pour sauvegarder cette compétitivité (Soc. 05/10/1999 : n° 98-41384 ; B. n° 366). – Sur la question, voir notamment : PASQUIER (I.), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 277 – FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 52, LGDJ, 2010, n° 328 s. – BOUBLI (B.) et LOKIEC (P.), *Quel contrôle judiciaire de la compétitivité de l'entreprise ?*, RDT 2008, p. 218 s.

<sup>2458</sup> C. trav. art. L. 1233-4, « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient » – Sur la question : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1602 s. – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 471 s. – FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 52, LGDJ, 2010, n° 283 s.

<sup>2459</sup> C. trav. art. L. 1235-3 – Soc. 29/06/1978 : n° 77-11788 ; B. n° 540 ; JCP 1979.II.19135, B. Teyssie, « la réintégration [...] peut être proposée et non imposée » – V. également : Soc. 07/12/1978 : n° 77-15940 ; B. n° 842 – Soc. 01/04/1981 : n° 80-10028 ; B. n° 297 – Soc. 01/06/1983 : n° 80-41611 ; B. n° 298. – TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1616. – Sur la question du maintien du contrat : RADÉ (C.) et TOURNAUX (S.), *Réflexions à partir de l'application de l'article 1142 du Code civil en droit du travail*, RDC 2005, p. 197 s.

<sup>2460</sup> La loi prévoit la nullité de certains licenciements : licenciement discriminatoire, licenciement d'un salarié protégé sans autorisation, etc. La Cour de cassation a également admis des cas de nullité non prévus par les textes, en particulier pour les licenciements portant atteinte à une liberté fondamentale du salarié (Soc. 31/03/2004 : n° 01-46960 et 01-46961 ; B. n° 101 – Soc. 28/03/2006 : n° 04-41016 ; B. n° 126 – Soc. 28/01/2009 : n° 07-44556 ; B. n° 24). – Sur la question : MAZEAUD (A.), *op. cit.*, n° 709 s. – AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), *op. cit.*, 2014, n° 445 s. – GAURIAU (B.), *Variations sur la nullité du licenciement*, DS 2014, p. 44 s.

<sup>2461</sup> C. trav. art. L. 1235-3, l'« indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois » – La Cour de cassation a précisé qu'il s'agissait de la rémunération brute (Soc. 22/06/1993 : n° 91-43560 ; B. n° 175 – Soc. 29/10/2002 : n° 00-46414 – Soc. 13/07/2004 : n° 03-43780 ; B. n° 207) et que l'indemnité ne pouvait être réduite (Soc. 30/06/1982 : n° 80-41135).

<sup>2462</sup> C. trav. art. L. 1235-5, dans ce cas « le salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi ». La Cour de cassation « a unifié l'appréciation en niant toute autonomie à l'expression de licenciement "abusif" qui se trouve donc absorbée dans la notion de cause réelle et sérieuse » (RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, Préf. J. Hauser, BDP, t. 282, LGDJ, 1997, n° 43). Ainsi, le caractère abusif est déduit de la seule absence de cause réelle et sérieuse (Soc. 26/05/1982 : n° 80-40982 ; B. n° 348 – Soc. 25/09/1991 : n° 88-41251 ; B. n° 380 – Soc. 09/03/1993 : n° 91-44452 ; B. n° 83).

<sup>2463</sup> Dans ce sens : RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, Préf. J. Hauser, t. 282, LGDJ, 1997, n° 33 s.

<sup>2464</sup> Dans ce sens : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 444 – MAZEAUD (A.), *op. cit.*, n° 707 – TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1620.

<sup>2465</sup> Soc. 13/03/2001 : n° 98-46244 ; B. n° 85, « dès lors qu'il résulte des constatations de l'arrêt que l'indemnité est au moins égale à celle prévue par [...] le Code du travail, son montant, souverainement apprécié par les juges du fond, ne peut être discuté devant la Cour de Cassation ».

<sup>2466</sup> Soc. 12/03/1987 : n° 84-41002 ; B. n° 147, « la cour d'appel a retenu que les circonstances de la rupture avaient été vexatoires en raison de la brutalité du licenciement et de l'animosité de la nouvelle direction à l'égard du salarié ; qu'ayant ainsi caractérisé le comportement fautif de l'employeur, pour constater que ce comportement avait causé au salarié un préjudice distinct de celui résultant du licenciement, elle en a déduit à bon droit que celui-ci pouvait prétendre à des dommages-intérêts se cumulant avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse » – V. également : Soc. 07/03/1991 : n° 89-41352 ; B. n° 73 – Soc. 24/10/1991 : n° 90-42668 – Soc. 27/01/2000 : n° 97-45732 – Soc. 10/01/2001 : n° 98-45569 – Soc. 28/10/2002 : n° 00-44548 – Soc. 07/06/2006 : n° 04-40912.

licenciement<sup>2467</sup>. Une partie de la doctrine estime ainsi qu'elle correspond au préjudice résultant de la perte de l'emploi<sup>2468</sup> et qu'il pourrait, par exemple, être tenu compte d'une période de chômage prolongée<sup>2469</sup>. Si tel était effectivement le cas, le préjudice devrait correspondre à la perte de chance de continuer à percevoir la rémunération, ce qui est très difficile à évaluer.

**659. Conclusion.** Finalement, il apparaît que, sauf dans des hypothèses particulières limitativement énumérées par la loi, les relations de distribution relevant du droit du travail sont considérées comme fondées sur des contrats à durée indéterminée dont la rupture par le fournisseur suppose impérativement une motivation et une justification par une cause réelle et sérieuse.

Un régime s'en rapprochant existe hors du droit du travail pour les relations de distribution fondées sur un mandat d'intérêt commun.

### **b - La rupture par le fournisseur des relations de distribution fondées sur un mandat d'intérêt commun**

**660. Agents généraux d'assurance.** Les statuts IARD et VIE des agents généraux d'assurance prévoient de façon impérative que ceux-ci peuvent être révoqués par la compagnie d'assurance « *en cas d'incapacité notoire, d'insuffisance dans la production ou la gestion et, plus généralement de faute professionnelle d'une gravité justifiant la révocation* »<sup>2470</sup>. Il existe ainsi une obligation de justification dont le régime se rapproche très fortement de celui du contrat de travail<sup>2471</sup>.

Cette obligation n'a pas été reprise par le statut de 1996<sup>2472</sup> mais comme elle découlait de la théorie du mandat d'intérêt commun<sup>2473</sup>, elle devrait être applicable à l'agent relevant de ce statut<sup>2474</sup>.

**661. Plan.** En effet, la théorie du mandat d'intérêt commun introduit une obligation de justification à la rupture unilatérale (b.1) des relations de distribution fondées sur un mandat (b.2).

#### **b.1 - Le régime du mandat d'intérêt commun**

**662. Obligation de justification de la rupture anticipée ou de la résiliation.** La Cour de cassation juge de façon constante que « *lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou même de la majorité des parties intéressées, mais seulement de leur consentement mutuel, ou pour une cause légitime reconnue en justice, ou enfin suivant les* »

---

<sup>2467</sup> *Infra* n° 758.

<sup>2468</sup> Dans ce sens : LYON-CAEN (G.) et BONNETETE (M.-C.), *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973*, DS 1973, p. 493 s., p. 507 – MAZEAUD (A.), *op. cit.*, n° 707, « *elle répare l'intégralité du préjudice subi par la perte injustifiée de l'emploi* »

<sup>2469</sup> Dans ce sens : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 1620

<sup>2470</sup> Statut IARD, art. 19 – Statut VIE, art. 16.

<sup>2471</sup> Sur la question : BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *L'intermédiation d'assurance*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009, n° 616 s., exposant des motifs propres à l'agent (n° 618) ou à la société d'assurance (n° 619 s.) et raisonnant souvent à partir des règles du droit du travail.

<sup>2472</sup> Le statut de 1996 a abandonné la question aux organisations professionnelles qui ont conclu une convention qui prévoit que « *le mandat de l'agent général est durée indéterminée jusqu'à l'âge de la retraite à convenir entre les parties* » et que « *l'accord entre chaque entreprise d'assurances et le syndicat professionnel des agents généraux prévoira les conditions dans lesquelles pourront intervenir le réaménagement ou la révocation du mandat* » (Convention de 1996, II, D). – Sur ces statuts : *supra* n° 202.

<sup>2473</sup> Dans ce sens, pour des agents généraux soumis au statut IARD : Civ.1 27/11/2013 : n° 12-24651, publié au Bulletin – Civ. 1 01/07/1986 : n° 85-11356 ; B. n° 186.

<sup>2474</sup> Semblant admettre la qualification de mandat d'intérêt commun du traité de nomination d'un agent général d'assurance soumis au statut de 1996 : Civ. 1 02/10/2013 : n° 12-22846, B. n° 195 – Civ. 1 10/04/2013 : n° 12-15710.

*clauses et conditions spécifiées par le contrat* »<sup>2475</sup>. Il existe ainsi, en principe, une obligation de justification de la révocation du mandataire d'intérêt commun, c'est-à-dire de la résiliation du mandat d'intérêt commun à durée indéterminée ou de la rupture anticipée de celui à durée déterminée.

En revanche, l'obligation ne s'applique pas à l'extinction du mandat d'intérêt commun par survenance du terme<sup>2476</sup> et, n'étant pas d'ordre public, elle peut être écartée ou aménagée par une stipulation des parties<sup>2477</sup>. La renonciation à l'indemnité doit cependant être expresse, elle ne se présume pas<sup>2478</sup>.

**663. Obligation de motivation.** La révocation non motivée d'un mandat d'intérêt commun n'est pas, en elle-même, fautive. Cependant, si elle n'est pas requise *a priori*, la motivation devra nécessairement intervenir *a posteriori* en cas de contestation judiciaire de la rupture. En effet, à défaut de cause légitime prouvée par le mandant, la rupture est, en principe, injustifiée<sup>2479</sup>. Néanmoins, les règles du mandat d'intérêt commun n'étant pas d'ordre public, le contrat peut faire peser la charge de la preuve du motif légitime sur le mandataire et donc dispenser le mandant de toute motivation<sup>2480</sup>.

**664. Causes légitimes de rupture.** Les causes légitimes de rupture du mandat d'intérêt commun par le mandant doivent résider dans des motifs relatifs à son entreprise ou au mandataire.

**Causes relatives au mandataire.** Une faute dans l'exécution du mandat peut ainsi constituer une cause légitime de révocation du mandataire : la représentation non autorisée d'un concurrent<sup>2481</sup>, la négligence dans la reddition de comptes<sup>2482</sup>, le manquement à l'obligation de loyauté par des propos portant atteinte à la réputation et à l'image du mandant<sup>2483</sup>, etc. Des faits non fautifs peuvent également justifier la

---

<sup>2475</sup> Civ. 13/05/1885 : DP 1885.I.351 ; S. 1887.I.220 – Civ. 11/02/1891 : S. 1891.I.121 – V. également : Civ. 1 01/07/1986 : n° 85-11356 ; B. n° 186, « si, selon [l'article 2004 du Code civil][...], le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, il ne peut le faire sans cause légitime et sans s'assurer du consentement du mandataire lorsqu'il est lié à celui-ci par un mandat d'intérêt commun » – Civ. 1 07/06/1989 : n° 87-15973 ; B. n° 229 – Com. 06/07/1993 : n° 91-15469 ; B. n° 287 ; CCC 1993, 206, L. Leveneur – Com. 20/05/2008 : n° 07-13488 ; CCC 2008, 176, N. Mathey – Com. 21/06/2011 : n° 10-17587 – Com. 21/06/2011 : n° 10-18577 ; CCC 2011, 190, N. Mathey ; RDC 2012, 139, C. Grimaldi, *a contrario* – Sur le mandat d'intérêt commun, voir notamment : PIMBERT (A.), *Le mandat d'intérêt commun*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 189 s. – PIGACHE (C.), *Le mandat d'intérêt commun*, thèse Paris 5, 1991 – GHESTIN (J.), *Le mandat d'intérêt commun*, in Mél. J. Derruppé, Litec 1991, p. 105 s.

<sup>2476</sup> Dans ce sens : Com. 29/10/2002 : n° 99-18796 – V. également : Com. 15/01/2008 : n° 06-14698 ; B. n° 4 – Sur la question : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 965 – VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986, n° 289.

<sup>2477</sup> Dans ce sens : Com. 03/07/2001 : n° 98-16691 ; B. n° 131 ; JCP 2002.I.134, n° 10 s., G. Virassamy ; D. 2001, 2826, E. Chevrier et 3254, P. Delebecque ; RTD civ. 2002, 150, B. Bouloc – Com. 05/12/1989 : n° 88-12431 ; B. n° 304, licéité d'une clause de dénonciation anticipée dans un mandat d'intérêt commun à durée déterminée. – Civ. 1 7/06/1989 : n° 87-15973 ; B. n° 229 – Com. 19/01/1976 : n° 74-13885 ; B. n° 20 ; JCP 1977.II.18630, J.-J. Hanine, « la clause de résiliation avec préavis et sans indemnité était valable dans le cadre général du mandat d'intérêt commun liant les parties » – Com. 11/12/1973 : n° 72-12948 ; B. n° 358, « la clause concernant la faculté de résiliation réciproque sans indemnité [...] était licite dans le cadre d'un mandat d'intérêt commun » – Com. 09/04/1973 : n° 72-10550 ; B. n° 153, clause ayant « subordonné le droit à indemnité à la présentation d'un successeur, quelle qu'ait été la cause de la rupture, dès lors que celle-ci n'était pas le fait reprehensible du mandataire » – Com. 10/02/1970 : n° 68-12864 ; B. n° 47, « la faculté de résiliation conventionnelle suffisait à rendre en l'espèce légitime la rupture intervenue » – Com. 19/07/1965 : B. n° 456 – Civ. 11/02/1891 : S. 1891.I.121 – Civ. 13/05/1885 : DP 1885.I.351 ; S. 1887.I.220 – Sur la question : GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, n° 361 – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 361.

<sup>2478</sup> Dans ce sens : Com. 06/07/1993 : n° 91-15469 ; B. n° 287 ; CCC 1993, 206, L. Leveneur – Com. 03/06/1997 : n° 95-12402 ; B. n° 171 – V. également : Com. 26/05/2009 : n° 08-13839, « la qualification de mandat d'intérêt commun n'est pas subordonnée [...] à l'absence de prévision d'une clause de résiliation du contrat ».

<sup>2479</sup> Par exemple : Com. 24/11/2009 : n° 08-19596 ; JCP E 2010, 1444, P. Grignon ; CCC 2010, 203, N. Mathey. – Sur la question : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 557 – LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, Rep. civ. Dalloz, 2011, maj. 2012, n° 421 – NAJJAR (I.), *Mandat et irrévocabilité*, D. 2003, p. 708 s.

<sup>2480</sup> Dans ce sens : COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 673.

<sup>2481</sup> Dans ce sens : Com. 16/03/1993 : n° 91-11194 ; B. n° 109 ; D. 1994, 224, Y. Picod ; CCC 1993, 106, L. Leveneur.

<sup>2482</sup> V. par ex. : Aix-en-Provence 07/03/2006 : JurisData n° 2006-306072 ; JCP 2006.II.10187, D. Mouralis, « à l'évidence, la faute du mandataire est susceptible de constituer une cause légitime de révocation du mandat d'intérêt commun. Or cette faute peut résulter de sa négligence notamment lorsqu'il s'abstient de renseigner le mandant sur le résultat de ses diligences ».

<sup>2483</sup> Dans ce sens : Civ. 1 27/11/2013 : n° 12-24651 ; à paraître au Bulletin, « si l'exercice de la liberté d'expression ne constitue pas une faute professionnelle justifiant la révocation d'un agent général d'assurances, c'est sous réserve que cet exercice n'excède pas les limites du droit de critique admissible en regard du devoir de loyauté découlant du mandat d'intérêt commun qui le lie à l'entreprise d'assurances ».

rupture : une insuffisance de résultats même si aucun rendement minimal n'est prévu au contrat<sup>2484</sup>, un refus non motivé du mandataire d'adopter un nouveau système informatique nécessaire à une meilleure gestion favorisant l'expansion de l'entreprise du mandant<sup>2485</sup>, etc.

Dans tous les cas, la cause paraît devoir être tirée d'éléments objectifs en rapport avec l'entreprise du mandant. Elle ne peut résider dans une simple perte de confiance non étayée par des éléments précis et objectifs puisque la théorie du mandat d'intérêt commun remet justement en cause le principe de révocation du mandataire à la discrétion du mandant<sup>2486</sup>.

**Causes relatives à l'entreprise du mandant.** La cause légitime peut encore résider dans des circonstances totalement indépendantes du mandataire mais relatives à l'entreprise du mandant : la nécessité de réorganiser l'entreprise<sup>2487</sup>, une « révolution » du secteur caractérisée par l'apparition de centrales d'achat obligeant à changer de politique industrielle et commerciale<sup>2488</sup>, la nécessaire adaptation des méthodes de prospection à l'évolution des pratiques commerciales<sup>2489</sup>, l'arrêt de la fabrication des produits distribués<sup>2490</sup> ou encore la disparition de la marge du mandant sur les produits distribués<sup>2491</sup>.

Ces causes doivent cependant présenter un caractère de nécessité. Ainsi, la réorganisation de l'entreprise n'est pas une cause légitime si le mandant ne fait état d'aucun « déficit de son entreprise », que la cession du département concerné n'a qu'un « caractère spéculatif », ne révèle pas une « véritable réorganisation »<sup>2492</sup>, a pour « seul but de se soustraire au paiement de commissions »<sup>2493</sup> ou de réaliser des économies sur la rémunération du mandataire<sup>2494</sup>.

**665. Sanction de l'obligation de justification.** La révocation d'un mandat d'intérêt commun sans cause légitime est efficace<sup>2495</sup> mais ouvre au mandataire un droit à indemnisation.

Le préjudice indemnisable n'a pas été clairement précisé. Il devrait s'agir de la perte, pour l'avenir, des bénéfices tirés de l'exécution du mandat<sup>2496</sup>. Lorsque le mandat est à durée déterminée, cette perte devrait s'apprécier jusqu'au terme convenu<sup>2497</sup> et lorsqu'il est à durée indéterminée, en fonction du temps nécessaire pour trouver un nouveau mandant et reconstituer une activité équivalente<sup>2498</sup>. Une partie de la doctrine

---

<sup>2484</sup> Civ. 1 17/01/2008 : n° 05-16557, « insuffisance dans la production justifiant la révocation » caractérisée par l'« ancienneté et chronicité du caractère déficitaire du chiffre d'affaires et des résultats commerciaux et techniques du portefeuille d'assurances [...] nettement inférieurs à la moyenne des agents de la direction régionale de la compagnie d'assurances et figurant parmi les préoccupations essentielles de celle-ci » – Civ. 1 17/03/1987 : n° 85-11570 ; B. n° 94 – Com. 06/01/1975 : n° 73-13046 ; B. n° 1.

<sup>2485</sup> Com. 21/06/2011 : n° 10-17587.

<sup>2486</sup> *Infra* n° 701 s.

<sup>2487</sup> V. par ex. : Com. 28/05/1963 : B. n° 259 – Com. 11/07/1963 : B. n° 376 – Com. 08/10/1969 : B. n° 283 ; D. 1970, 143, J. Lambert ; RTD com. 1970, 473, n° 12, J. Hémar ; JCP 1970.II.16339, J. Hémar.

<sup>2488</sup> Com. 21/11/1966 : B. n° 444.

<sup>2489</sup> Com. 13/11/1969 : B. n° 335.

<sup>2490</sup> Com. 28/06/1967 : B. n° 267 ; RTD com. 1968, 111, n° 4, J. Hémar.

<sup>2491</sup> Com. 14/03/1995 : n° 93-13845 ; B. n° 83.

<sup>2492</sup> Com. 04/05/1965 : n° 62-13154 ; B. n° 288.

<sup>2493</sup> Civ. 1 21/06/1988 : n° 86-15818 ; B. n° 199.

<sup>2494</sup> Com. 08/10/1969 : B. n° 284 ; D. 1970, 143, J. Lambert ; RTD com. 1970, 473, n° 12, J. Hémar – Sur la question : BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n° 965 – GHESTIN (J.), *op. cit.*, n° 4.

<sup>2495</sup> Civ. 1 02/10/2001 : n° 99-15938 ; B. n° 239 ; JCP 2002.II.10094, Y. Dagorne-Labbe ; JCP E 2002, 621, E. Treppoz ; RTD civ. 2002, 118, P.-Y. Gautier ; CCC 2002, 3, L. Leveneur, « l'absence de cause légitime ne privait pas d'effet la révocation du mandat d'intérêt commun » – Sur la question : PIMBERT (A.), *op. cit.*, p. 201 s. – NAJJAR (I.), *Mandat et irrévocabilité*, D. 2003, p. 708 s.

<sup>2496</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 183, l'indemnité « répare le préjudice consécutif à la perte du droit de prospecter une clientèle et d'en tirer bénéfice en percevant des commissions ».

<sup>2497</sup> Dans ce sens : Com. 26/10/1982 : n° 81-11914 ; B. n° 324 – MATHEY (N.), *L'évaluation du préjudice en cas de rupture d'un contrat de distribution*, CCC 2010, 4 – PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, Préf. P.-Y. Gautier, LGDJ, BDP, t. 491, 2007, n° 276.

<sup>2498</sup> Dans ce sens : PINNA (A.), *op. cit.*, n° 278.

expose que la jurisprudence accorde généralement deux années de commission<sup>2499</sup>.

Ce régime prévoyant une obligation de justification a cependant un champ d'application très restreint.

## **b.2 - Le champ d'application du régime du mandat d'intérêt commun**

**666. Hors des mandats de distribution.** La Cour de cassation juge de façon constante que le régime du mandat d'intérêt commun (l'obligation de justification de la rupture) ne s'applique pas aux courtiers<sup>2500</sup>, aux commissionnaires<sup>2501</sup> et plus généralement à toute personne n'ayant pas la qualité de mandataire<sup>2502</sup>. Décevant ceux qui nourrissaient des espoirs dans les termes de « *contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties* » utilisés par la loi *Doubin* pour viser le contrat de franchise<sup>2503</sup>, la Cour a continué à juger que le régime du mandat d'intérêt commun était inapplicable aux concessionnaires<sup>2504</sup> et, plus généralement, à l'ensemble des revendeurs en affirmant très clairement que « *l'intérêt commun à l'essor de deux entreprises non liées par un contrat de mandat est sans incidence sur les conditions de l'arrêt de leur collaboration* »<sup>2505</sup>. Seules les relations de distribution fondées sur un mandat peuvent donc en bénéficier.

---

<sup>2499</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 183.

<sup>2500</sup> Com. 03/01/1967 : B. n° 4 – Com. 23/06/2009 : n° 08-15701.

<sup>2501</sup> Dans ce sens : Com. 27/06/1978 : n° 76-13791 ; B. n° 182 ; RTD com. 1979, 316, J. Hémard, « *l'arrêt relève que la commune intention des parties était de réaliser un contrat de commission prévoyant que la société des Etablissements Gouin vendait et facturait en son nom, pour le compte de la société Veuve Laurent-Perrier, les vins de Champagne de cette société ; que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si le contrat de commission n'avait pas été conclu dans l'intérêt commun des parties, dès lors qu'elle avait retenu, à bon droit, qu'en la cause les règles spéciales du mandat d'intérêt commun n'étaient pas applicables* » – Com. 10/02/1970 : n° 68-10363 ; B. n° 49, « *en appliquant ainsi en la cause les règles spéciales au mandat d'intérêt commun, alors que, en vertu du texte susvisé [définissant le contrat de commission], les articles 1984 et suivants du code civil ne s'appliquant qu'à celui qui, à l'égard de la clientèle, agit au nom du commettant, et non pas en son propre nom, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». – V. également : Com. 30/11/2004 : n° 02-18478 – Sur la question : GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 286 s. – DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 45, Litec, 2000, n° 805 s. – LATI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, n° 569 s. – HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris 2, 1973, n° II-231.

<sup>2502</sup> Dans ce sens : Com. 21/06/2011 : n° 10-18577 ; CCC 2011, 190, N. Mathey ; RDC 2012, 139, C. Grimaldi, « *ayant constaté que les stipulations du contrat qui n'étaient contredites par aucun élément de fait, refusaient à la société l'Univers du téléphone tout pouvoir de conclure un contrat au nom et pour le compte de la société SFR, la cour d'appel en a exactement déduit que la société l'Univers du téléphone qui, n'étant pas investie d'un pouvoir de représentation, était un simple intermédiaire entre l'abonné et la société SFR sans avoir la qualité de mandataire, ne pouvait revendiquer un mandat d'intérêt commun* » – Com. 30/11/2004 : n° 02-18478 – La Cour de cassation refuse même son application aux agents de publicité dont le contrat comporte pourtant un mandat (Com. 12/12/1967 : B. n° 411 ; JCP 1968.II.15534, J. Hémard ; RTD com. 1968, 753, n° 13, J. Hémard – Com. 10/06/1969 : B. n° 218 – HOUIN (B.), *op. cit.*, n° II-239). En raison d'un arrêt rendu en 1993, une partie de la doctrine a cru que cette jurisprudence avait été abandonnée, la Cour de cassation ayant appliqué les règles du mandat d'intérêt commun à un diffuseur de presse dont le contrat s'analyse généralement en une commission (Com. 02/03/1993 : n° 90-18403 ; B. n° 90 ; JCP 1993.II.22176, M. Béhar-Touchais ; D. 1994, 48, T. Aubert-Monpeyssen). Dans cet arrêt, la cour retient cependant la qualification de mandat d'intérêt commun et non de commission d'intérêt commun. Monsieur Ghestin a démontré que la qualification de mandat s'était imposée à la Cour pour des raisons propres à l'espèce, les parties n'ayant pas contesté cette qualification dans leur pourvoi (GHESTIN (J.), *Les diffuseurs de presse bénéficient-ils du régime du mandat d'intérêt commun ?*, D. 1994, chron. p. 73 s.). – Sur cet arrêt : DUMONT (M.-P.), *op. cit.*, n° 813 s. – Des arrêts ultérieurs ont aussi retenu cette qualification mais la Cour de cassation y retient d'abord la qualification de mandat d'intérêt commun de la convention pour en déduire ensuite qu'il s'agit d'un mandat (Com. 29/02/2000 : n° 97-15935 ; B. n° 44 ; D. 2000, AJ 165, J. Faddoul ; JCP 2000.II.10355, E. Cadou ; JCP E 2000, 1287, E. Cadou ; JCP E 2001, 323, P. Grignon ; CCC 2000, 93, L. Leveneur – Com. 20/02/2007 : n° 05-18444 ; B. n° 57 ; D. 2007, 867, X. Delpech ; CCC 2007, 124, M. Malaurie-Vignal et 145, L. Leveneur ; RLDA 2008, n° 1490, M. Bourdeau). Il y a là un « *abus de qualification* » (LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Préf. M. Pédamon, BDE, t. 57, Litec, 2002., n° 163), une qualification « *à rebours* » (GRIGNON (P.), note ss Com. 24/11/2009, JCP E 2010, 1444 – V. également : PIMBERT (A.), *op. cit.*, p. 196) démontrant que la Cour de cassation réserve l'intérêt commun au mandat.

<sup>2503</sup> *Supra* n° 509.

<sup>2504</sup> Com. 07/10/1997 : n° 95-14158 ; B. n° 252 ; RTD civ. 1998, 130, P.-Y. Gautier ; RTD civ. 1998, 370, J. Mestre ; D. 1998, 413, C. Jamin et 333, D. Ferrier ; JCP 1998.II.10085, J.-P. Chazal ; CCC 1998, 20, L. Leveneur – Com. 17/05/1976 : n° 74-12587 ; B. n° 166 – Com. 26/06/1972 : n° 71-10591 ; B. n° 205 – Com. 27/10/1970 : n° 69-12583 ; JCP 1971.II.16689, P. L. ; RTD com. 1971, 420, n° 7, J. Hémard – Com. 13/05/1970 : n° 69-10934 ; B. n° 161 ; JCP 1971.II.16891, A. Sayag ; D. 1970, 701, J. Guyenot ; RTD com. 1971, 159, n° 6, J. Hémard – Com. 12/02/1968 : B. n° 68.

<sup>2505</sup> Com. 08/01/2002 : n° 98-13142 ; B. n° 1 ; CCC 2002, 78, M. Malaurie-Vignal ; D. 2002, 567, E. Chevrier et 3009, D. Ferrier ; D&P 06/2002, 105, P. Chauvel ; RTD civ. 2002, 323, P.-Y. Gautier – V. également : Com. 30/11/2004 : n° 02-18478, « *ayant retenu [...] que la société Emile Martinez vendait pour son propre compte, et [...] qu'il n'était pas établi que cette société avait l'exclusivité de la vente desdits agrumes, et qu'elle était payée directement par ses clients à un prix qu'elle fixait elle-même en fonction du marché et sur lequel était calculée sa rémunération, la cour d'appel en a exactement déduit, peu important que le prix des marchandises ne soit fixé et payé au fournisseur qu'après leur revente, que cette situation était en l'espèce exclusive d'un intérêt à l'essor d'une entreprise commune par création et développement de la clientèle* ».

**667. Dans les mandats de distribution.** La théorie du mandat d'intérêt commun, telle que conçue par la jurisprudence est une modification du droit commun du mandat<sup>2506</sup>. Ainsi, tout mandat pouvant être qualifié d'intérêt commun est soumis au régime de droit commun du mandat tel que modifié par l'intérêt commun, sous réserve d'un aménagement conventionnel ou légal. En raison des statuts spéciaux légaux ou réglementaires intervenus, la doctrine présente souvent ce régime comme résiduel<sup>2507</sup>.

**Mandats soumis au droit du travail.** En effet, la révocation des mandats de distribution soumis au droit du travail (VRP, gérants de succursales, gérants non salariés de succursales de commerce de détail alimentaire) est régie par le droit d'ordre public du licenciement qui impose une cause réelle et sérieuse<sup>2508</sup> et se substitue donc naturellement au régime du mandat d'intérêt commun qui a le même objet (imposer une cause légitime de rupture) et qui n'est pas, de surcroît, d'ordre public<sup>2509</sup>.

**Mandats non soumis au droit du travail.** La question de l'application du régime du mandat d'intérêt commun se pose, en revanche, pour le gérant-mandataire du Code de commerce<sup>2510</sup>, pour l'agent commercial<sup>2511</sup> et pour l'agent général d'assurance soumis au statut de 1996. En effet, le droit commun du mandat – incluant donc le régime du mandat d'intérêt commun – s'applique, en principe, à ces distributeurs sous réserve des dispositions contraires de leur statut<sup>2512</sup>. Or, les statuts du gérant-mandataire et de l'agence commerciale n'envisagent pas la justification de la révocation<sup>2513</sup>, ils se limitent à prévoir une indemnité due indépendamment de cause de la révocation, sauf faute grave<sup>2514</sup>. Le statut de 1996 de l'agent général d'assurance se limite également à prévoir une indemnité due dans tous les cas de révocation<sup>2515</sup>.

Le régime de l'intérêt commun n'étant pas incompatible avec ces règles, il pourrait s'appliquer et offrirait alors au mandataire révoqué, en plus de l'indemnité statutaire de fin de relation et d'une éventuelle indemnisation d'un abus subjectif de rupture (indemnité de préavis ou indemnité réparant un autre abus dans les circonstances de la rupture), une indemnisation spécifique pour absence de cause légitime. Un tel régime existe en droit du travail puisque l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse est cumulable avec l'indemnité de préavis, l'indemnité de licenciement et une indemnisation pour un préjudice distinct lié aux circonstances de la rupture (licenciement vexatoire)<sup>2516</sup>.

**Pour les agents commerciaux,** la loi prévoit expressément que les contrats qu'ils passent avec « leurs

---

<sup>2506</sup> Dans ce sens : Com. 27/06/1978 : n° 76-13791 ; B. n° 182 ; RTD com. 1979, 316, J. Hémard, faisant référence aux « règles spéciales du mandat d'intérêt commun » non applicables si le contrat n'est pas un mandat – Com. 10/02/1970 : n° 68-10363 ; B. n° 49, conditionnant l'application des « règles spéciales au mandat d'intérêt commun » à celle des « articles 1984 et suivant du code civil ».

<sup>2507</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1033 s. – GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 362 – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 362.

<sup>2508</sup> *Supra* n° 654 s.

<sup>2509</sup> Il est rappelé que le régime supplétif de l'intérêt commun n'est pas applicable à un mandat à durée déterminée, le terme manifestant la volonté des parties de l'écarter (*supra* n° 662).

<sup>2510</sup> S'il est effectivement un mandataire. Sur la possibilité du gérant-mandataire d'être seulement un commissionnaire : *supra* n° 178.

<sup>2511</sup> Il est légalement un mandataire : *supra* n° 176 et 186.

<sup>2512</sup> *Supra* n° 186 s. (agent commercial) et 209 s. (gérant-mandataire du Code de commerce).

<sup>2513</sup> Pour le gérant mandataire, l'article L. 146-4 du Code de commerce prévoit néanmoins que « le contrat liant le mandant et le gérant-mandataire peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties ». Cette disposition rappelle la liberté des parties s'agissant de l'aménagement contractuel de la rupture mais n'exclut nullement l'application des règles du droit commun du mandat et du mandat d'intérêt commun lorsque les parties n'ont rien prévu. Le régime du mandat d'intérêt commun est supplétif de volonté (*supra* n° 662).

<sup>2514</sup> Pour l'agent commercial : C. com. art. L. 134-3 et L. 134-12 – Pour le gérant mandataire : C. com. art. L. 146-4.

<sup>2515</sup> *Infra* n° 774.

<sup>2516</sup> *Supra* n° 658 et 758.

mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties »<sup>2517</sup> et répute non écrite toute clause ou convention contraire<sup>2518</sup>. Le régime du mandat d'intérêt commun pourrait donc s'appliquer de façon impérative. La question n'est quasiment jamais posée en jurisprudence<sup>2519</sup> et intéresse peu la doctrine<sup>2520</sup>. L'indemnité de fin de relation semble ainsi avoir absorbé l'indemnité pour rupture sans cause légitime<sup>2521</sup>.

**Pour les gérants-mandataires du Code de commerce**, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer et la question intéresse peu la doctrine<sup>2522</sup>. Si les parties n'ont pas exclu le régime du mandat d'intérêt commun, il pourrait s'appliquer, le contrat remplissant les conditions de cette qualification<sup>2523</sup>. Il est cependant possible que l'indemnité légale absorbe l'indemnité pour révocation sans cause légitime.

**Pour l'agent général d'assurance relevant du statut de 1996**, l'applicabilité du régime du mandat d'intérêt commun semblant admise par la jurisprudence<sup>2524</sup> mais on ignore si, comme pour les statuts VIE et IARD<sup>2525</sup>, une indemnité distincte de l'indemnité de fin de relation pourra être octroyée en cas d'absence de cause légitime de rupture. La question dépendra aussi des conditions prévues par les conventions passées par les entreprises d'assurance et le syndicat professionnel des agents généraux<sup>2526</sup>.

## CONCLUSION

**668. Proximité des régimes du mandat d'intérêt commun et du contrat de travail.** Finalement, il apparaît une certaine proximité du régime de rupture du mandat d'intérêt commun et de celui du contrat de travail : la rupture de la relation par non-renouvellement du contrat n'a pas à être justifiée mais sa rupture par résiliation doit l'être par un motif personnel au distributeur ou un motif économique relatif à l'entreprise du fournisseur, qui doit être réel (exact, objectif et à l'origine de la rupture) et sérieux (en rapport avec l'entreprise du fournisseur et présentant un certain caractère de nécessité). Dans le cas contraire, la rupture est efficace mais donne lieu à une indemnisation. De plus, si à la différence du droit du travail, une obligation

---

<sup>2517</sup> C. com. art. L. 134-4, al. 1, l'article ne concerne cependant pas la rupture du contrat mais son exécution, les alinéas suivants prévoyant respectivement que « les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information » et que « l'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel ; le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ». Au contraire, l'article 3 du statut de 1958 (décret n° 58-1345 du 23/12/1958) indiquait dans un premier alinéa que « les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties » et dans l'alinéa suivant que « leur résiliation par le mandant, si elle n'est pas justifiée par une faute du mandataire, ouvre droit au profit de ce dernier à une indemnité compensatrice du préjudice subi » – Une partie de la doctrine s'appuie cependant sur l'article L. 134-4 du Code de commerce pour soutenir que tout contrat d'agent commercial est un mandat d'intérêt commun : DISSAUX (N.), *Agent commercial*, JCl. Com., fasc. 324, 2012, maj. 2014, n° 8.

<sup>2518</sup> C. com. art. L. 134-16, « est réputée non écrite toute clause ou convention contraire aux dispositions des articles L. 134-2 et L. 134-4 ».

<sup>2519</sup> Pour un des rares arrêts abordant la question : Agen 15/02/2012 : JurisData n° 2012-030844, jugeant que « la cessation du contrat d'agent commercial n'exigeant aucun motif, l'absence de reproches à l'égard de [l'agent] est indifférente » – Sous l'empire du décret n° 58-1345 du 23/12/1958 qui ne prévoyait d'indemnité qu'en cas de résiliation du contrat, la jurisprudence jugeait parfois abusif « le refus de renouvellement du contrat [...] dépourvu de motif » (Com. 27/10/1998 : n° 96-11012 ; B. n° 256 – pour d'autres exemples : *infra* note n° 2563) mais il ne s'agissait pas d'une application du régime du mandat d'intérêt commun puisque la stipulation d'un terme l'écarte.

<sup>2520</sup> V. cependant : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1046, se limitant à affirmer que « si l'intermédiaire bénéficie du statut de l'agence (C. com. art. L. 134-1 et s.), il n'a aucun intérêt à invoquer la théorie du mandat d'intérêt commun ».

<sup>2521</sup> En doctrine, l'indemnité de fin de relation est parfois conçue comme pouvant être une alternative à l'obligation de motivation. Madame Fabre-Magnan l'envisage (« on pourrait être tenté de renoncer à demander au contractant de motiver sa décision, mais en lui imposant en échange d'en assumer financièrement les conséquences dommageables pour l'autre partie ») mais rejette l'idée au motif qu'elle conduirait à monnayer le droit de résilier un contrat de façon dommageable (FABRE-MAGNAN (M.), *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, p. 573 s., p. 575).

<sup>2522</sup> V. cependant : AUQUE (F.), *L'apparition de nouveaux modes d'exploitation du fonds de commerce*, GP 2009.I.1792, p. 1797, envisageant le régime de l'intérêt commun pour le gérant-mandataire.

<sup>2523</sup> *Infra* n° 706 s.

<sup>2524</sup> *Supra* note n° 2474.

<sup>2525</sup> Sur la question : BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 623.

<sup>2526</sup> Sur cette spécificité du statut de 1996 : *supra* n° 202.

de motivation n'est pas imposée *a priori* pour le mandat d'intérêt commun, la motivation devra intervenir *a posteriori* en cas de contestation judiciaire de la rupture, l'absence de motivation équivalant sinon à une absence de justification.

**669. Différences.** Au-delà de cette proximité, des différences importantes existent.

Premièrement, le régime du mandat d'intérêt commun n'est pas d'ordre public à la différence des règles du licenciement et de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée.

Deuxièmement, la rupture anticipée d'un mandat d'intérêt commun à durée déterminée est soumise aux mêmes règles que la résiliation d'un mandat d'intérêt commun à durée indéterminée, elle peut ainsi être justifiée par une cause autre qu'une faute grave, un cas de force majeure ou une inaptitude médicalement constatée, ce qui n'est pas le cas en droit du travail.

Troisièmement, le régime du mandat d'intérêt commun ne prévoit aucune obligation de motivation préalable et donc aucune sanction spécifique en l'absence d'une telle motivation alors que le droit du travail prévoit une véritable procédure de motivation préalable et y associe des sanctions pécuniaires.

Quatrièmement, le droit du travail, lorsque la relation compte deux ans d'ancienneté et que l'entreprise de l'employeur emploie habituellement plus de onze salariés, prévoit, en cas d'absence de justification (cause non réelle ou non sérieuse), des dommages et intérêts d'un montant minimum égal aux rémunérations des six derniers mois alors que l'indemnisation du mandataire révoqué sans cause légitime n'a pas de minimum.

Malgré ces différences, demeure un principe d'exigence d'une justification de la rupture qui ne se retrouve pas pour les autres relations de distribution.

## ***2 – La rupture par le fournisseur des relations de distribution ne relevant pas d'un régime spécial***

**670. Présentation et plan.** De nombreuses relations de distribution (concession, franchise, distribution sélective, contrats de bière, location-gérance, commission, commission-affiliation, courtage, etc.) ne sont soumises à aucun régime spécial imposant des obligations de motivation ou justification. Elles relèvent du droit commun des contrats (a) et du droit de la concurrence (b).

### **a - La rupture unilatérale régie par le droit commun des contrats**

**671. Plan.** La rupture unilatérale d'une relation de distribution entre dans le champ du droit commun des contrats lorsqu'elle est fondée sur un contrat<sup>2527</sup>. Il sera distingué selon que la rupture s'analyse en une rupture anticipée (a.1), un non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée (a.2) ou en une résiliation d'un contrat à durée indéterminée (a.3).

---

<sup>2527</sup> Il s'agit souvent d'un contrat-cadre lorsque le distributeur exerce une activité de revente. – Sur la notion : GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, Préf. M. Béhar-Touchais, BDP, t. 273, 1996 – SAYAG (A.) (dir.), *Le contrat-cadre. 1-Exploration comparative*, Litec, 1994 – SAYAG (A.) (dir.), *Le contrat-cadre. 2-La distribution*, Litec, 1995.



## a.1 - La rupture anticipée par le fournisseur d'un contrat à durée déterminée

**672. Obligation de justification.** En fixant un terme à la relation de distribution, les parties s'engagent à exécuter le contrat jusqu'à sa survenance. Toute rupture unilatérale anticipée est donc fautive<sup>2528</sup> sauf inexécution ou mauvaise exécution par le cocontractant<sup>2529</sup> ou cas de force majeure<sup>2530</sup>.

Par suite, sauf clause contraire, la rupture suppose, en principe, une demande en résolution judiciaire<sup>2531</sup>. Le juge appréciera alors la réalité et la gravité du manquement invoquée<sup>2532</sup> ou l'existence et l'incidence du cas de force majeure invoqué. Il existe ainsi une obligation de justification.

Si les parties ont stipulé une clause résolutoire, le juge sera privé de son pouvoir d'appréciation sur la légitimité de la cause de rupture<sup>2533</sup> mais appréciera néanmoins sa réalité dans le cadre du contrôle de la mise en œuvre de bonne foi de la clause<sup>2534</sup>. Une obligation de justification de la rupture existe donc mais la légitimité de la cause est tirée de la volonté initiale des parties.

Par ailleurs, la Cour de cassation a admis que, pour tout contrat, y compris à durée déterminée<sup>2535</sup> et indépendamment des éventuelles formalités<sup>2536</sup> ou clauses résolutoires<sup>2537</sup> stipulées, « la gravité du comportement d'une partie [...] peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »<sup>2538</sup>. Dans cette hypothèse, le juge saisi devra vérifier l'existence et la gravité du comportement du

<sup>2528</sup> Com. 09/07/1996 : n° 94-15875.

<sup>2529</sup> Pour un exemple de rupture anticipée fautive d'un contrat de franchise à durée déterminée : Com. 29/11/2011 : n° 10-26280, « ayant retenu que le franchiseur avait mis fin au contrat le liant à la société La Monégasque, uniquement en raison des activités de son gérant comme président de l'association de défense des professionnels du lavage automobile franchisés et que le motif de la rupture, tiré du non-respect de l'obligation de non concurrence, avait été artificiellement invoqué pour tenter de donner une apparence de validité à une résiliation qui avait pour objectif d'écarter M. X... de cette association, la cour d'appel en a exactement déduit [...] que la rupture anticipée du contrat présentait un caractère abusif ».

<sup>2530</sup> C. civ. art. 1148. – Sur la question de la rupture anticipée des contrats à durée déterminée : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 453 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n° 892 – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 481-1 – CORGAS-BERNARD (C.), *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Préf. C. Jamin, PUAM, 2006 – DELEBECQUE (P.), *Le droit de rompre unilatéralement : genèse et nature*, D&P/05/2004, p. 56 s. – AYNÈS (L.), *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives*, D&P/05/2004, p. 64 s. – STOFFEL-MUNCK (P.), *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale*, D&P/05/2004, p. 70 s. – AMRANI-MEKKI (S.), *La résiliation des contrats à durée déterminée*, Defr. 2003, p. 369 s. – SIMLER (P.), *L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, JCP 1971.I.2413.

<sup>2531</sup> C. civ. art. 1184.

<sup>2532</sup> Dans ce sens : Civ. 1 15/07/1999 : n° 97-16001 ; B. n° 245, rappelant le « pouvoir souverain reconnu aux juges du fond pour décider si les manquements imputés à un contractant sont d'une gravité suffisante pour justifier la résolution du contrat » – Civ. 3 22/03/1983 : n° 81-13508 ; B. n° 84 – Com. 27/05/1981 : n° 80-10696 ; B. n° 252 – Civ. 14/04/1891 : DP 1891.I.329, M. Planiol.

<sup>2533</sup> Dans ce sens : Com. 10/07/2012 : n° 11-20060 ; B. n° 150 – MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 529 – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 664.

<sup>2534</sup> Dans ce sens : Civ. 3 10/11/2010 : n° 09-15937 ; B. n° 199 ; D. 2010, 2769, Y. Rouquet ; D. 2011, 472, B. Fauvarque-Cosson ; JCP 2011, 63, P. Grosser ; Defr. 2011, 486, L. Ruet.

<sup>2535</sup> Civ. 1 20/02/2001 : n° 99-15170 ; B. n° 40 ; D. 2001, 1568, C. Jamin et 3239, D. Mazeaud ; Defr. 2001, 705, E. Savaux ; RTD civ. 2001, 363, J. Mestre et B. Fages – Civ. 1 28/10/2003 : n° 01-03662 ; B. n° 211 ; JCP 2004.II.10108, C. Lachière ; Defr. 2004, 378, R. Libchaber, et 381, J.-L. Aubert ; CCC 2004, 4, L. Leveneur ; D&P/01/2004, 89, P. Chauvel ; RTD civ. 2004, 89, J. Mestre et B. Fages ; RDC 2004, 273, L. Aynès, et 277, D. Mazeaud – V. également : Civ. 3 01/12/2010 : n° 09-16516 ; B. n° 211 ; Defr. 2011, 814, J.-B. Seube – Com. 23/09/2008 : n° 07-10025 ; RTD civ. 2009, 320, B. Fages.

<sup>2536</sup> Com. 10/02/2009 : n° 08-12415 ; CCC 2009, 123, L. Leveneur ; RDC 2010, 44, T. Génicon ; RTD civ. 2009, 318, B. Fages.

<sup>2537</sup> Com. 03/05/2012 : n° 11-17779 ; B. n° 86 ; D. 2012, 1719, A. Etienne de Sainte-Marie ; D. 2013, 391, S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD civ. 2012, 527, B. Fages ; JCP 2012, 901, A. Hontebeyrie – V. également : Com. 04/02/2004 : n° 99-21480 ; JCP 2004.I.149, n° 15 s., J. Rochfeld ; RTD civ. 2004, 731, J. Mestre et B. Fages.

<sup>2538</sup> La Cour fait également parfois référence au « manquement grave » : Civ. 3 01/12/2010 : n° 09-16516 ; B. n° 211 ; Defr. 2011, 814, J.-B. Seube – Com. 23/09/2008 : n° 07-10025 ; RTD civ. 2009, 320, B. Fages – Civ. 1 13/03/2007 : n° 06-10229 ; JCP 2007.I.161, n° 12, P. Grosser – Civ. 1 28/02/2008 : n° 07-11824 – Com. 04/02/2004 : n° 99-21480 ; JCP 2004.I.149, n° 15 s., J. Rochfeld ; RTD civ. 2004, 731, J. Mestre et B. Fages – Sur la question : PELLE (S.), *La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail*, D. 2011, p. 1230 s. – MAZEAUD (D.), *L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution*, RDC 2010, p. 1076 s.

contractant justifiant la rupture unilatérale<sup>2539</sup>. Il existe ainsi une obligation de justification.

Par conséquent, toute rupture avant terme d'un contrat à durée déterminée doit nécessairement être justifiée par un manquement suffisamment grave contrôlé par le juge ou par un manquement stipulé par les parties dont le juge appréciera la réalité.

**673. Obligation de motivation.** En cas de résolution judiciaire, l'auteur de la rupture, en tant que demandeur à une action en justice, aura la charge de prouver l'inexécution ou la mauvaise exécution fondant sa prétention de résolution<sup>2540</sup>. Il existe donc une obligation de motivation préalable.

En cas de rupture justifiée par la gravité du comportement du cocontractant, sa contestation en justice obligera l'auteur de la rupture, s'il ne l'a pas motivée, à établir le comportement du cocontractant et sa gravité justifiant la rupture unilatérale<sup>2541</sup>. Il existe ainsi une obligation de motivation *a posteriori*.

En cas de mise en œuvre d'une clause résolutoire, sauf clause non équivoque de dispense, le fournisseur est tenu d'adresser une mise en demeure préalable<sup>2542</sup> qui devra ainsi viser la mauvaise exécution justifiant son acquisition. Il existe donc une obligation de motivation *a priori*.

En cas de mise en œuvre d'une clause résolutoire avec dispense de préavis et dans l'hypothèse d'école où la rupture n'aurait pas été motivée en visant la clause résolutoire, une contestation judiciaire obligera le fournisseur à motiver sa rupture en établissant le manquement visé par la clause résolutoire. Il existe donc une obligation de motivation *a posteriori*.

Dans tous les cas, la non motivation, qu'elle soit *a priori* ou *a posteriori*, équivaut à une non-justification.

**674. Sanction.** Reste à savoir la sanction encourue pour cette non-justification.

**Incertitude sur le maintien forcé du contrat.** Une partie de la doctrine soutient que la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée étant illégale, l'acte de rupture devrait, en principe, être frappé de nullité<sup>2543</sup>. Cependant, si la Cour de cassation a admis que le juge des référés puisse ordonner à titre

---

<sup>2539</sup> V. par ex. : Com. 18/06/2013 : n° 12-19510 ; PA 18/10/2013, 6, A. Albarian – Civ. 1 28/10/2003 : n° 01-03662 ; B. n° 211 ; JCP 2004.II.10108, C. Lachière; Defr. 2004, 378, R. Libchaber, et 381, J.-L. Aubert; CCC 2004, 4, L. Leveneur; D&P/01/2004, 89, P. Chauvel ; RTD civ. 2004, 89, J. Mestre et B. Fages ; RDC 2004, 273, L. Aynès, et 277, D. Mazeaud – Civ. 1 20/02/2001 : n° 99-15170 ; B. n° 40 ; D. 2001, 1568, C. Jamin et 3239, D. Mazeaud ; Defr. 2001, 705, E. Savaux ; RTD civ. 2001, 363, J. Mestre et B. Fages – Civ. 1 13/10/1998 : n° 96-21485 ; B. n° 300 ; D. 1999, 115, P. Delebecque et 197, C. Jamin ; JCP 1999.II.10133, N. Rzepecki ; Defr. 1999, 374, D. Mazeaud ; RTD civ. 1999, 394, J. Mestre et 506, Y. Raynard.

<sup>2540</sup> Les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions (CPC art. 6) et la demande en justice doit en exposer les motifs de droit et de fait (CPC art. 54 et 56, 2° pour l'assignation, art. 57 pour la requête conjointe, art. 842 pour la présentation volontaire des parties, art. 843 pour la déclaration au greffe, CPC art. 855 et 860 pour le tribunal de commerce).

<sup>2541</sup> La partie contestant la rupture pourra se contenter de relever qu'elle concerne un contrat à durée déterminée et viole ainsi l'article 1134 du Code civil.

<sup>2542</sup> Civ. 1 03/02/2004 : n° 01-02020 ; B. n° 27 ; JCP 2004.II.10149, E. Treppoz ; CCC 2004, 55, L. Leveneur, « *sauf dispense expresse et non équivoque, une telle clause ne pouvait être acquise au créancier sans la délivrance préalable [...] d'une mise en demeure restée sans effet* » – V. également : Com. 21/01/2003 : n° 01-10441.

<sup>2543</sup> Dans ce sens : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *op. cit.*, n° 892 – COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *op. cit.*, n° 706 s. – MESTRE (J.), *Rupture abusive et maintien du contrat*, RDC 2005, p. 99 s. – LE BLAN-DELANNOY (V.), *Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ?*, PA 24/01/2005, p. 6 s. – STOFFEL-MUNK (P.), *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale*, D&P/05/2004, p. 76 s. – MARAIS (A.), *Le maintien forcé du contrat par le juge*, PA 02/10/2002, p. 7 s. – HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H Muir Watt, PUAM, 2001, n° 1081 – PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1996, n° 267 s. – Comp. : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 453, « *le créancier pourra prétendre à la réparation du préjudice subi, mais non à l'exécution du contrat ou à sa valeur ; toutefois, notamment en matière de contrat de travail, l'auteur de la rupture peut, semble-t-il être condamné au maintien du contrat* » – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 481, « *lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, les contractants sont en principe tenus de l'exécution jusqu'au terme prévu sans pouvoir le résilier unilatéralement. Au cas où l'un des contractants cesserait d'exécuter ses obligations, il engagerait sa responsabilité et pourrait éventuellement être contraint à leur exécution forcée* ».

provisoire la reprise de la relation<sup>2544</sup>, sa position sur le maintien forcée ordonné au fond n'est pas claire<sup>2545</sup> et les demandes sont rares en pratique<sup>2546</sup>.

**Incertitude sur la réparation par équivalent.** Une incertitude existe également sur le montant de la réparation par équivalent pouvant être octroyée. Doit-elle correspondre aux gains que le contrat aurait procurés s'il avait été exécuté jusqu'à son terme ou seulement au préjudice subi ?<sup>2547</sup>. Pour une partie de la doctrine, il faudrait distinguer selon que le contrat aurait pu ou non être poursuivi jusqu'à son terme<sup>2548</sup>.

## a.2 - Le non-renouvellement par le fournisseur d'un contrat-cadre à durée déterminée

**675. Principe.** Pour la Cour de cassation, « le non-renouvellement d'un contrat de [distribution] venu à expiration est un droit pour le [fournisseur] »<sup>2549</sup>, il « a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, [...] [et] n'est [donc] pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé »<sup>2550</sup>. Elle rappelle ainsi régulièrement que le fournisseur n'a pas à justifier sa décision de non-renouvellement<sup>2551</sup> et, *a fortiori*, à la motiver<sup>2552</sup>.

**676. Fondement.** En effet, malgré la terminologie trompeuse utilisée par la jurisprudence, le non-renouvellement n'est pas conçu comme un droit mais comme une liberté individuelle<sup>2553</sup>, celle de toute

---

<sup>2544</sup> Dans ce sens : Civ. 1 29/05/2001 : n° 99-12478 ; RTD civ. 2001, 590, J. Mestre et B. Fages – Civ. 1 7/11/2000 : n° 99-18576 ; B. n° 286 ; Defr. 2001, 437, E. Savaux ; JCP 2001.I.303, J. Kullmann ; RTD civ. 2001, 135 J. Mestre et B. Fages ; RTD civ. 2002, 137, J. Normand ; CCC 2001, 19, L. Leveneur ; D. 2001, 256, C. Jamin et M. Billiau – Com. 21/03/1984 : n° 82-12347 ; B. n° 115 – Sur la question : BOURGEON (C.), *Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien*, RDC 2005, p. 109 s. – AMRANI-MEKKI (S.), *La résiliation des contrats à durée déterminée*, Defr. 2003, p. 369 s. – MELIN-SOUCRAMANIEN (B.), *Le juge des référés et le contrat*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2000.

<sup>2545</sup> Com. 22/10/1996 : n° 94-15140 ; B. n° 260 ; D. 1997, 173, R. Libchaber et 286, P. Jourdain ; RTD civ. 1997, 123, J. Mestre et 439, P. Jourdain, une cour d'appel ne pouvait condamner au paiement du prix une partie ayant rompu de façon anticipée un contrat à durée déterminée mais devait fixer un montant de dommages et intérêts. – *Contra* : Com. 18/11/2008 : n° 07-20304 ; RDC 2009, 484, D. Mazeaud, faute de preuve d'un manquement justifiant la rupture unilatérale, « le protocole signé entre les parties n'était pas devenu caduc ; qu'il en résultait nécessairement que la lettre de notification de sa caducité ne pouvait faire échec à la reconduction tacite du contrat ».

<sup>2546</sup> BOURGEON (C.), *Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien*, RDC 2005, p. 112 s., évoquant différentes raisons et, en particulier, qu'après une rupture, les parties ne souhaitent plus continuer leur relation mais essentiellement en régler les conséquences financières.

<sup>2547</sup> A propos d'un contrat d'agence commerciale à durée déterminée, la Cour de cassation a jugé en 2001 que le distributeur avait le « droit à une indemnité réparatrice du préjudice subi par la rupture anticipée du contrat égale à la somme qu'il aurait perçue si le contrat avait été mené jusqu'à son terme » (Com. 16/10/2001 : n° 99-10271). Mais, en 2003, à propos d'un contrat de travail à durée déterminée rompu par l'employeur pour inaptitude constatée par le médecin du travail, cause de rupture anticipée non prévue par la loi à l'époque et donc illégale (*supra* note n° 2401), elle a jugé que le salarié n'avait « pas droit au paiement des salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat ni à l'attribution de dommages-intérêts compensant la perte de ceux-ci » mais « dès lors qu'[il] ne pouvait exercer effectivement ses fonctions ne [pouvait] prétendre qu'à l'attribution de dommages-intérêts résultant du préjudice subi » (Soc. 18/11/2003 : n° 01-44280 ; B. n° 285 ; RDC 2004, 653, P. Stoffel-Munck). Dans cet dernier arrêt, la victime de la rupture anticipée se trouvait dans l'impossibilité d'exécuter sa part du contrat.

<sup>2548</sup> Proposant cette distinction pour l'exécution forcée : STOFFEL-MUNCK (P.), *Le contrôle a posteriori...*, *op. cit.*, p. 76 s.

<sup>2549</sup> Com. 06/06/2001 : n° 99-10768 – V. également : Civ. 1 6/06/1990 : n° 88-18675 – Lorsque le refus de vente entre professionnels était prohibé (*infra* n° 685), la Cour de cassation avait même précisé que l'opposition du fournisseur à la conclusion d'un nouveau contrat de concession n'était pas constitutif d'un tel refus (Com. 10/06/1986 : n° 84-17404 ; B. n° 123).

<sup>2550</sup> Com. 07/04/1998 : n° 96-13219 ; B. n° 126 ; RTD com. 1999, 79, J. Mestre.

<sup>2551</sup> Dans ce sens : Com. 04/06/2002 : n° 99-13052 – Com. 25/04/2001 : n° 98-22199 ; D. 2001, 3237, D. Mazeaud ; RTD civ. 2002, 99, J. Mestre et B. Fages – Com. 04/01/1994 : n° 91-18170 ; B. n° 13 ; D. 1995, 355, G. Virassamy ; RTD civ. 1994, 352, J. Mestre ; JCP 1994.I.3757, n° 10, C. Jamin – Com. 09/06/1992 : n° 90-17101 ; CCC 1992, 223, L. Leveneur – Com. 06/01/1987 : B. n° 7 ; RTD com. 1988, 122, B. Bouloc – Com. 10/06/1986 : n° 84-17404 ; B. n° 123 – Com. 09/01/1985 : n° 83-15272 ; B. n° 22 – Com. 30/11/1982 : n° 81-13397 ; B. n° 392 – Com. 03/12/1980 : n° 77-15918 ; B. n° 410 – Com. 04/06/1980 : n° 78-14745 ; B. n° 240 – Com. 17/04/1980 : n° 78-14618 ; B. n° 152.

<sup>2552</sup> Dans ce sens : Com. 03/07/2001 : n° 99-11390 ; CDE 3/2002, 33, D. Mainguy ; RTD civ. 2002, 293, J. Mestre et B. Fages – Com. 25/04/2001 : n° 98-22199 ; *op. cit.* – Com. 04/01/1994 : n° 91-18170 ; B. n° 13 ; D. 1995, 355, G. Virassamy ; RTD civ. 1994, 352, J. Mestre ; JCP 1994.I.3757, n° 10, C. Jamin – Com. 09/01/1985 : n° 83-15272 ; B. n° 22 – Com. 30/11/1982 : n° 81-13397 ; B. n° 392 – Com. 04/06/1980 : n° 78-14745 ; B. n° 240 – Com. 17/04/1980 : n° 78-14618 ; B. n° 152 – V. également : Civ. 1 06/05/2010 : n° 09-66969 ; B. n° 101.

<sup>2553</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 122.

personne de ne pas conclure un contrat<sup>2554</sup>. Or, comme le note Monsieur Stoffel-Munck, « *la liberté est une puissance protégée d'agir qui, n'étant pas restreinte à la poursuite de finalités déterminées, peut, au contraire être valablement exercée pour la poursuite d'objectifs quelconques* », elle est discrétionnaire<sup>2555</sup>.

**677. Absence de contrôle de l'abus objectif.** Par suite, même si la Cour de cassation admet l'engagement de la responsabilité du fournisseur en cas d'abus dans l'exercice de ce « *droit* »<sup>2556</sup>, le contrôle porte uniquement sur l'abus subjectif (le comportement du contractant ayant accompagné le non-renouvellement<sup>2557</sup>) et non sur l'abus objectif (les causes ou la finalité de la décision).

Un abus subjectif peut, par exemple, être caractérisé lorsque le fournisseur incite le distributeur à réaliser des investissements ou approuve des investissements qu'il réalise en laissant espérer le renouvellement du contrat<sup>2558</sup>. Ce n'est pas le non-renouvellement qui est alors sanctionné mais la faute de l'avoir laisser croire.

La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir jugé que « *l'examen des motifs de rupture invoqués [...] était inutile* » car « *ceux-ci, fussent-ils fallacieux ou non sérieux, ne pouvaient constituer un abus* »<sup>2559</sup>. Elle a encore jugé que « *la proposition de nouvelles conditions contractuelles, fussent-elles inacceptables pour l'ancien [distributeur], ne peut à elle seule constituer un [...] abus* »<sup>2560</sup>. Par suite, le fournisseur peut parfaitement refuser de renouveler le contrat de distribution pour installer un distributeur concurrent sur le secteur de son ancien partenaire<sup>2561</sup> ou pour faire un exemple visant à dissuader les autres membres du réseau de se livrer à certaines pratiques commerciales<sup>2562</sup>. L'abus ne peut résider dans les motifs ou les causes du non-renouvellement d'un contrat de distribution à durée déterminée<sup>2563</sup>.

---

<sup>2554</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *La rupture du contrat et le droit de la distribution*, in *Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 177 s., n° 12.

<sup>2555</sup> *Ibid.*, n° 7.

<sup>2556</sup> Com. 15/01/2008 : n° 06-17393 – Com. 15/01/2008 : n° 06-14698 ; B. n° 4 – Com. 14/12/2004 : n° 03-10056 – Com. 06/06/2001 : n° 99-10768.

<sup>2557</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *La rupture du contrat...*, *op. cit.*, n° 8.

<sup>2558</sup> Com. 17/12/2002 : n° 00-14460 – Com. 03/10/2000 : n° 97-19999 – Com. 23/05/2000 : n° 97-10553 ; RTD civ. 2001, 137, n° 6, J. Mestres et B. Fages – V. également : Com. 22/01/2013 : n° 11-18904 – Com. 04/06/2002 : n° 99-13052 – Sur la question : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 666 s. – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 513 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 349 s.

<sup>2559</sup> Com. 25/04/2001 : n° 98-22199 ; *op. cit.* – V. également : Com. 17/12/2002 : n° 00-14460 – Com. 06/01/1987 : n° 85-16823 ; B. n° 7 ; RTD com. 1988, 122, B. Boulloc : « *la cour d'appel n'a pas caractérisé l'abus de droit qu'elle a retenu à l'encontre de la société VAG par l'absence de sérieux des griefs invoqués par elle* » – Com. 09/01/1985 : n° 83-15272 ; B. n° 22, la cour d'appel n'a pas à apprécier l'exactitude du motif invoqué la société fournisseuse « *n'étant pas tenue de justifier d'un motif légitime de refus de renouvellement de la convention* »

<sup>2560</sup> Com. 06/06/2001 : n° 99-10768 – V. également : Com. 23/04/1985 : n° 83-16207 ; B. n° 128 jugeant que viole l'article 1134 du Code civil la cour d'appel qui retient un abus de droit de non renouvellement en relevant que « *le nouveau contrat proposé étant prévu pour une année sans tacite reconduction, l'équilibre des relations contractuelles était modifié au profit du concédant et que compte tenu de la durée et de la qualité des rapports commerciaux existant entre les deux sociétés, cette société avait commis une faute en tendant d'imposer un nouveau contrat moins favorable que le précédent* » – Com. 26/10/1982 : n° 81-12360 ; B. n° 328, proposition d'un nouveau contrat limitant l'exclusivité et le secteur concédé.

<sup>2561</sup> V. par ex. : Com. 03/10/2000 : n° 97-19999.

<sup>2562</sup> V. par ex. : Com. 04/01/1994 : n° 91-18170 ; B. n° 13 ; D. 1995, 355, G. Virassamy ; RTD civ. 1994, 352, J. Mestre ; JCP 1994.I.3757, n° 10, C. Jamin, la cour d'appel avait retenu un abus du droit de non-renouvellement en constatant que « *la société Fiat a entendu faire de la cessation de ses relations commerciales avec [un concessionnaire] un exemple visant à montrer au sein de son réseau qu'elle était déterminée à sanctionner ceux de ses revendeurs qui procéderaient à des réexportations de véhicules neufs à destination de l'Italie* », la Cour de cassation la censure au motif « *qu'en se déterminant ainsi, alors que le concédant n'est pas tenu de motiver sa décision de ne pas conclure un nouveau contrat de concession, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

<sup>2563</sup> Une partie de la doctrine a cependant cru déceler dans certains arrêts un contrôle de l'abus objectif. Ainsi, Madame Fabre-Magnan cite un arrêt de 1998 (FABRE-MAGNAN (M.), *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, p. 573 s., p. 574.) et Monsieur Revet un arrêt de 2001 (REVET (T.), *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie*, RDC 2004, p. 579, n° 6).

Dans l'arrêt de 1998, la Cour de cassation a effectivement jugé qu'une cour d'appel avait légalement justifiée sa décision en retenant que « *le refus de renouvellement du contrat était dépourvu de motif tandis qu'il causait préjudice [au distributeur]* » (Com. 27/10/1998 : n° 96-11012 ; B. n° 256). Il s'agit cependant d'un arrêt d'espèce. En effet, l'affaire concernait un agent commercial soumis au statut de 1958 qui prévoyait une indemnité en cas de résiliation du contrat mais pas en cas de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée

**678. Succession continue de contrats à durée déterminée.** Par ailleurs, à la différence du droit du travail, une relation de distribution résultant d'une succession continue de contrats à durée déterminée ne peut être analysée ou requalifiée en un contrat à durée indéterminée<sup>2564</sup>.

Le droit commun des contrats ne limite pas non plus le recours aux contrats à durée déterminée. Une relation de distribution peut parfaitement être fondée sur une succession continue de contrats à durée déterminée et pourra alors cesser, sans motivation et sans justification, à chaque survenance du terme.

**679. Poursuite d'un contrat à durée déterminée après terme.** En revanche, lorsque le contrat a été poursuivi après la survenance du terme, la relation sera, en principe, fondée sur un nouveau contrat à durée indéterminée<sup>2565</sup>. La solution est cependant supplétive de volonté<sup>2566</sup>. Il est donc licite de prévoir que la relation sera uniquement fondée sur une succession de contrats à durée déterminée, dans le but, notamment, d'imposer une renégociation des termes de la relation à chaque échéance<sup>2567</sup>.

De plus, quand bien même la relation serait poursuivie sous forme d'un contrat à durée indéterminée, son régime de rupture ne change pas fondamentalement puisque, à l'instar du non-renouvellement, la résiliation n'a pas, en principe, à être motivée ou justifiée.

### **a.3 - La résiliation par le fournisseur d'un contrat-cadre à durée indéterminée**

**680. Principe de non motivation et non justification.** La Cour de cassation juge de façon constante que « toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin

---

(*infra* n° 771). Or, avec la directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1989 et la loi n° 91-593 du 25/06/1991, avait été adopté le nouveau statut de l'agence commerciale qui prévoyait une indemnité en cas de *cessation des relations* ce qui serait plus tard analysé par la jurisprudence comme visant également le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée (*infra* n° 766). Le recours à l'abus de droit objectif apparaît alors comme un artifice juridique permettant d'accorder une indemnité à l'agent commercial soumis à l'ancien statut. Ainsi, dans les années 1990, la Cour de cassation a rendu une série d'arrêts d'espèce se fondant sur l'abus de droit pour aller au-delà des termes du décret et appliquer finalement la règle de la loi de 1991 par anticipation (*infra* n° 771).

Dans l'arrêt de 2001 (Com. 03/07/2001 : n° 98-23070 ; RTD civ. 2002, 99, J. Mestre et B. Fages), la Cour de cassation juge « que l'arrêt relève la société [fournisseuse], après avoir obtenu en 1990 de la [société distributrice] qu'elle résilie avant terme et sans indemnité le contrat Porsche, en contrepartie de l'assurance de voir reconduire la concession Mitsubishi à son échéance en 1992, a, en dépit de la promesse faite et de la contrepartie obtenue, refusé de renouveler ce contrat sans fournir la moindre explication ; qu'à partir de cette seule appréciation, ainsi que de l'interprétation qu'elle a souverainement donnée de la correspondance échangée entre les parties, la cour d'appel, a pu décider que la société Sonauto avait agi déloyalement et abusé de son droit de ne pas renouveler le contrat ». Ce qui paraît réellement reproché au fournisseur n'est pas l'absence de motif au non-renouvellement mais d'avoir obtenu de son distributeur des contreparties en échange de l'assurance que le contrat serait renouvelé et de n'avoir pas respecté son engagement en refusant finalement le renouvellement sans explication. C'est le comportement du cocontractant qui est sanctionné, c'est-à-dire un abus subjectif. L'absence de motif semble d'ailleurs mentionnée par la cour d'appel, non pour caractériser l'abus de non-renouvellement, mais pour exclure un éventuel fait justificatif au comportement du contractant. En d'autres termes, un motif aurait été susceptible de justifier l'irrespect de l'engagement de renouvellement mais tel n'était pas le cas en l'espèce, aucun motif n'ayant été fourni.

<sup>2564</sup> Com. 15/01/2008 : n° 06-14698 ; B. n° 4, « hors les situations régies par une loi spéciale, un contrat conclu pour une période déterminée, et renouvelable ensuite d'année en année par tacite reconduction, sauf dénonciation adressée par l'une des parties à l'autre, trois mois au moins avant la fin de la période annuelle en cours, et qui s'est effectivement poursuivi au-delà de la période initialement convenue, conserve le caractère de contrat à durée déterminée, ce dont il suit que, sauf abus, le refus de son renouvellement n'ouvre pas droit à indemnité » – V. également : Com. 13/11/2003 : n° 02-10448 ; B. n° 166.

<sup>2565</sup> Civ. 1 15/11/2005 : n° 02-21366 ; B. n° 413 ; D. 2006, 587, M. Mekki ; RTD civ. 2006, 114, J. Mestre et B. Fages, « sauf disposition ou volonté contraire, la tacite reconduction d'un contrat de durée déterminée, dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée » – Sur la question voir : PENIN (O.), *Quelques réflexions techniques à propos de la dualité caractéristique de la tacite reconduction*, RTD civ. 2015, p. 45 s. – NAJM-MAKHLOUF (C.), *Tacite reconduction et volonté des parties*, Préf. H. Lecuyer, BDP, t. 542, LGDJ, 2013, n° 267 s. et n° 356 – GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 244 s. – LITTY (O.), *op. cit.*, n° 498 s.

Le statut de l'agence commerciale prévoit également qu'un « contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée » (C. com. art. L. 134-11) – Sur la question : NAJM-MAKHLOUF (C.), *op. cit.*, n° 224

<sup>2566</sup> En droit commun, voir : NAJM-MAKHLOUF (C.), *op. cit.*, n° 799 s. – Pour l'agence commerciale : C. com. art. L. 134-16.

<sup>2567</sup> FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 305, « la brève durée du contrat est [...] une arme aux mains du concédant qui pourra se débarrasser d'un concessionnaire peu docile, [...] on a ainsi pu voir des concessions renouvelées dans certaines espèces, dix-sept, vingt-six, quarante années de suite, sans que la jurisprudence considère comme abusif le non-renouvellement final ! ».

unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus »<sup>2568</sup>. Il n'existe ainsi aucune obligation de motivation de la résiliation unilatérale<sup>2569</sup>.

La Cour a également jugé que si un préavis avait été respecté, « les mobiles de la résiliation n'avaient pas à être examinés »<sup>2570</sup> et qu'« en retenant l'existence d'un abus du droit de résilier un contrat à durée indéterminée à défaut de justes motifs », les juges du fond violent l'article 1134 du Code civil<sup>2571</sup>. Il n'existe donc pas non plus d'obligation de justification<sup>2572</sup>.

Un contrat de location-gérance peut ainsi valablement être résilié suite au refus du locataire d'accepter un avenant prévoyant une augmentation de 25 % de sa redevance<sup>2573</sup> ou un contrat de concession suite au refus du concessionnaire d'accepter une modification en sa défaveur des conditions de la collaboration<sup>2574</sup>.

**681. Fondement.** Ces solutions s'expliquent par le fait que la résiliation est conçue, non comme un droit, mais comme une liberté<sup>2575</sup> découlant du principe de prohibition des engagements perpétuels<sup>2576</sup> dont la valeur constitutionnelle a été reconnue<sup>2577</sup>.

**682. Absence de contrôle de l'abus objectif.** La Cour de cassation juge néanmoins que « si la partie qui met fin à un contrat de durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins, à partir de l'examen de circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre »<sup>2578</sup>. Ce contrôle de l'abus est limité à l'abus subjectif<sup>2579</sup>, aux circonstances de la rupture, c'est-à-dire au comportement du cocontractant ayant précédé

---

<sup>2568</sup> Com. 26/01/2010 : n° 09-65086 ; B. n° 18 – V. également : Com. 10/11/2009 : n° 08-21175 ; CCC 2010, 36, L. Leveneur – Civ. 1 30/10/2008 : n° 07-19736 ; JCP 2009.II.10052, F. Chabas – Com. 06/11/2007 : n° 05-15152 – Civ. 1 21/02/2006 : n° 02-21240 ; B. n° 82 ; CCC 2006, 99, L. Leveneur ; RDC 2006, 704, D. Mazeaud ; D. 2006, 2648, B. Fauvarque-Cosson ; D. 2007, 1456, A. Penneau ; RTD civ. 2006, 314, J. Mestre et B. Fages, « celui qui use de son droit de résilier un contrat à durée indéterminée dans le respect des modalités prévues par celui-ci n'a pas à justifier d'un quelconque motif » – Com. 06/06/2001 : n° 98-16378 – Civ. 1 03/04/2001 : n° 99-18442 ; B. n° 98 ; D. 2001, 3240, D. Mazeaud ; Defr. 2001, 1048, E. Savaux ; RTD civ. 2001, 584, J. Mestre et B. Fages – Com. 05/04/1994 : B. n° 149 ; D. 1995, 69, D. Ferrier, 90, D. Mazeaud, 355, G. Virassamy ; JCP 1994.I.3803, C. Jamin ; RTD civ. 1994, 603, J. Mestre – Com. 07/10/1997 : n° 95-14158 ; B. n° 252 ; CCC 1998, 20, L. Leveneur ; D. 1998, 413, C. Jamin – Com. 09/03/1976 : n° 74-10889 ; B. n° 90.

<sup>2569</sup> Dans ce sens : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 452 – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 481-2 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *op. cit.*, n° 885.

<sup>2570</sup> Com. 15/11/2011 : n° 10-27838 – V. également : Com. 24/06/2014 : n° 13-15953 – Com. 06/06/2001 : n° 98-16378, « le concédant n'ayant pas, ainsi qu'il en avait le droit, motivé sa décision de résiliation, la cour d'appel n'était pas tenue de répondre aux arguments tirés du caractère prétendument injustifié de cette dernière » – Com. 13/03/2001 : n° 98-19260 ; CCC 2001, 100, L. Leveneur.

<sup>2571</sup> Com. 10/11/2009 : n° 08-21175 ; CCC 2010, 36, L. Leveneur – Com. 15/12/1969 : B. n° 384 ; JCP 1970.II.16391, J. Hémard, « ayant déclaré, à juste titre, que le concédant pouvait librement mettre fin au contrat à durée indéterminée à la condition de ne pas agir abusivement, la cour d'appel ne pouvait imposer à ce dernier la charge de rapporter la preuve de l'existence d'un juste motif de résiliation du contrat ». – V. également : Com. 06/11/2007 : n° 05-15152 – Com. 08/10/2013 : n° 12-22952 ; B. n° 148 ; CCC 2014, 1, L. Leveneur ; JCP E 2014, 1063, D. Mainguy et J.-L. Respaud.

<sup>2572</sup> Dans ce sens : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 452 – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 481-2 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *op. cit.*, n° 885.

<sup>2573</sup> Com. 10/11/2009 : n° 08-21175 ; CCC 2010, 36, L. Leveneur.

<sup>2574</sup> Com. 05/12/1984 : n° 83-14273 ; B. n° 332.

<sup>2575</sup> Dans ce sens : STOFFEL-MUNK (P.), *La rupture du contrat...*, *op. cit.*, n° 7, « la liberté est une puissance protégée d'agir qui, n'étant pas restreinte à la poursuite de finalités déterminées, peut, au contraire être valablement exercée pour la poursuite d'objectifs quelconques ». – Comp. : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *op. cit.*, n° 885, faisant référence à un « droit discrétionnaire ».

<sup>2576</sup> Sur la question : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 452 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *op. cit.*, n° 885 – LITTY (O.), *op. cit.*, n° 16 s. – AZEMA (J.), *La durée des contrats successifs*, Préf. R. Nerson, BDP, t. 102, LGDJ, 1969, n° 17 s.

<sup>2577</sup> CC 9/11/1999 : n° 99-419 DC ; RTD civ. 2000, 109, J. Mestre et B. Fages, « la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants ». – Sur cette décision : REVET (T.), *Droit constitutionnel du contrat*, RDC 2003, p. 16 s.

<sup>2578</sup> Civ. 1 21/02/2006 : n° 02-21240 ; B. n° 82 ; CCC 2006, 99, L. Leveneur ; RDC 2006, 704, D. Mazeaud ; RTD civ. 2006, 314, J. Mestre et B. Fages – V. également : Civ. 1 13/03/2007 : n° 05-21437, « à défaut de circonstances ayant accompagné la rupture et fait dégénérer en abus l'exercice de son droit, chaque partie à un contrat de durée indéterminée est libre de mettre fin à celui-ci ».

<sup>2579</sup> Dans ce sens : STOFFEL-MUNK (P.), *La rupture du contrat...*, *op. cit.*, n° 8 s. – V. également : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 452, « l'abus de saurait résulter du seul fait que la résiliation n'est pas motivée ».

ou accompagné la rupture<sup>2580</sup>, en particulier dans la brutalité de la rupture<sup>2581</sup>.

Une partie de la doctrine a néanmoins cru déceler un contrôle de l'abus objectif dans certains arrêts relatifs à des contrats de distribution<sup>2582</sup>. Leur étude révèle pourtant que l'abus n'a pas été tiré de l'illégitimité de la cause de la rupture mais du comportement du fournisseur, des circonstances de la rupture.

En effet, dans une partie de ces arrêts, il s'agissait de fournisseurs ayant laissé croire à la poursuite du contrat en incitant notamment le distributeur à réaliser des investissements financiers, matériels ou humains<sup>2583</sup>. Il ne lui est pas alors reproché d'avoir rompu sans cause légitime, sans motif, mais d'avoir rompu alors qu'il avait préalablement indiqué, expressément ou tacitement, qu'il ne romprait pas. La Cour de cassation l'a clairement précisé ensuite : l'abus résulte du comportement du fournisseur qui « *fait croire au [distributeur] que le contrat ser[a] poursuivi pour l'inciter à procéder à des investissements* »<sup>2584</sup>. Il trouve donc sa source dans les circonstances de la rupture et non dans la cause de la rupture : il s'agit d'un abus subjectif et non d'un contrôle de la justification.

---

<sup>2580</sup> V. par ex. : Com. 08/10/2013 : n° 12-22952 ; B. n° 148 ; CCC 2014, 1, L. Leveneur ; JCP E 2014, 1063, D. Mainguy et J.-L. Respaud – Pour d'autres exemples : VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986, n° 305 s.

<sup>2581</sup> V. par ex. : Com. 05/12/1984 : n° 83-14273 ; B. n° 332 (2°) – Com. 08/04/1986 : n° 84-12943 ; B. n° 58 – Com. 09/03/1976 : n° 74-10889 ; B. n° 90. – La question renvoie à l'exigence d'un préavis : *supra* n° 590 s.

<sup>2582</sup> REVET (T.), *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale...*, *op. cit.*, n° 6 – V. également, plus nuancée : FABRE-MAGNAN (M.), *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, p. 573 s., spéc. p. 574.

<sup>2583</sup> Com. 09/04/2002 : n° 99-21131 ; CDE 4/2003, 21, J.-L. Respaud, l'abus du droit de résiliation se déduit du fait que « *la société Volvo a laissé la société Orlanto s'engager dans une restructuration financière pour satisfaire aux normes du réseau alors que la pérennité du contrat de concession était d'ores et déjà remise en question* » – Com. 04/04/2002 : n° 99-15315 – Com. 20/01/1998 : n° 96-18353 ; B. n° 40 ; CCC 1998, 56, L. Leveneur ; D. 1998, 114, D. Mazeaud, 333, D. Ferrier et 413, C. Jamin ; RTD civ. 1998, 675, J. Mestre ; JCP 1999.II.10018, J.-P. Chazal, il est reproché à la cour d'appel de ne pas avoir caractérisé un abus de droit alors qu'elle avait constaté que « *le redressement espéré de la concession impliquait, compte tenu des investissements exigés de la société SCAO, que le concessionnaire bénéficie d'une période relativement longue d'exploitation pour assurer la pérennité de son entreprise* », qu'il résultait des conventions conclues que « *les parties avaient envisagé des relations contractuelles de longue durée* » et qu'il n'était pas prétendu que la durée de deux années constituait la période relativement longue d'exploitation prévue au contrat. – Com. 25/10/1994 : n° 93-12617 ; D. 1997, 52, D. Ferrier, il est reproché à la cour d'appel de ne pas avoir retenu l'abus du droit de résilier alors qu'elle avait constaté que le fournisseur avait « *exigé, sans motifs légitimes, des garanties supplémentaires de la SOGEC, dans le but non avoué de la déstabiliser financièrement* ». Il ne s'agit pas d'un contrôle des motifs de la rupture (les motifs concernant l'exigence de garanties supplémentaires) mais de la constatation qu'elle s'est accompagnée d'exigences inutiles ayant pour but de nuire au distributeur. – Com. 05/04/1994 : n° 92-17278 ; B. n° 149 ; D. 1995, 70, D. Ferrier, 90, D. Mazeaud et 355, G. Virassamy ; CCC 1994, 159, L. Leveneur ; JCP 1994.II.3803, C. Jamin ; RTD civ. 1994, 604, J. Mestre, la cour d'appel « *a énoncé à bon droit que la société Vag France "pouvait résilier le contrat sans donner de motifs, mais à la condition que cette résiliation n'ait pas un caractère abusif"* » et est approuvée d'avoir retenu l'abus dans le fait d'avoir demandé au distributeur « *d'importants efforts d'investissement et de publicité* » et d'avoir renouvelé des annexes au contrat 20 jours avant de rompre alors que la décision de rupture « *visant un concessionnaire ancien et des plus importants, ne pouvait pourtant avoir été prise que de longue date* » – Com. 08/01/1968 : B. n° 11, relevant notamment que la cour d'appel avait constaté que le fournisseur avait « *rompu, en même temps [que les pourparlers liés à l'intégration de la société distributrice dans la firme du fournisseur], le contrat de concession sans avoir de grief sérieux à présenter à la société Omac et sans pouvoir, en particulier, lui reprocher une insuffisance des affaires* ». Cependant, l'abus n'est pas constaté spécifiquement dans cette absence de grief sérieux mais dans l'ensemble des circonstances de la rupture et notamment dans le fait que le fournisseur a résilié alors qu'il avait utilisé « *le prétexte* » de l'intégration pour « *amener* » le distributeur « *à augmenter largement les dépenses et frais destinés au développement de son activité* », ce que ce celui-ci a fait « *en raison de l'accord de principe déjà intervenu* » sur l'intégration. La Cour de cassation juge que la « *la cour d'appel a pu estimer que la "rupture des pourparlers et la rupture de la concession, étroitement liées en fait, constituent dans ces circonstances particulières une faute qui oblige la société Visser à réparer le dommage que la société Omac en a subi* ». L'approbation de la Cour de cassation n'est pas totale (l'expression « *a pu estimer* » caractérisant un contrôle léger) et surtout ne porte pas spécifiquement sur l'absence de motif légitime de résiliation mais sur une résiliation dans des circonstances très spécifiques. D'ailleurs la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir « *à juste titre* » énoncé que l'abus de droit est caractérisé « *quand les [...] circonstances de la rupture sont telles qu'elles constituent une faute du concédant dans l'exercice de son droit* ». Ainsi, la constatation de l'absence de motif légitime vient ici conforter le caractère fautif de la résiliation qui réside dans les circonstances de la rupture et non dans l'absence de motif légitime.

<sup>2584</sup> Com. 05/10/2004 : n° 02-17338 ; B. n° 181 ; D. 2005, 2843, B. Fauvarque-Cosson ; D. 2006, 516, D. Ferrier ; JCP 2005.II.114, M. Chagny ; CCC 2005, 1, L. Leveneur ; RLDC 12/2005, n° 478, D. Mainguy et J.-L. Respaud ; D&P 03/2005, 83, P. Chauvel ; RDC 2005, 288, P. Stoffel-Munck et 384, M. Béhar-Touchais ; RTD civ. 2005, 127., J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2005, 407, B. Bouloc ; CDE 6/2004, 11, J.-L. Respaud – V. également : Com. 20/02/2007 : n° 05-15152, *a contrario* – Com. 29/01/2002 : n° 00-11433 – Com. 13/03/2001 : n° 98-19260 ; CCC 2001, 100, L. Leveneur – Com. 06/06/2001 : 98-16378 – Com. 07/10/1997 : n° 95-14158 ; B. n° 252 ; RTD civ. 1998, 130, P.-Y. Gautier ; RTD civ. 1998, 370, J. Mestre ; D. 1998, 333 D. Ferrier et 413, C. Jamin ; JCP 1998.II.10085, J.-P. Chazal ; CCC 1998, 20, L. Leveneur.

Dans d'autres arrêts, il était reproché au fournisseur d'avoir invoqué des motifs inexacts<sup>2585</sup> ou fallacieux<sup>2586</sup>. Il s'agit alors d'un contrôle des motifs mais dans le cadre d'un contrôle de l'abus subjectif. La confusion vient du fait que l'abus subjectif peut parfois être lié à la motivation de la décision, sans pour autant en devenir un abus objectif. En effet, si un fournisseur ne commet pas d'abus en n'énonçant pas les motifs de sa décision, il peut en commettre un en énonçant des motifs fallacieux. Dans cette hypothèse, ce n'est pas une rupture fondée sur un motif illégitime qui est sanctionnée mais le fait d'avoir délibérément énoncé des motifs fallacieux alors même qu'aucune justification ou motivation n'était exigée. Il s'agit d'une sanction « *de l'hypocrisie, de l'incohérence, de l'indifférence à autrui et de la malignité* » du comportement du contractant<sup>2587</sup> et non de l'usage du droit de résilier pour une cause illégitime<sup>2588</sup>.

**683. Exception (inexécution, mauvaise exécution, clause résolutoire).** En revanche, si le fournisseur choisit de rompre le contrat à durée indéterminée en demandant sa résolution judiciaire, en mettant en œuvre une clause résolutoire ou en rompant unilatéralement à ses risques et périls en raison de la gravité du comportement du distributeur, la rupture devra être justifiée et motivée, au moins *a posteriori*, en cas de contentieux<sup>2589</sup>. Le fournisseur qui souhaite se séparer d'un distributeur n'a donc pas nécessairement intérêt à invoquer des manquements s'il veut éviter tout contentieux sur la justification de la rupture.

**684. Conclusion.** Finalement, sauf à chercher à écarter un délai de préavis<sup>2590</sup> ou à engager la responsabilité contractuelle du distributeur en procédant à une rupture pour faute, le droit commun des contrats n'impose pas au fournisseur de justifier ou motiver sa rupture d'une relation de distribution par résiliation ou non-renouvellement du contrat-cadre<sup>2591</sup>.

Le droit de la concurrence est cependant susceptible de modifier ces solutions.

## **b - La rupture unilatérale par le fournisseur régie par le droit de la concurrence**

**685. Relation non contractuelle.** Certaines relations ne sont pas fondées sur un contrat-cadre mais

<sup>2585</sup> Com. 31/03/1978 : n° 76-14568 ; B. n° 102, le fournisseur avait résilié le contrat en « *faisant valoir que le concessionnaire avait manqué à ses obligations [...]* ». Pour la Cour de cassation, la cour d'appel a « *justifié sa décision* » « *en retenant [...]* que le concédant, qui s'était déjà assuré directement les services d'un ancien dépositaire du concessionnaire, avait, en invoquant à torts les manquements de ce dernier à ses obligations, poursuivi le but de l'évincer pour profiter du réseau d'agents qu'il avait mis en place ». L'arrêt est cependant ambigu car il est reproché au concédant à la fois d'avoir invoqué des manquements à torts et d'avoir voulu évincer le distributeur dans le but de profiter de son réseau d'agents. On ne sait donc pas si la Cour de cassation considère que c'est le caractère déloyal des moyens ou le caractère déloyal du but qui justifie l'abus de droit.

<sup>2586</sup> Com. 05/10/1993 : n° 91-10408 ; B. n° 326 ; JCP E 1994.II.557, C. Jamin ; RTD civ. 1994, 603, J. Mestre ; D. 1995, 70, D. Ferrier, « *la cour d'appel a pu décider que le Régie avait rompu le contrat de façon abusive et de mauvaise foi* » en énonçant qu'« *il ne peut être reproché à la Régie, qui n'était pas tenue de motiver sa décision de résiliation, d'avoir avancé des motifs qui s'avèreraient simplement inexacts* » mais en retenant « *qu'elle a été "de connivence" avec les agents de la société Roussel qui ont porté à celle-ci, sur le territoire concédé, des "atteintes systématiques" à leur contrat, au profit de concessionnaires voisins, qu'elle a alourdi les frais financiers de la société Roussel et compliqué sa gestion, qu'elle a modifié unilatéralement les conditions d'approvisionnement de la société Roussel et aggravé ses conditions d'exploitation, qu'elle a commis des actes de dénigrement et de discrimination* ». – V. également : Paris 8/06/1994 : D. 1995, 69, D. Ferrier.

<sup>2587</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, op. cit., n° 114.

<sup>2588</sup> Un arrêt non publié de 2004 a néanmoins pu faire naître le doute. La Cour de cassation y juge que la cour d'appel justifie légalement l'existence d'un abus du droit de résilier en retenant que « *la société Manitou [le concédant] a rompu le contrat sans aucun motif, bien que l'activité développée par la société CMG [le concessionnaire] dans la distribution des produits Manitou soit en progression importante afin d'octroyer à la société ABM le territoire de la Nièvre [un autre distributeur], sans permettre à la société CMG de retirer la juste contrepartie de huit années de développement de la clientèle Manitou sur le secteur* » (Com. 03/11/2004 : n° 02-17919 ; RDC 2005, 267, P. Stoffel-Munck et 1130, M. Béhar-Touchais). La jurisprudence postérieure est cependant sans ambiguïté, la Cour de cassation ainsi jugé qu'une cour d'appel « *a légalement justifiée sa décision* » en retenant « *que le contrat de concession à durée indéterminée a été résilié en respectant le préavis contractuel, selon "la résiliation ordinaire" et non à titre de sanction, sans qu'il soit besoin de motifs, si bien que l'inexactitude des motifs invoqués est inopérante pour caractériser l'exercice abusif du droit de résiliation* » (Com. 06/11/2007 : n° 05-15152) – V. également les décisions postérieures citées *supra* note n° 2568.

<sup>2589</sup> Les règles présentées dans le cadre de la rupture avant terme d'un contrat à durée déterminée sont applicables (*supra* n° 672 s).

<sup>2590</sup> *Supra* n° 602 s.

<sup>2591</sup> Dans ce sens : BÉNABENT (A.), *L'indemnisation du franchisé, in La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4183, constatant que malgré cette jurisprudence bien établie, les plaideurs s'obstinent à aller à son encontre.



résultent uniquement d'une succession de commandes entre les parties, d'un courant d'affaires. Dans ce cas, la rupture à l'initiative du fournisseur entre uniquement dans les champs du droit de la responsabilité civile extracontractuelle ou du droit de la concurrence et s'analyse en un refus de vente entre professionnels. Or, depuis 1996<sup>2592</sup>, « *ce refus ne constitue plus en soi une faute civile* »<sup>2593</sup>, tout fournisseur est ainsi libre de ne pas poursuivre une relation de distribution non contractuelle. Par suite, l'abus ne peut, en principe, être tiré de l'illégitimité de la cause du refus de vente ou de son absence de motivation mais doit nécessairement résulter des circonstances qui l'entourent. Tel est le cas, par exemple, lorsque le fournisseur rompt le courant d'affaires alors qu'il avait laissé croire à la poursuite normale des relations, tout en concluant parallèlement un accord de distribution avec un tiers<sup>2594</sup>.

La rupture sera néanmoins susceptible d'entrer dans le champ des pratiques restrictives de concurrence ou des pratiques anticoncurrentielles, à l'instar des ruptures de relations contractuelles.

**686. Absence de motivation ou justification dans les pratiques restrictives de concurrence.** Le droit des pratiques restrictives de concurrence n'introduit aucune obligation de motivation ou de justification de la rupture unilatérale d'une relation de distribution et ne sanctionne que l'abus subjectif résidant dans la rupture brutale de la relation<sup>2595</sup>. La Cour de cassation a ainsi réaffirmé le « *droit qu'a tout fournisseur de modifier l'organisation de son réseau de distribution sans que ses clients bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation* »<sup>2596</sup>.

**687. Obligation de justification dans les pratiques anticoncurrentielles.** En revanche, le droit des pratiques anticoncurrentielles connaît des cas d'abus objectifs de rupture d'une relation appréhendés comme des abus de domination<sup>2597</sup>.

En effet, les abus de position dominante peuvent notamment « *consister en un refus de vente [...] ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* » et les abus d'état de dépendance économique « *peuvent notamment consister en [un] refus de vente* »<sup>2598</sup>. La rupture de la relation commerciale établie visant à la fois la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, la rupture anticipée ou le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée et même la cessation d'une relation non fondée sur un contrat-cadre<sup>2599</sup>, cette prohibition introduit une obligation de justification dans ces hypothèses puisque la rupture devra avoir un autre motif que le refus du partenaire de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

De plus, les ruptures ne pourront être qualifiées d'abus de position dominante ou d'abus de dépendance économique si leurs « *auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence* ».

---

<sup>2592</sup> Loi n° 96-588 du 01/07/1996, art. 14 – Pour un exemple de refus de vente suite à un non-renouvellement de contrat de distribution : Com. 27/04/1993 : n° 91-10203 ; B. n° 159.

<sup>2593</sup> Com. 26/01/1999 : n° 97-11084 ; B. n° 23 – V. également : Com. 23/05/2000 : n° 97-20890.

<sup>2594</sup> Com. 28 févr. 1995 : n° 93-14437 ; B. n° 63 ; RTD civ. 1995, 885, J. Mestre.

<sup>2595</sup> *Supra* n° 591 s.

<sup>2596</sup> Com. 02/12/2008 : n° 07-18775 ; CCC 2009, 42, M. Malaurie-Vignal.

<sup>2597</sup> Sur ces notions : *supra* n° 352 s.

<sup>2598</sup> C. com. art. L. 420-2.

<sup>2599</sup> *Supra* n° 594.

*pour une partie substantielle des produits en cause* »<sup>2600</sup>. Le droit du marché finalise ainsi certains droits et crée donc une possibilité d'abus objectif<sup>2601</sup>.

**Absence d'obligation de motivation.** En revanche, il n'existe pas d'obligation de motivation puisqu'il appartiendra, en principe, à celui qui invoque l'abus de domination d'établir que la rupture a pour motif son refus de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées<sup>2602</sup>.

**Relativité.** Par ailleurs, ces abus de domination n'existent pas de façon générale mais uniquement dans des configurations particulières de marché (une position dominante ou un état de dépendance économique)<sup>2603</sup> et en cas d'atteinte réelle ou potentielle à la concurrence. Ainsi, les abus de position dominante supposent des actions qui ont « *pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* »<sup>2604</sup> et l'abus de dépendance économique un comportement « *susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence* »<sup>2605</sup>. Il ne s'agit donc pas de régir l'ensemble des relations de distribution mais seulement celles dont la rupture pourrait affecter la concurrence<sup>2606</sup>.

## CONCLUSION

**688. Différences de traitement pour les relations à durée déterminée.** Finalement, il existe un rapprochement entre le droit commun et le droit du travail sur la question de la rupture anticipée du contrat de distribution à durée déterminée par le fournisseur/employeur : la rupture devra, en principe, être justifiée par un cas de force majeure ou par une mauvaise exécution ou inexécution d'une certaine gravité<sup>2607</sup> et motivée, au moins *a posteriori*, en cas de contentieux puisque la cause sera appréciée par le juge.

Des différences importantes existent cependant. Ainsi, la résolution judiciaire à l'initiative du fournisseur/employeur et les clauses résolutoires sont impossibles en droit du travail alors qu'elles sont autorisées en droit commun. De plus, en cas de rupture anticipée injustifiée, le droit du travail donne droit au salarié à l'ensemble des gains qu'il aurait perçu jusqu'au terme du contrat alors que le préjudice indemnisable est plus incertain en droit commun.

Par ailleurs, le droit du travail et le droit commun diffèrent fondamentalement du droit du mandat d'intérêt commun puisque celui-ci autorise la rupture anticipée unilatérale du contrat à durée déterminée

---

<sup>2600</sup> C. com. art. L. 420-4, I, 2° – Le règlement d'exemption CE n° 1400/2000 de la Commission du 31/07/2002, applicable au secteur automobile mais aujourd'hui expiré, avait prévu que « *l'exemption s'applique à condition que l'accord vertical conclu avec un distributeur ou un réparateur prévoit qu'un fournisseur qui souhaite notifier la résiliation d'un accord soit tenu de le faire par écrit en spécifiant les raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation, afin d'éviter qu'un fournisseur ne résilie un accord vertical avec un distributeur ou un réparateur à cause de pratiques qui ne peuvent faire l'objet de restrictions dans le cadre du présent règlement* » (art. 3, §4).

<sup>2601</sup> Dans ce sens : STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, op. cit., n° 563 s.

<sup>2602</sup> C'est seulement après cette démonstration que, dans un second temps, la preuve de la justification de la pratique par le progrès économique incombera à l'auteur de la rupture.

<sup>2603</sup> *Supra* n° 353 s.

<sup>2604</sup> C. com. art. L. 420-1 sur renvoi de C. com. art. L. 420-2, al. 1.

<sup>2605</sup> C. com. art. L. 420-2, al. 2 – Une partie de la doctrine soutient que cette exigence d'affectation de la concurrence est notamment à l'origine de l'inefficacité de l'abus de dépendance économique : CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 230 – RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 915 – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 622.

<sup>2606</sup> Pour des exemples de ruptures non sanctionnées au titre du droit de la concurrence en raison de leur absence d'effet sur la concurrence : Com. 22/02/2000 : n° 97-17020 ; B. n° 35, exclusion d'un adhérent de l'Association E. Leclerc – Cons. conc. 24/03/1992, *Espace Meubles* : n° 92-D-23 (confirmée par Paris 16/10/1992).

<sup>2607</sup> Il pourrait cependant exister une différence d'appréciation de cette gravité : PELLE (S.), *La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail*, D. 2011, p. 1230 s., n° 5 à 9.

pour des hypothèses beaucoup plus larges que la force majeure ou l'inexécution ou la mauvaise exécution du mandat présentant une certaine gravité.

### **689. Différences de traitement pour les relations à durée indéterminée ou de longue durée.**

Lorsque la relation est à durée indéterminée ou s'inscrit dans la durée, il apparaît des différences de traitement beaucoup plus importantes.

En effet, le droit du travail limite les recours aux contrats à durée déterminée et rend impossible l'existence d'une relation de distribution de plus de dix-huit mois fondée sur une succession continue de tels contrats. Ainsi, les relations de longue durée des distributeurs salariés de droit commun ou remplissant les conditions des statuts des gérants de succursale, des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire ou des VRP seront appréhendées comme des relations fondées sur un contrat de travail à durée indéterminée dont la résiliation devra impérativement être motivée et justifiée par un motif personnel au distributeur en rapport avec l'entreprise du fournisseur ou un motif économique relatif à cette entreprise et présentant un certain caractère de nécessité qui sera vérifié par le juge. En l'absence d'un tel motif, la rupture sera, en principe, efficace mais donnera lieu à une indemnisation avec un minimum forfaitaire.

Au contraire, les relations avec les distributeurs non soumis au droit du travail, y compris les mandataires d'intérêt commun, pourront être fondées sur une succession continue de contrats à durée déterminée pouvant être interrompue unilatéralement par le fournisseur sans motivation et sans justification à chaque survenance du terme.

Lorsque la relation est fondée sur un mandat d'intérêt commun à durée indéterminée, le régime de la résiliation se rapproche de celui du contrat de travail puisqu'il impose une justification comparable. Cependant, à la différence du droit du travail, ce régime n'est pas impératif et aucune réparation forfaitaire n'est prévue en cas de résiliation injustifiée.

Lorsque la relation à durée indéterminée est soumise au droit commun des contrats, le fournisseur peut la rompre unilatéralement sans motivation ou justification. C'est uniquement s'il se prévaut d'une rupture pour faute du distributeur qu'il devra la justifier et motiver. La rupture devra également être justifiée si elle peut être appréhendée comme une pratique anticoncurrentielle.

Il apparaît ainsi des différences de traitement importantes entre les distributeurs sur l'existence ou non d'obligations de motivation et justification de la rupture par le fournisseur et sur les sanctions applicables. Il reste donc à apprécier si ces différences de traitement peuvent être justifiées.

## **B – L'absence de justification des différences d'exigence d'une justification ou motivation de la rupture par le fournisseur**

**690. Présentation.** Pour justifier que la rupture unilatérale par le fournisseur n'ait à être motivée et justifiée que pour certains distributeurs, il convient d'identifier préalablement les fondements des obligations de motivation et justification. Il a été mis en évidence que l'absence de ces obligations était le principe et qu'il n'était écarté qu'en présence d'un mandat d'intérêt commun, d'une relation de distribution soumise au droit du travail ou d'une pratique anticoncurrentielle.

**691. Justification des différences en droit des pratiques anticoncurrentielles.** Lorsque

l'obligation de justification résulte de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles, l'objectif de maintien d'une concurrence suffisante sur le marché en cause fonde le contrôle des finalités poursuivies par les décisions de rupture des entreprises en position de domination absolue ou relative susceptibles d'affecter la concurrence. L'obligation de justification a ainsi pour fondement téléologique la protection du marché par le maintien d'une concurrence suffisante et, pour fondement technique, le pouvoir de marché du fournisseur. Par suite, les différences de traitement entre les distributeurs trouvent leur justification dans le pouvoir de marché du fournisseur et l'impact de la rupture sur la concurrence. Il n'existe donc pas d'intégralité de traitement : tous les distributeurs ayant une relation avec un fournisseur en position de domination sur le marché considéré et dont la rupture pourrait y affecter le jeu de la concurrence pourront s'opposer à la rupture au motif qu'ils refusent de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

**692. Hypothèse et plan.** Cette hypothèse mise à part, l'observation que l'obligation de justification peut naître du caractère d'intérêt commun d'un mandat et fonde une dérogation au régime légal de rupture de ce contrat, sauf volonté contraire des parties, conduit logiquement à poser l'hypothèse que l'obligation de justification de la résiliation trouve son fondement technique dans la notion d'intérêt commun (1). Il apparaîtra que cette hypothèse doit être infirmée. Les fondements techniques et téléologiques des obligations de motivation et justification seront ainsi identifiés dans les effets de ces obligations et permettront d'apprécier les justifications des différences de traitement observées (2).

## ***1 – La recherche des justifications des différences de traitement dans l'intérêt commun***

**693. Hypothèse.** L'hypothèse de l'intérêt commun comme fondement de l'obligation de justification peut être renforcée par une analyse des dispositions du Code civil sur le contrat de société. En effet, elles précisent que « *toute société doit [...] être constituée dans l'intérêt commun des associés* »<sup>2608</sup> et prévoient un régime de cessation du contrat de société comparable à celui du mandat d'intérêt commun puisqu'à défaut de consentement mutuel des associés<sup>2609</sup> ou de clauses et conditions spécifiées par eux dans le contrat<sup>2610</sup>, la société ne peut prendre fin par la volonté d'une ou de la majorité des parties intéressées mais uniquement « *par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs* »<sup>2611</sup>.

**694. Vérification.** En vertu de cette hypothèse, pour que les différences de traitement des distributeurs à l'égard de l'existence de cette obligation soient justifiées, il faut démontrer que l'intérêt commun est absent des relations de distribution pouvant être rompues sans justification et inversement, qu'il est systématiquement présent dans les relations dont la rupture s'accompagne d'une obligation de justification.

**695. Plan.** La notion d'intérêt commun devra donc préalablement être cernée (a) pour rechercher ensuite sa présence dans les relations de distribution, afin d'apprécier finalement sa pertinence à justifier les différences de traitement observées (b).

---

<sup>2608</sup> C. civ. art. 1833.

<sup>2609</sup> C. civ. art. 1844-7, 4°.

<sup>2610</sup> C. civ. art. 1844-7, 1°, 2°, 8°.

<sup>2611</sup> C. civ. art. 1844-7, 5° – Les autres causes fin de la société (annulation du contrat, liquidation judiciaire, dissolution anticipée réunion de toutes les parts sociales en une seule main) nécessitent une cause reconnue par jugement (C. civ. art. 1844-7, 5°).

## a - La notion d'intérêt commun

**696. Plan.** Il apparaîtra que la notion d'intérêt commun ne peut être dégagée qu'à partir d'une étude du mandat (a.2), la notion restant sinon très incertaine (a.1).

### a.1 - La notion incertaine d'intérêt commun hors du mandat

**697. Polysémie.** La notion d'intérêt commun donne lieu à d'importants débats doctrinaux qui s'expliquent essentiellement par son caractère polysémique.

La notion d'intérêt est peu caractérisante car très compréhensive, elle renvoie à une utilité ou une préoccupation<sup>2612</sup>. En matière contractuelle, les intérêts sont multiples : il peut s'agir de ceux des contractants eux-mêmes (intérêt à la conclusion du contrat<sup>2613</sup> ou intérêt à son exécution<sup>2614</sup>) mais également de ceux des tiers intéressés par le contrat (les sous-contractants, les concurrents, etc.), voire de l'intérêt de la société tout entière s'il concerne un service public ou touche à l'ordre public ou aux bonnes mœurs<sup>2615</sup>.

L'adjectif « commun » brille également par sa polysémie puisqu'il peut prendre au moins cinq significations générales différentes<sup>2616</sup>. Associé avec la notion d'intérêt, il peut ainsi renvoyer à des notions très différentes. L'intérêt commun peut être l'utilité communément ou fréquemment recherchée par les parties ou les tiers à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat, il se rapproche alors de la notion d'attente légitime<sup>2617</sup> ou de cause<sup>2618</sup>. Entendu comme l'utilité ou la préoccupation partagée par le plus grand nombre, il renvoie à la notion d'intérêt général<sup>2619</sup>. Entendu comme ce qui est partagé avec d'autres, comme un intérêt identique à celui d'autres personnes<sup>2620</sup>, il renvoie à la distinction entre le contrat et l'acte collectif<sup>2621</sup>. Entendu comme ce qui se fait ensemble<sup>2622</sup>, il peut renvoyer à la notion d'institution<sup>2623</sup> ou de

---

<sup>2612</sup> *Supra* n° 59.

<sup>2613</sup> La liberté contractuelle implique en principe la liberté de chaque partie de conclure ou non le contrat, donc si la décision de conclure est prise, c'est qu'un intérêt la sous-tend (*supra* n° 59).

<sup>2614</sup> Pour un exemple de disparition de l'intérêt d'une des parties en cours d'exécution du contrat : Com. 29/06/2010 : n° 09-6736.

<sup>2615</sup> Sur la question : MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 411, LGDJ, 2004.

<sup>2616</sup> REY (A.) (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Robert, 2005, « commun », dans une première acception, est commun ce « qui appartient, qui s'applique à plusieurs personnes ou choses », ce qui est partagé avec d'autres, c'est-à-dire ce qui est comparable, identique ou semblable. Dans une deuxième acception, est commun ce « qui se fait ensemble, à plusieurs », conjointement. Dans une troisième acception, est commun ce « qui appartient au plus grand nombre ou le concerne », le terme est alors synonyme de public, général ou universel. Dans une quatrième acception est commun ce qui est banal, courant, habituel, c'est-à-dire ce qui « étant adopté par le plus grand nombre, est considéré comme dépourvu de distinction ». Dans une cinquième acception, est commun « ce qui se rencontre fréquemment ».

<sup>2617</sup> Sur la question : GUERLIN (G.), *L'attente légitime du contractant*, thèse Amiens, 2008.

<sup>2618</sup> Rappr : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 2, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 566.

<sup>2619</sup> PIGACHE (C.), *Le mandat d'intérêt commun*, thèse Paris 5, 1991, n° 3.

<sup>2620</sup> SCHMIDT (D.), *De l'intérêt commun des associés*, JCP E 1994.I.404, soutenant que « l'intérêt d'un associé dans la société est de retirer de l'enrichissement collectif un enrichissement individuel ; cet intérêt est le même pour chacun des associés : il leur est commun ».

<sup>2621</sup> Sur la question, voir : ROUJOU de BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, Préf. G. Marty, BDP, t. 27, LGDJ, 1961, dans le contrat « il n'y a point de place pour une communauté d'inspirations, pour un dépassement de soi-même. Le contrat, quel qu'il soit, est donc, avant tout, d'essence individualiste et égoïste » (p. 14) « [alors que] l'acte collectif à l'inverse procède d'un incontestable "esprit d'équipe" : ceux qui y participent entendent réaliser par leur collaboration une œuvre commune pour laquelle ils consentent à un certain oubli d'eux-mêmes » (p. 17) – Sur la question : PASTRE-BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif en droit privé français*, Préf. R. Cabrillac, PUAM, 2006 – V. également : HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, Préf. N. Molfessis, Economica, 2012, n° 86 s. – Comp. : FRISON-ROCHE (M.-A.), *Volonté et obligation*, in *L'obligation*, APD 2000, p. 135 s., n° 39, « peut-on encore parler de contrat lorsque les volontés ne se croisent plus comme deux lames mais s'écoulent ainsi angéliquement vers le même horizon d'un intérêt commun ? ».

<sup>2622</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 359, « l'intérêt commun traduit la collaboration à la réalisation d'une œuvre commune ».

<sup>2623</sup> Dans ce sens : AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 101 s., l'intérêt commun des parties révèle l'existence du réseau de distribution qui prend la forme d'une institution. – V. également : AMIEL-COSME (L.), *La théorie institutionnelle du réseau*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1 s.

contrat-organisation<sup>2624</sup> (l'intérêt commun serait l'intérêt social dans la société<sup>2625</sup> ou l'intérêt de la famille dans le mariage<sup>2626</sup>) pouvant même intégrer les intérêts de tiers<sup>2627</sup>.

**698. Débat doctrinal.** Polysémique, l'intérêt commun est diversement défini et utilisé en doctrine.

**Diversité de définitions.** Certains auteurs conçoivent l'intérêt commun comme un synonyme d'intérêt général<sup>2628</sup>, d'autres voient un intérêt commun dans tout contrat<sup>2629</sup>, d'autres utilisent l'intérêt commun pour distinguer les contrats à titre onéreux des contrats à titre gratuit<sup>2630</sup>, d'autres perçoivent un intérêt commun seulement dans certains contrats gratuits ou onéreux formant une catégorie particulière de contrats regroupant le mandat d'intérêt commun et la société qui en serait l'archétype<sup>2631</sup>, d'autres soutiennent que le contrat d'intérêt commun est seulement une sous-catégorie de contrat-échange<sup>2632</sup>, d'autres encore qu'il

---

<sup>2624</sup> Rapp. : DIDIER (P.), *Brèves notes sur le contrat organisation*, in Mél. F. Terré, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 635 s., p. 636, dans les contrats-échange « les intérêts des parties sont [...] largement divergents » alors que le contrat-organisation « crée entre les parties les conditions d'un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement, et leurs intérêts sont donc structurellement convergents ».

<sup>2625</sup> Dans ce sens : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 26<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013, n° 399 – HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, Préf. N. Molfessis, Economica, 2012, n° 164 s., démontrant que « l'intérêt commun ne peut guère correspondre qu'à l'intérêt commun des associés » – Rapp. : RIPERT (G.), ROBLOT (R.), GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales*, 21<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 1559.

<sup>2626</sup> V. sur la question : HASSLER (T.), *L'intérêt commun*, RTD com. 1984, p. 581 s., p. 607 s., envisageant que « l'intérêt de la famille est une application de l'intérêt commun ».

<sup>2627</sup> La prise en compte de l'intérêt de tiers se manifeste notamment dans la conception de l'intérêt social entendu comme l'intérêt de l'entreprise, dégagée par l'arrêt *Fruehauf* (Paris 22/05/1965 : JCP 1965.II.14274 bis, concl. Nepveu ; D. 1968, 147, R. Contin) et soutenue par une partie de la doctrine (PAILLUSSEAU (J.), *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP E 1984.II.14193, n° 85 s.). En effet, l'intérêt social peut alors prendre en compte l'intérêt des salariés, des salariés et des clients, pourtant non partie au contrat de société. – Sur la question, voir notamment : TEYSSIE (B.), *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail*, D. 2004, p. 1680 s. – MARTIN (D.), *L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ?*, in Mél. D. Schmidt, Joly, 2005, p. 359 s.

<sup>2628</sup> Dans ce sens : ROUSSEAU (J.-J.), *Du Contrat social*, Folio, 2001, livre II, chap. I et II – SPINOZA (B.), *Traité des autorités théologique et politique*, in *Œuvres complètes*, Bibliothèque de la pléiade, Gallimard, 2002, chap. XVI – HOBBS (T.), *Léviathan*, Oxford university press, 1996, part. 2, chap. XVII – LOCKE (J.), *Traité du gouvernement civil*, GF Flammarion, 1992, chap. VIII.

<sup>2629</sup> Dans ce sens : DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. VI, Rousseau, 1931, n° 637, « au point de vue social, les contrats sont moins générateurs de droits individuels et individualistes dans leurs fins que des combinaisons protégées par loi pour arriver à des fins supérieures [...] ». Par le contrat, les personnes s'associent pour leur intérêt commun ». – V. également : MESTRE (J.), RTD civ. 1986, 101, le solidarisme contractuel tend à imposer « des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun ».

<sup>2630</sup> Dans ce sens : CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, définissant « l'intérêt du contrat » comme l'« avantage qu'offre un contrat soit en faveur d'une seule des parties (l'usage pour l'emprunteur dans le commodat, la garde pour le dépositaire dans le dépôt gratuit) soit pour les deux parties (société, C. civ. a. 1833 ; mandat d'intérêt commun : a. 1831-1) » (l'article 1833 du Code civil dispose que « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. » et l'article 1831-1 que « le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun »).

<sup>2631</sup> Dans ce sens : BÉNABENT (A.), *Le contrat d'intérêt commun en droit positif et en droit communautaire*, PA 0/12/1990, p. 21 s. – PIGACHE (C.), *Le mandat d'intérêt commun*, thèse Paris 5, 1991, défendant l'existence d'une catégorie de contrats d'intérêt commun regroupant le mandat d'intérêt commun et la société qui s'identifierait par l'existence d'un objet commun résidant dans la participation des parties aux risques et profits d'une même opération (n° 406 s.) et l'existence d'une cause commune caractérisée par l'adhésion des parties à une œuvre commune : l'intérêt social dans le contrat de société (n° 287 s.), le développement de l'entreprise du mandant dans le mandat d'intérêt commun (n° 263 s.) – CORNU (G.), RTD civ. 1973, p. 147, « dans la classification des contrats, la catégorie des contrats d'intérêt commun demanderait, sans doute, à être élaborée. Peut-être y découvrirait-on que, dans ce type de contrat, les clauses léonines qui rompent l'équilibre dans l'intérêt exclusif d'une seule partie font systématiquement perdre leur cause aux obligations de l'autre. Au moins y aurait-il un raisonnement à oser, en ce sens, à partir des articles 1854 et 1855, relatifs à la société, modèle achevé de contrat d'intérêt commun. » – Comp. : CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mél. G. Marty, Univ. Toulouse, 1978, p. 233 s., n° 17 s., préférant dégager une notion de contrat de collaboration.

<sup>2632</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 324 – HAMELIN (J.-F.), *op. cit.*, n° 22 s., « la conception traditionnelle du contrat qui réduit celui-ci à l'échange [...] doit être écartée » (n° 722) et que les qualifications de statut, de quasi-contrat ou d'acte collectif ne permettent pas de rendre compte de l'institution juridique du contrat-alliance (n° 55 s.) et proposant ainsi de caractériser celui-ci par l'existence d'une activité à laquelle chaque allié s'engage à participer et qui constitue l'objet commun du contrat (n° 98 s.), doublée de l'existence d'un intérêt commun qui réside dans le fait que la cause de l'engagement de chaque allié réside dans cette activité commune et notamment dans la chance de profits qu'elle représente (n° 148 s.). Dans le contrat de société, l'intérêt commun ne serait donc rien d'autre que l'intérêt social (n° 157 s.). L'auteur soutient que le mandat d'intérêt commun ne peut être qualifié de contrat-alliance car, même s'il existe une obligation d'intérêt commun caractérisée par le fait que « le mandataire doit intégrer dans la cause de son obligation sa propre prestation à côté de celle dont son mandant est éventuellement tenu », aucune activité commune ne peut être caractérisée (n° 187 s.). Selon l'auteur, il existe ainsi des contrats-échange d'intérêt commun mais ceux-ci « ne forment pas une catégorie intermédiaire entre les contrats-échanges et les contrats-alliance » (n° 186) mais sont des contrats-échanges particuliers en ce qu'ils comportent une ou plusieurs obligations d'intérêt commun (n° 198). – V. également : CHENEDE (F.), *Les commutations en droit privé*, Préf. A. Ghazi, Economica, 2008, n° 158, distinguant « les contrats-échanges de droit commun basés sur un antagonisme total des parties et les contrats-échange d'intérêt commun où l'antagonisme des contractants est atténué par l'intéressement de l'un à l'activité de l'autre ».

appartient à une troisième catégorie se situant entre le contrat-échange et le contrat-organisation<sup>2633</sup>. Une autre partie de la doctrine voit encore dans l'intérêt commun des considérations qui dépassent la sphère des contractants pour révéler un réseau présentant les caractères d'une institution<sup>2634</sup>.

**Diversité d'effets.** La doctrine tire également de l'intérêt commun des effets très variés<sup>2635</sup>. Certains auteurs soutiennent que l'intérêt commun entraînerait ou devrait entraîner une coopération renforcée lors de la conclusion<sup>2636</sup>, de l'exécution<sup>2637</sup> ou de la rupture du contrat en fondant notamment une obligation de justification<sup>2638</sup>. Une partie de la doctrine soutient, au contraire, que ce devoir de collaboration renforcé, effet de l'intérêt commun, est une « *invention* »<sup>2639</sup>.

Finalement, la notion et les effets de l'intérêt commun ne font pas l'unanimité en doctrine. La plupart des auteurs constatent l'existence de rapports se distinguant du contrat-échange classique mais les critères d'identification et le régime de ces rapports restent encore très flous et discutés<sup>2640</sup>.

**699. Droit positif.** Par ailleurs, si la notion d'intérêt commun appartient au droit positif, plusieurs règles légale y faisant référence, elle y apparaît le plus souvent comme un standard juridique et n'entraîne pas d'effet spécifique hors du mandat.

**En droit des sociétés,** l'article 1833 du Code civil qui impose que la société soit « *constituée dans*

---

<sup>2633</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012, distinguant les contrats qui concilient des intérêts contraires des contractants en opérant une permutation (« *le contrat permutation* » ou « *contrat échange* », contrat synallagmatique à titre onéreux) (n° 57 s.) de ceux qui réunissent des intérêts identiques pour réaliser une synergie (« *le contrat-concentration* » ou « *contrat-organisation* », contrat de société) (n° 104 s.) et soutenant qu'il existe entre ces deux pôles une catégorie intermédiaire hybride de « *contrats-coopération* » qui coordonnent des intérêts convergents mais différents des parties (n° 113 s.) et dont le contrat d'intérêt commun est expression naturelle (n° 184 s.). Pour identifier ce contrat « *il importe de mettre en rapport les obligations avec la finalité du contrat, à savoir les intérêts que poursuivent les parties. Dans le contrat-permutation, chaque obligation est ordonnée à la poursuite de l'intérêt exclusif du créancier qui est en droit de l'exiger alors que dans le contrat-coopération, les obligations se présentent comme des moyens de concourir à un projet ordonné à l'intérêt des deux parties. Pour autant, les obligations ne sont pas, comme dans le contrat de société, finalisées par un intérêt collectif unique mais servent deux intérêts distincts. Plus exactement, chaque obligation a pour finalité immédiate, l'intérêt du prestataire final et pour finalité médiate, l'intérêt du prestataire instrumental* » (n° 215).— V. également : TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 78 s. — Comp. : LICARI (F.-X.), *L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé*, RLDA 13/97, p. 95 s., l'intérêt commun *stricto sensu* devait être réservé au contrat de société car « *pour qu'il y ait intérêt commun stricto sensu, il faut que le but du contrat soit commun, un enrichissement, conséquence du lien contractuel et que cet enrichissement soit partagé sinon également, au moins proportionnellement aux investissements de chacun* ». L'auteur soutient qu'entre ce contrat et les contrats traduisant des intérêts antagonistes des parties existe « *un mode de relation d'intérêts se caractérisant par la soumission des intérêts de l'un à ceux de l'autre* » dans lequel « *une partie confie ses intérêts à l'autre partie, laquelle a pour obligation de veiller sur eux* ». Le mandat d'intérêt commun appartiendrait ainsi à cette dernière catégorie et non à celle des contrats d'intérêt commun (voir également : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 82 s.).

<sup>2634</sup> *Supra* note n° 2623.

<sup>2635</sup> V. par ex. : HASSLER (T.), *op. cit.*, p. 612 s., l'intérêt commun est la fois un « *facteur d'uniformisation* », un « *facteur de pacification* » et, en plus, il « *assure la stabilité du contrat* », « *justifie une égalité de traitement* », « *implique un renforcement de l'obligation de bonne foi* », et « *influence [...] les qualifications* ».

<sup>2636</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 351 s.

<sup>2637</sup> Dans ce sens : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 351 s. — TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 42 s. et n° 78 — LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 420 s. — CHENEDE (F.), *op. cit.*, n° 158 — LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, 63 s. — LEQUETTE (Y.), *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mel. P. Didier, Economica, 2008, p. 247 s., n° 14 s.— FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 93 s. — MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 411, LGDJ, 2004, n° 1162 s. — ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Préf. L. Aynès, Economica, 2002, n° 343 s. — VIRASSAMY (G.), *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1<sup>er</sup>)*, JCP E 1990.II.15809 — BÉNABENT (A.), *Le contrat d'intérêt commun...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>2638</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 507 s. — ANCEL (M.-E.), *op. cit.*, n° 179 s. — Comp. : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 369, l'intérêt commun peut entraîner une indemnisation du mandataire mais avoir un effet différent pour les concessionnaires car ils conservent leur clientèle si bien qu'« *en tout état de cause l'intérêt commun dans les contrats de distribution conclus avec des revendeurs n'entraîne pas un contrôle des motifs de la rupture* », les deux auteurs sont cependant en désaccord sur la question (note 700, p. 179).

<sup>2639</sup> HAMELIN (J.-F.), *op. cit.*, n° 224 s., spéc. n° 228 s., constatant « *l'absence totale d'influence de l'intérêt commun sur le devoir de bonne foi* » — Rapp. : STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 252 s.

<sup>2640</sup> Dans ce sens : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 355, encourageant la doctrine à identifier « *les contours et le régime juridique particulier* » du « *contrat d'intérêt commun* » — V. déjà : HASSLER (T.), *op. cit.*, p. 612, « *l'intérêt commun n'est pas une théorie d'une grande rigueur. Si on excepte la règle de l'irrévocabilité, l'intérêt commun, parce qu'il est une idée générale qui traverse toutes les branches du droit, semble voué à exercer une influence diffuse, plutôt qu'à engendrer des règles juridiques précises* » — CABRILLAC (M.), *op. cit.*, n° 17 s.

l'intérêt commun des associés » n'a fondé qu'un seul arrêt publié de la Cour de cassation<sup>2641</sup>. Cette notion aurait pourtant pu servir de fondement à l'exigence de l'*affectio societatis*, à la prohibition des clauses léonines<sup>2642</sup> ou encore à l'abus de droit de vote<sup>2643</sup> mais la jurisprudence lui préfère d'autres fondements<sup>2644</sup>.

**En droit des biens**, l'article 815-5 du Code civil prévoit qu'« un indivisaire peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun ». L'intérêt commun n'a pas d'effet particulier, il s'agit d'un standard juridique, synonyme d'intérêt des indivisaires ou de l'indivision, souverainement apprécié par les juges<sup>2645</sup>.

**En droit de la concurrence**, il est prévu une responsabilité pour le professionnel qui tente d'obtenir ou obtient des avantages consistant notamment « en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement »<sup>2646</sup>. Dans cette disposition, l'intérêt commun apparaît également comme un standard juridique dépourvu d'effet particulier sur le régime de la relation entre les parties.

**En droit de la distribution**, la référence à un « contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties » dans la loi *Doubin* a été ignorée par la jurisprudence<sup>2647</sup>. Dans les manuels et traités de droit de la distribution, elle ne fait l'objet de développements hors du mandat que pour constater son absence d'effet<sup>2648</sup>.

---

<sup>2641</sup> Une recherche sur *Legifrance*, le 10/05/2015 en texte intégral, sans limite temporelle, dans tous les arrêts publiés au bulletin de la Cour de cassation des termes « 1833 » et « intérêt commun des associés » (expression exacte) donne seulement 2 résultats. Dans le premier arrêt, l'intérêt commun des associés est invoqué par le pourvoi mais la Cour de cassation fonde sa solution sur l'« atteinte à l'objet social et à l'intérêt général de la société » (Civ. 3 16/12/2009 : n° 09-10209 ; B. n° 287). Le second arrêt (Com. 18/06/2002 : n° 99-11999 ; B. n° 108 ; JCP E 2002, 1556, A. Viandier ; D. 2003, 410, D. Cohen) concernait une opération coup d'accordéon. Le pourvoi soutenait que « l'intérêt commun des associés est distinct de l'intérêt social » et « qu'en déduisant l'absence d'atteinte à l'intérêt commun des associés du caractère supposé bénéfique de l'opération au regard de l'intérêt social, la cour d'appel a[va]it violé l'article 1833 du Code civil ». La Cour de cassation juge que « contrairement à ce que soutient [...] [le] moyen, [...] la cour d'appel qui a retenu que l'opération litigieuse, effectuée afin de préserver la pérennité de l'entreprise et en cela conforme à l'intérêt social, n'avait cependant pas nui à l'intérêt des actionnaires, fussent-ils minoritaires, qui d'une façon ou d'une autre réalisation de l'opération ou dépôt de bilan, auraient eu une situation identique, les actionnaires majoritaires subissant par ailleurs le même sort, n'a pas déduit l'absence d'atteinte à l'intérêt commun des associés de considérations relatives au seul intérêt social ». — Une recherche dans tous les titrages des arrêts de la Cour de cassation publiés au bulletin, des termes « intérêt commun » (expression exacte) et « société », donne 9 résultats dont seulement 2 sont en rapport avec le droit des sociétés mais concerne l'intérêt à agir et non l'article 1833 du Code civil : le premier arrêt est relatif à une action à l'égard d'une société en participation rejetée au motif que « la nature même de l'association en participation [...] interdisait d'exercer aucune action pour le compte de ses coparticipants dans l'intérêt commun » (Civ. 3 08/10/1970 : n° 69-10997 ; B. n° 492) et le second une action pour la défense des intérêts communs des obligataires sur le fondement de l'article L. 228-54 du Code de commerce (Com. 07/04/2010 : n° 09-11196 ; B. n° 75).

<sup>2642</sup> Dans ce sens : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Litec, 2007, n° 352 — RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 21<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1559 — Sur la question : PIROVANO (A.), *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, chron. p. 189 s. — SCHMIDT (D.), *De l'intérêt commun des associés*, JCP E 1994.1404.

<sup>2643</sup> Sur la question : MERLE (P.) et FAUCHON (A.), *Sociétés commerciales*, 18<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 70.

<sup>2644</sup> L'*affectio societatis* est conçu comme une création prétorienne sans fondement textuel. Pour sanctionner les clauses léonines, la jurisprudence préfère se fonder sur l'article 1844-1 du Code civil et pour sanctionner les abus de vote, elle fait plutôt référence à l'intérêt social (voir cependant : Com. 18/06/2002 : n° 99-11999 ; B. n° 108, *op. cit.*). — V. également : Com. 30/11/2004 : n° 01-16581 ; JCP E 2005, 131, J. J. Caussin, F. Deboissy et G. Wiker, visant l'article 1833 du Code civil et posant ensuite en principe que « la résolution d'une assemblée d'actionnaires prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser des membres de la majorité au détriment de membres de la minorité constitue un abus de majorité et engage la responsabilité de ses auteurs » mais faire de référence expresse à l'intérêt commun.

<sup>2645</sup> V. par ex. : Civ. 1 05/03/2014 : n° 12-26618 — Civ. 1 04/12/2013 : n° 12-20158 — Civ. 1 06/11/2013 : n° 12-25788 — Civ. 3 28/11/2012 : n° 11-19585 — Com. 10/07/2012 : n° 11-21789 ; B. n° 157 — Civ. 1 20/06/2012 : n° 10-14089 — Civ. 1 15/02/2012 : n° 10-21457 ; B. n° 31 — Civ. 1 28/09/2011 : n° 10-21565 — Civ. 3 15/06/2011 : n° 10-19735 — Dans le cadre du mariage, la jurisprudence utilise également l'intérêt commun comme synonyme d'intérêt de la communauté : Civ. 1 24/09/2014 : n° 13-17593, « si un époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et de disposer seul des deniers communs dont l'emploi est présumé avoir été fait dans l'intérêt de la communauté, il doit cependant, lors de la liquidation, s'il en est requis, informer son conjoint de l'affectation des sommes importantes prélevées sur la communauté qu'il soutient avoir été employées dans l'intérêt commun ».

<sup>2646</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 1°.

<sup>2647</sup> *Supra* n° 484.

<sup>2648</sup> V. par ex. : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, soutenant à propos de la loi *Doubin* que la mention de l'intérêt commun « est sans conséquence puisque tout contrat de distribution est d'intérêt commun » (n° 256) et ne consacrant aucun autre développement à cette notion hors du mandat. — FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, consacrant deux paragraphes à la notion de contrat d'intérêt commun pour constater sa portée incertaine et limitée (n° 598) et conclure « qu'il paraît [...] délicat de conférer un rôle opératoire à la notion » (n° 698). — LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, n° 58 s., défendant la qualification de contrat



**700. Conclusion.** Finalement, il apparaît que le critère et les effets de l'intérêt commun en droit positif ne peuvent véritablement être dégagés qu'à partir de l'étude de la jurisprudence sur le mandat. Cette étude est d'autant plus pertinente que le mandat n'est pas, par nature ou détermination de la loi, d'intérêt commun si bien que l'intérêt commun apparaît comme un caractère spécifique s'adjoignant à la qualification de mandat<sup>2649</sup>. Les éléments de qualification devant s'ajouter au mandat pour lui donner ce caractère devraient ainsi permettre d'identifier l'intérêt commun<sup>2650</sup>.

## **a.2 - La notion d'intérêt commun dans le mandat**

**701. Présentation et plan.** Le mandat d'intérêt commun est une notion jurisprudentielle développée pour pallier l'inadaptation du régime légal de cessation du mandat à certaines applications spécifiques de ce contrat, en particulier dans la distribution. La notion trouve ainsi son origine dans des remises en cause de la conception classique du mandat (a.2.1). Elle connaît une acception classique et une acception moderne qui intéresse particulièrement la distribution (a.2.2).

### **a.2.1 - L'origine du mandat d'intérêt commun**

**702. La conception classique du mandat.** Dans la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle, le mandat était un « *petit contrat* » comparativement à d'autres, notamment à la vente<sup>2651</sup>. Il constituait un service d'ami, un contrat de bienfaisance qui ne jouait, en principe, qu'un rôle exceptionnel dans les échanges économiques, ce que rappellent les dispositions du Code civil en énonçant que « *le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire* »<sup>2652</sup>. Le mandataire ne devant y trouver qu'un intérêt moral, le mandat était conçu comme donné dans le seul intérêt du mandant<sup>2653</sup>. Il présentait classiquement un caractère *intuitu personae* très marqué<sup>2654</sup>, le mandant ne pouvant confier ses intérêts qu'à une personne de confiance et le mandataire n'acceptant d'exécuter une mission gratuitement qu'en raison des liens particuliers l'unissant au mandant. Il s'agissait également d'un contrat souvent occasionnel et temporaire prenant fin lorsque le mandataire avait fait ce qui lui avait été demandé<sup>2655</sup>. Cette conception du mandat transparaît dans son régime de cessation.

**703. Le régime de droit commun de cessation du mandat.** Ainsi, le Code civil déroge aux règles du

---

d'intérêt commun tout en constatant qu'elle est pour l'instant descriptive et n'a aucune conséquence hors du mandat. – Comp. : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 369, constatant que l'intérêt commun n'a pas eu d'effet hors du mandat mais estimant qu'il n'est pas sûr que la qualification ne serve à rien car elle « *va permettre de déceler la mauvaise foi et l'abus dans certains comportements égoïstes des parties* ».

<sup>2649</sup> Com. 17/02/1958 : D. 1958, 541, J. Vidal, approuvant une cour d'appel d'avoir jugé « *que le contrat de mandat soit pur et simple ou d'intérêt commun, il est avant tout un mandat, et le fait d'y ajouter une qualité (intérêt commun) ne saurait changer sa nature* ».

<sup>2650</sup> Dans cette perspective, seront exclues toutes les décisions concernant la qualification d'agent commercial au sens du décret du 23/12/1958 ou de la loi du 25/06/1991. En effet, cette qualification ne suppose pas la caractérisation de l'intérêt commun puisque cette notion n'entre pas dans la définition de l'agent commercial mais apparaît seulement dans une disposition légale relative au régime de l'agence commerciale (C. com. art. L. 134-4 – décret n° 58-1345 du 23/12/1958, art. 3). – De même, l'article 1831-1 du Code civil dispose que « *le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun* » mais il ne s'agit pas non plus d'une condition de qualification.

<sup>2651</sup> LE TOURNEAU (P.), *De l'évolution du mandat*, D. 1992, p. 156 s. – Sur l'évolution du mandat, voir également : MEKKI (M.), *Mandat – Définition et caractères distinctifs*, JCl. Civil Code, fasc. 10, 2009, maj. 2012, n° 6 s. – PELLET (S.), *Gratuité ou onérosité du mandat : un critère pertinent ?*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 69 s. – LEDUC (F.), *Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise*, in Mél. G. Viney, LGDJ, 2008, p. 595 s.

<sup>2652</sup> C. civ. art. 1986.

<sup>2653</sup> Seul l'intérêt du mandant apparaît dans la définition légale du mandat : un « *acte par lequel un personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* » (C. civ. art. 1984).

<sup>2654</sup> Sur la question : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, n° 31114.

<sup>2655</sup> HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris 2, 1973, n° II-142.

droit commun de la rupture des contrats dans un sens favorable au mandant. Il lui est octroyé une faculté de rupture unilatérale sans motivation, sans justification<sup>2656</sup> et sans indemnisation<sup>2657</sup> même si le contrat est à durée déterminée<sup>2658</sup>. La seule limite réside dans l'abus subjectif<sup>2659</sup>. L'objectif est de permettre au mandant de révoquer le mandat dès qu'il n'y trouve plus intérêt ou dès qu'il perd confiance en son mandataire<sup>2660</sup>. Au contraire, le Code civil prévoit que le mandataire qui renonce au mandat doit, en principe, indemniser le mandant si cette renonciation lui préjudicie<sup>2661</sup>.

Ce régime se justifie parfaitement dans la conception classique du mandat. L'exécution de ce contrat ne devant procurer au mandataire qu'une satisfaction morale, sa révocation ne lui porte aucun préjudice pécuniaire sachant qu'il sera remboursé des avances et frais exposés pour la mission<sup>2662</sup>, des pertes essuyées<sup>2663</sup> et payés des salaires éventuellement promis<sup>2664</sup>. Quant au préjudice moral, il ne sera subi qu'en cas de révocation vexatoire et sera alors réparé par application de la théorie de l'abus de droit<sup>2665</sup>.

**704. Le mandat d'intérêt commun classique.** Cependant, la jurisprudence a eu à connaître de mandats ayant pour objet une mission qui ne pouvait être considérée comme l'affaire du mandant mais intéressait directement le mandataire, remettant ainsi en cause les fondements du régime légal de cessation du mandat. Tel est par exemple le cas d'un débiteur qui charge son créancier de vendre l'un de ses biens et de se désintéresser sur le prix<sup>2666</sup>. Dans cette opération, le mandat cesse d'être l'affaire du mandant<sup>2667</sup>. Le mandataire a intérêt à sa mission car, même si son accomplissement ne donnera pas lieu à rémunération, elle lui permettra de recouvrer, au moins en partie, sa créance. Les intérêts des parties convergent alors puisque le mandant et le mandataire ont intérêt à ce que le bien soit vendu au meilleur prix car de l'importance de celui-ci dépendra de l'étendue de recouvrement de la créance et d'extinction corrélative de la dette. La confiance du mandant en son mandataire n'est plus subjective mais objective : la configuration même du mandat garantit que le mandataire réalisera la mission au mieux des intérêts du mandant.

Cet intérêt du mandataire est directement lié à l'objet du mandat alors qu'il est seulement indirect lorsque le mandat est simplement rémunéré. En effet, si le mandataire salarié a bien un intérêt pécuniaire à exécuter son mandat, il n'est pas intéressé à la poursuite de son objet même<sup>2668</sup>. Le Code civil prévoit d'ailleurs, que s'il n'y a pas de faute imputable au mandataire, le mandant ne peut, en principe, se dispenser de lui payer le

---

<sup>2656</sup> C. civ. art. 2004 « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble. » – Civ. 1 25/02/2010 : n° 08-22066 ; B. n° 44 ; Defr. 2010, 1708, J.-B. Seube, « la révocation partielle du mandat est, comme sa révocation totale, laissée à la discrétion du mandant ».

<sup>2657</sup> Civ. 1 06/03/2001 : n° 98-20431 ; B. n° 56 ; JCP 2002.II.10067, Y. Dagorne-Labbé ; CCC 2001, 102, L. Leveneur ; RTD civ. 2001, 589, J. Mestre et B. Fages – Civ. 1 23/05/1979 : n° 77-15879 ; B. n° 153.

<sup>2658</sup> Civ. 3 27/04/1988 : n° 86-11.718 ; B. n° 80.

<sup>2659</sup> V. par ex. : Civ. 1 28/01/2003 : n° 00-15519 ; B. n° 27.

<sup>2660</sup> « Le mandat ne saurait subsister là où s'est envolée la confiance » (CARBONNIER (J.), note ss Paris 31/01/1953, RTD civ. 1953, p. 718 s., n° 8) – V. également : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 451 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 555 – BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 960 – COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 635 –

<sup>2661</sup> C. civ. art. 2007.

<sup>2662</sup> C. civ. art. 1999.

<sup>2663</sup> C. civ. art. 2000.

<sup>2664</sup> C. civ. art. 1999.

<sup>2665</sup> Civ. 1 28/01/2003 : n° 00-15519 ; B. n° 27.

<sup>2666</sup> Com. 07/04/1965 : B. n° 266.

<sup>2667</sup> Le droit romain connaissait déjà ce type particulier de mandat nommé « *procuratio in rem suam* », par lequel un débiteur donnait mandat à son créancier de poursuivre l'un de ses propres débiteurs et de se payer sur les sommes recouvrées sans avoir à rendre compte (PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 24).

<sup>2668</sup> PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 236.

salaire promis « *lors même que l'affaire n'aurait pas réussi* »<sup>2669</sup>. Au contraire, dans le mandat d'intérêt commun l'échec de l'affaire atteint l'intérêt du mandataire.

La jurisprudence a donc écarté le régime légal de cessation du mandat lorsqu'une personne, autre que le mandant, avait un intérêt pécuniaire<sup>2670</sup> à l'objet même du mandat<sup>2671</sup> révélant alors que le « *mandat a[vait] été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire* »<sup>2672</sup>. Est ainsi née la théorie classique du mandat d'intérêt commun. Ce mandat particulier était alors considéré comme l'accessoire nécessaire à la réalisation d'un lien de droit principal préexistant ou coexistant dans lequel le mandant était débiteur d'une obligation<sup>2673</sup>. Il devait être « *la suite ou le mode d'exécution* » de ce lien de droit<sup>2674</sup>.

A côté de ces hypothèses particulières d'utilisation, le mandat a également servi de support à des relations de distribution remettant encore en cause les fondements de son régime légal de cessation. Ce nouvel usage a conduit la jurisprudence à adjoindre à la notion classique de mandat d'intérêt commun, une notion moderne.

**705. Le mandat d'intérêt commun moderne.** Avant même la promulgation du Code civil, le mandat était déjà de plus en plus souvent rémunéré et est devenu, avec les révolutions industrielle et commerciale, un contrat onéreux de la vie des affaires <sup>2675</sup> au point que la Cour de cassation a fini par juger que « *gratuit de sa nature, le mandat est présumé salarié lorsqu'il est conféré à une personne dont la profession habituelle consiste à s'occuper des affaires d'autrui* »<sup>2676</sup>. Un des fondements du régime classique a donc été ébranlé mais le caractère onéreux du mandat et le développement de son utilisation dans les relations économiques étaient néanmoins insuffisants pour remettre totalement en cause la libre révocabilité du mandataire<sup>2677</sup>. En effet, le Code civil prévoit expressément la possibilité d'un mandat onéreux et lui fait produire des effets sur la responsabilité du mandataire, appréciée plus rigoureusement<sup>2678</sup> mais pas sur sa libre révocabilité<sup>2679</sup>. Le mandat onéreux reste l'affaire du mandant car seul son patrimoine est engagé par les actes du mandataire qui, de son côté, n'est intéressé qu'indirectement à sa mission (il l'accomplit en raison du salaire), ne subit,

---

<sup>2669</sup> C. civ. art. 1999, al. 2.

<sup>2670</sup> Si l'intérêt simplement moral du mandataire ou d'un tiers suffisait à caractériser un mandat d'intérêt commun, tout mandat serait qualifié ainsi, par conséquent, la jurisprudence exige un intérêt pécuniaire. – Sur la question : GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 280.

<sup>2671</sup> Le caractère onéreux du mandat est insuffisant à caractériser un intérêt commun : Civ. 11/02/1891 : S. 1891.I.121 – Req. 01/05/1907 : D. 1907.I.435 – Civ. 04/03/1914 : D. 1916.I.68 – Soc. 30/12/1949 : S. 1950.I.103.

<sup>2672</sup> Civ. 13/05/1885 : DP 1885.I.351 ; S. 1887.I.220 – V. aussi : Req. 22/01/1868 : DP 1868.I.169 – Req. 06/01/1873 : S. 1873.I.24 – Civ. 11/02/1891 : S. 1891.I.121 – Pour d'autres exemples : HASSLER (T.), *op. cit.*, p. 602 – HOUIN (B.), *op. cit.*, n° II-138.

<sup>2673</sup> PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 44 – HOUIN (B.), *op. cit.*, n° II-138.

<sup>2674</sup> Com. 06/01/1965 : B. n° 12 – Il était la suite de ce lien de droit lorsqu'il était donné à l'occasion de la création d'une situation juridique ou de la gestion d'une situation commune (V. les arrêts cités par PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 50 s.). L'intérêt commun résidait alors dans le fait que le mandant et le mandataire avaient tous deux des droits directs et concurrents sur l'objet du mandat. La qualification a, par exemple, été retenue pour un mandat donné à un copropriétaire par un autre pour l'administration des biens communs. Dans cette espèce, la Cour de cassation jugea que « *la cour d'appel ne pouvait légalement refuser de reconnaître l'intérêt pécuniaire [qu'avait le mandataire], par sa qualité même [de copropriétaire], à l'exécution de son mandat* » (Civ. 13/05/1885 : D. 1885.I.351 ; S. 1887.I.220). Le mandat n'était pas la suite mais le mode d'exécution du lien de droit préexistant ou coexistant lorsqu'il avait pour objet le recouvrement d'une somme d'argent ou encore l'exercice d'une action en justice (voir les exemples précités et PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 57 s.).

<sup>2675</sup> Sur la question : PELLET (S.), *Gratuité ou onérosité du mandat : un critère pertinent ?*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 69 s. – LE TOURNEAU (P.), *De l'évolution du mandat*, D. 1992, p. 156 s. – PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 237.

<sup>2676</sup> Civ. 1 19/12/1989 : n° 87-11428 ; B. n° 399 – Sur la question : PELLET (S.), *Gratuité ou onérosité du mandat : un critère pertinent ?*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 69 s.

<sup>2677</sup> PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 233 s.

<sup>2678</sup> C. civ. art. 1992, al. 2, « *la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ».

<sup>2679</sup> Or, là où la loi ne distingue pas, nous non-plus ne devons distinguer (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

en principe, aucune perte et perçoit son salaire même en cas d'échec sauf faute de sa part<sup>2680</sup>.

Le développement des mandats de représentation commerciale a cependant montré les limites de ce régime. En effet, leur objet est la diffusion des produits ou services du mandant et le mandataire perçoit une commission sur chacune des commandes passée grâce à son activité. Dans cette configuration, le mandataire s'efforce de développer le plus possible la clientèle du mandant car il y est directement intéressé : plus la clientèle de son mandant sera importante, plus il percevra de commissions. Ce type de mandat est, par ailleurs, caractérisé par sa durée<sup>2681</sup>. Il installe une convergence durable d'intérêts puisque le mandataire, collaborateur permanent du mandant, est chargé d'une mission sans fin nécessitant une durée minimale<sup>2682</sup> : distribuer les produits ou services du mandant. Tant que la clientèle existera pour ces produits ou services, le représentant continuera à transmettre des commandes, à exécuter son mandat. Le mandataire a alors intérêt à la réalisation de l'objet du mandat et au maintien du contrat. L'ensemble des fondements du régime classique du mandat sont ainsi remis en cause : le mandat n'est plus donné dans le seul intérêt du mandant, il n'est plus un contrat temporaire et occasionnel mais un contrat de situation<sup>2683</sup> ayant vocation à s'installer dans la durée et la confiance du mandant devient plus objective puisque le mandataire a un intérêt pécuniaire à l'accomplissement de l'objet même de sa mission.

L'application du régime légal à ces mandats permettait alors au mandant de rompre librement la relation au moment où l'activité de prospection du mandataire commençait à porter ses fruits et conserver ainsi la clientèle créée et développée par ce dernier tout en économisant les commissions<sup>2684</sup>. Le statut des VRP de 1937<sup>2685</sup> a protégé un certain nombre de mandataires en les intégrant dans le droit du travail mais d'autres ont continué à subir ces ruptures. Certains juges du fond ont appliqué le régime du mandat d'intérêt commun mais la jurisprudence était partagée<sup>2686</sup>. La Cour de cassation a pris position le 26 février 1958 en approuvant une cour d'appel d'avoir jugé, à propos d'un contrat de représentation commerciale, « *que le contrat liant les parties, ayant le caractère d'un mandat d'intérêt commun, ne pouvait être unilatéralement résilié sans motif légitime* »<sup>2687</sup>. Quelques mois plus tard, le 23 décembre 1958, a été valablement adopté le premier statut des agents commerciaux<sup>2688</sup> dont les conditions d'application formelles étaient strictes<sup>2689</sup>. La Cour de cassation a ainsi trouvé dans l'intérêt commun un moyen de protéger les agents exclus du statut et a

---

<sup>2680</sup> C. civ. art. 1999 et 2000 – La jurisprudence accorde cependant le droit de réviser la rémunération au regard du service effectivement rendu ce qui peut conduire à la supprimer si l'intervention du mandataire n'a pas été utile. Sur la question : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31257 s. – BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n° 947.

<sup>2681</sup> HOUIN (B.), *op. cit.*, n° II-142.

<sup>2682</sup> Le temps nécessaire pour créer et développer une clientèle est généralement estimé à 2 années (MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1016).

<sup>2683</sup> Sur la question : CABRILLAC (M.), *op. cit.*, n° 8 s.

<sup>2684</sup> *Infra* n° 730.

<sup>2685</sup> Loi du 18/07/1937 : JORF 20/07/1937, 8162.

<sup>2686</sup> Sur la question : GRIGNON (P.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Préf. J.-M. Mousseron et D. Ferrier, BDE, Litec, 2000, n° 209 – PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 30 s. – Contre : Paris 01/03/1957 : JCP 1957.II.9875, R. Roubles, « *la révocabilité du mandat par le commettant "quand bon lui semble" est une caractéristique essentielle de ce contrat conformément à l'article 2004 C. civ., aucune disposition légale ne permet de déroger à cette règle lorsque le mandat a pour objet des actes de commerce* » – Paris 22/10/1955 : JCP 1956.II.9101, C. Turlan ; RTD com. 1956, 100, J. Hemard, « *aucune dérogation législative [n'étant] intervenue pour modifier en faveur des agents commerciaux les règles de droit commun prescrites par le Code civil en matière de mandat [...] le contrat d'agent commercial ne peut être soumis qu'à ces règles de droit commun* ».

<sup>2687</sup> Com. 26/02/1958 : B. n° 94 ; GP 1958.I.348 ; D. 1958, 541, J. Vidal ; JCP 1958.II.10706, B. Boccara ; RTD com. 1958, 811, J. Hemard.

<sup>2688</sup> *Infra* n° 730.

<sup>2689</sup> Il était notamment requis une immatriculation sur un registre spécial et un contrat écrit indiquant la qualité des parties (décret n° 58-1345 du 23/12/1958, art. 1<sup>er</sup>, al. 2 et art. 4, al. 2). – Sur la question, voir notamment : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *op. cit.*, n° 31519.

jugé, d'une part, que « l'exclusion de l'application du décret du 23 déc. 1958 [...] n'écarte pas la possibilité de se prévaloir des effets différents attachés par le droit commun du mandat conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire »<sup>2690</sup> et, d'autre part, que « l'intérêt d'un essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle [est] un intérêt commun justifiant, pour la révocabilité de ce mandat, une dérogation aux règles des mandats gratuits ou salariés dont l'objet n'intéresse que le mandant »<sup>2691</sup>. Elle a ainsi dégagé progressivement les éléments caractéristiques de ce mandat d'intérêt commun moderne.

### a.2.2 - Les critères du mandat d'intérêt commun moderne

**706. Présentation.** Le mandat d'intérêt commun moderne est caractérisé, pour la jurisprudence, par le fait que la réalisation de son objet présente pour le mandant et pour le mandataire un intérêt à l'essor de l'entreprise par la création et le développement de la clientèle<sup>2692</sup>. L'intérêt du mandant à la réalisation de l'objet du mandat est évident car il fixe la mission du mandataire qui va agir en son nom et pour son compte. C'est ainsi l'intérêt du mandataire à la réalisation de l'objet du mandat qui doit être caractérisé<sup>2693</sup>.

**707. Éléments indifférents.** A cet égard, différents éléments sont indifférents.

**Lien de droit préexistant.** Ainsi, à la différence du mandat d'intérêt commun classique, le mandat d'intérêt commun moderne ne suppose pas l'existence d'un lien de droit autre que le mandat. Aucune convention explicite ou implicite sur la clientèle n'est nécessaire<sup>2694</sup>.

**Clientèle commune.** L'intérêt commun ne suppose pas non plus l'existence d'une « clientèle commune » qui impliquerait un droit direct et concurrent du mandataire sur la clientèle développée au nom et pour le compte de son mandant. Une partie de la doctrine, dans le but d'unifier la notion de mandat d'intérêt commun, a retenu cette expression<sup>2695</sup> et la Cour de cassation l'utilise dans certaines de ses décisions<sup>2696</sup>. Cependant, elle juge par ailleurs que le mandataire démarche la clientèle au nom et pour le compte du mandant si bien que, par l'effet de la représentation, il ne peut avoir aucun droit direct sur la clientèle qui est la propriété exclusive du mandant et n'est donc pas commune<sup>2697</sup>. Seule l'exploitation (la

<sup>2690</sup> Com. 08/10/1969 : B. n° 283 ; D. 1970, 143, J. Lambert ; RTD com. 1970, 473, n° 12, J. Hémard ; JCP 1970.II.16339, J. Hémard – V. également : Com. 20/01/1971 : n° 69-14744 ; B. n° 20 – Com. 02/03/1982 : 79-16572 ; B. n° 83.

<sup>2691</sup> Com. 08/10/1969 : B. n° 284 ; D. 1970, 143, J. Lambert ; RTD com. 1970, 473, n° 12, J. Hémard.

<sup>2692</sup> Com. 08/10/1969 : B. n° 284 ; D. 1970, 143, J. Lambert ; RTD com. 1970, 473, n° 12, J. Hémard – Dans ce sens également : Com. 20/01/1971 : n° 69-14744 ; B. n° 20 – Com. 02/07/1979 : n° 78-11280 ; B. n° 222 – Civ. 1 2/12/1997 : n° 95-15015 ; B. n° 342 ; Defr. 1998, 332, P. Delebecque et 406, A. Bénabent ; GP 1998.I.195, concl. M. Saint Rose – Com. 29/02/2000 : n° 97-15935 ; B. n° 44 – Com. 30/11/2004 : n° 02-18478 – Com. 20/02/2007 : n° 05-18444 ; B. n° 57 ; D. 2007, 867, X. Delpech ; CCC 2007, 124, M. Malaurie-Vignal et 145, L. Leveneur – Com. 26/05/2009 : n° 08-13839 – Com. 24/11/2009 : n° 08-19596.

<sup>2693</sup> Sur les critères jurisprudentiels du mandat d'intérêt commun : PIMBERT (A.), *Le mandat d'intérêt commun*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 189 s.

<sup>2694</sup> Cette idée soutenue par une partie de la doctrine (HOUIN (B.), *op. cit.*, n° II-142 – CATONI (J.), *La rupture du contrat d'agent commercial*, Bibl. dr. com., t. 22, Sirey, 1970, n° 72) est clairement rejetée par la jurisprudence qui ne fait jamais référence à un tel lien. – Sur la question : PIGACHE (C.), *Le mandat d'intérêt commun*, thèse Paris 5, 1991, n° 183 s.

<sup>2695</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *op. cit.*, n° 280 – BRUNET (A.), *Clientèle commune et contrat d'intérêt commun*, Mél. A. Weil, Dalloz-Litec, 1983, p. 85 s., spéc. n° 10 – HASSLER (T.), *op. cit.*, p. 602 – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 110 – TRIBES (A.), *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse, Paris, 1975, p. 278 – LAMBERT (J.), note ss Com. 08/10/1969, D. 1970, p. 147 – V. également : HAMELIN (J.-F.), *op. cit.*, n° 188.

<sup>2696</sup> Dans ces arrêts, la Cour de cassation reprend les termes de la cour d'appel : Com. 07/10/2014 : n° 13-17500 – Com. 19/11/2002 : n° 99-10793 – Com. 20/02/2007 : n° 05-18444 ; B. n° 57 ; JCP 2007.IV.1669 ; D. 2007, 867, X. Delpech ; CCC 2007, 124, M. Malaurie-Vignal et 145, L. Leveneur – Com. 08/07/2008 : n° 07-12759 ; B. n° 148 ; D. 2008, 2140, X. Delpech ; RTD com. 2008, 828, D. Legeais ; CCC 2008, 229, N. Mathey.

<sup>2697</sup> *Supra* n° 170 – Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 1034, « cette notion de clientèle commune n'a guère de sens dans la mesure où la clientèle appartient au mandant » – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 180 – PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 347, « la clientèle ne fait que passer entre ses mains pour s'attacher au mandant ».

création et le développement) de cette clientèle est commune<sup>2698</sup>, le mandataire en tirant un droit à commission. Par suite, lorsque la jurisprudence caractérise l'intérêt du mandataire « à l'essor de l'entreprise par la création et le développement de la clientèle » elle vise l'essor de l'entreprise du mandant<sup>2699</sup> par création et développement de sa clientèle<sup>2700</sup>. C'est l'intérêt à l'essor de cette entreprise qui doit être commun au mandant et au mandataire<sup>2701</sup> et non l'entreprise ou la clientèle.

**Participation aux risques.** La Cour de cassation a également précisé que l'intérêt du mandataire ne supposait pas sa participation aux risques de l'entreprise du mandant<sup>2702</sup> ni l'existence de risques liés aux produits invendus qui lui ont été confiés<sup>2703</sup>.

**Exclusivité.** Les juges étaient souvent sensibles à l'existence de clauses d'exclusivité en faveur du mandataire<sup>2704</sup> mais la Cour de cassation a clairement jugé que « la qualification de mandat d'intérêt commun n'est pas subordonnée à la stipulation d'une exclusivité entre les parties »<sup>2705</sup>.

**708. Éléments pertinents.** Pour retenir que l'objet du mandat présente pour le mandataire un intérêt résidant dans l'essor de l'entreprise du mandant par la création et le développement de sa clientèle, la jurisprudence s'attache finalement à trois éléments.

**Intervention dans la création ou de développement de la clientèle du mandant.** Tout d'abord, comme l'intérêt du mandataire à l'essor de l'entreprise du mandant doit résider dans la création ou le développement de la clientèle de ce dernier, il est nécessaire que le mandataire intervienne dans cette création ou ce développement<sup>2706</sup>. Cependant, l'objet même du mandat n'a pas à être expressément la création ou le développement d'une clientèle, il suffit que sa poursuite présente un intérêt pour le mandataire résidant dans l'essor de l'entreprise du mandant par la création et le développement de la clientèle<sup>2707</sup>, ce qui est généralement le cas lorsque l'objet est la distribution des produits et services du mandant.

**Intérêt pécuniaire à la création ou au développement de la clientèle.** Ensuite, pour que le mandataire trouve un intérêt à l'essor de l'entreprise du mandant par le développement de sa clientèle, il doit être intéressé pécuniairement à cet essor ce qui suppose un revenu lié au nombre ou à la valeur des affaires

---

<sup>2698</sup> Com. 24/11/2009 : n° 08-19596 ; JCP E 2010, 1444, P. Grignon ; CCC 2010, 203, N. Mathey.

<sup>2699</sup> V. cependant : Com. 29/02/2000 : n° 97-15935 ; B. n° 90 ; JCP 2000.II.10355, E. Cadou, faisant référence à « l'entreprise commune », la décision concernait un mandataire pour la vente de journaux qui n'assumait pas les risques d'invendus, ceux-ci étant repris par le mandant, la Cour de cassation y juge que « la participation du mandataire aux risques financiers de l'entreprise commune n'est pas un élément constitutif du mandat d'intérêt commun ». Cette référence à l'entreprise commune s'explique en réalité par le fait que la Cour de cassation répond au moyen du pourvoi qui invoquait que « le mandat d'intérêt commun suppose que la réalisation de l'objet du mandat présente pour le mandant et le mandataire l'intérêt d'un essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle ainsi que la participation aux risques financiers de l'entreprise commune ».

<sup>2700</sup> Pour des arrêts précisant que la clientèle est celle du mandant : Com. 24/11/2009 : n° 08-19596 – Com. 26/05/2009 : n° 08-13839 – Com. 17/05/1989 : n° 87-17420 ; B. n° 157 – Com. 06/01/1965 : n° 61-12603 ; B. n° 12.

<sup>2701</sup> Civ. 1 02/12/1997 : n° 95-15015 ; B. n° 342 ; Defr. 1998, 332, P. Delebecq et 406, A. Bénabent ; GP 1998.I.195, concl. M. Saint Rose.

<sup>2702</sup> Dans ce sens : Com. 29/02/2000 : n° 97-15935 ; B. n° 90 ; JCP 2000.II.10355, E. Cadou, « la participation du mandataire aux risques financiers de l'entreprise commune n'est pas un élément constitutif du mandat d'intérêt commun » – Contra : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 1036.

<sup>2703</sup> Dans ce sens : Com. 02/03/1993 : n° 90-18403 ; B. n° 90 ; JCP 1993.II.22176 M. Béhar-Touchais ; D. 1994, 48, T. Aubert-Monpeyssen ; D. 1994, chron. 73, J. Ghestin, « Mme X... avait un intérêt à la diffusion des journaux que lui livrait la société, c'est-à-dire à l'exécution de l'objet du contrat, peu important l'absence de risque financier résultant de la reprise des exemplaires invendus ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a exactement décidé que le contrat liant Mme X... à la société, constituait un mandat d'intérêt commun »

<sup>2704</sup> HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris 2, 1973, n° II-157.

<sup>2705</sup> Com. 26/05/2009 : n° 08-13839.

<sup>2706</sup> Dans ce sens : Com. 06/01/1965 : n° 61-12603 ; B. n° 12. – V. également : Com. 17/05/1989 : n° 87-17420 ; B. n° 157.

<sup>2707</sup> Dans ce sens : Com. 02/07/1979 : n° 78-11280 ; B. n° 222.

apportées (une commission)<sup>2708</sup> mais, comme pour le mandat d'intérêt commun classique, le caractère onéreux du mandat est insuffisant à caractériser, en lui-même, un intérêt commun<sup>2709</sup>.

**Mandat conçu largement et dans la durée.** Enfin, la notion d'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle suppose un mandat conçu assez largement et pour une certaine durée<sup>2710</sup>.

S'il n'a été donné que pour la prospection d'un client déterminé, le mandataire n'aura pas d'intérêt à l'essor de l'entreprise du mandant, son droit à rémunération disparaîtra une fois le client démarché<sup>2711</sup>.

L'essor de l'entreprise par la création ou le développement de la clientèle suppose également une certaine durée<sup>2712</sup>. Un mandat trop court pour permettre l'essor de l'entreprise par création ou développement de la clientèle ne pourrait donc permettre au mandataire de trouver un intérêt à cet essor.

La jurisprudence s'attache ainsi à l'étendue et à la durée de la mission du mandataire<sup>2713</sup>.

**709. Conclusion.** Finalement, l'étude du mandat d'intérêt commun révèle qu'en dépit de l'existence d'un régime légal de libre rupture du contrat par une des parties, une obligation de justification peut être découverte dans l'existence d'une communauté d'intérêts des parties découlant de la poursuite de l'objet du contrat, communauté qui résulte, soit de l'existence d'un lien de droit préexistant ou coexistant au contrat dont celui-ci est la suite ou le mode d'exécution (théorie classique), soit du fait que la poursuite de l'objet du contrat a pour effet de développer l'entreprise d'une des parties par création et développement de sa clientèle et de générer des revenus proportionnels à ce développement pour l'autre partie (théorie moderne).

A partir de ces critères de caractérisation, il est possible de vérifier l'hypothèse que l'intérêt commun serait absent des relations de distribution dont la rupture n'a pas à être justifiée et, au contraire, serait

---

<sup>2708</sup> Civ. 1 01/07/1986 : n° 85-11356 ; B. n° 186, relevant que « chacune des parties devait tirer de cette convention un intérêt lié au chiffre d'affaires réalisé par le mandataire » – V. également : Com. 06/01/1965 : n° 61-12603 ; B. n° 12 – Com. 08/10/1969 : B. n° 284 ; D. 1970, 143, J. Lambert ; RTD com. 1970, 473, n° 12, J. Hémard – Civ. 1 2/12/1997 : n° 95-15015 ; B. n° 342 ; Defr. 1998, 332, P. Delebecque et 406, A. Bénabent ; GP 1998.I.195, concl. M. Saint Rose – Com. 29/02/2000 : n° 97-15935 ; B. n° 44 – Dans ce sens : PIMBERT (A.), *op. cit.*, p. 191 – Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 182 – CHENEDE (F.), *op. cit.*, n° 153 – *Contra* : HAMELIN (J.-F.), *op. cit.*, n° 190, « il est [...] indifférent que la rémunération soit forfaitaire ou proportionnelle » car « certes, une rémunération proportionnelle peut jeter le trouble en ce qu'elle correspond sans doute au souhait d'intéresser le mandataire à la bonne exécution de sa prestation. Mais, si la cause de l'obligation du mandataire ne réside que dans le salaire, fut-il proportionnel, que lui verse le mandant, il faut alors observer que le mandataire ne retire aucune avantage de l'exécution même de la prestation dont il est débiteur. Or pour qu'il y ait mandat d'intérêt commun, il faut que le mandataire ait un intérêt à la réalisation même de sa propre prestation. ». Pour l'auteur, cet intérêt se trouve dans le fait que « le mandat a ici pour particularité de tendre à la création et au développement d'une clientèle qui est également celle du mandataire » si bien que « ce dernier a dès lors lui aussi un intérêt à la réalisation de l'obligation du mandat et à l'exécution de l'obligation de représentation dont il n'est pourtant que le débiteur » (n° 188). Ce raisonnement est critiquable car, du fait de la représentation, la jurisprudence juge que la clientèle ne peut être celle du mandataire (*supra* n° 170). A partir de là, soit il ne peut exister d'intérêt commun ce qui revient à nier la jurisprudence sur le mandat d'intérêt commun soit il convient d'admettre que, dans le mandat d'intérêt commun moderne, l'intérêt du mandataire doit être trouvé dans le lien entre le quantum de sa rémunération et le développement de la clientèle de son mandant.

<sup>2709</sup> Dans ce sens : Com. 06/01/1965 : n° 61-12603 ; B. n° 12, « l'arrêt a constaté que X... ne pouvait "justifier d'une intervention dans la création ou le développement de la clientèle de son mandant" » – Com. 08/10/1969 : B. n° 284 ; D. 1970, 143, J. Lambert ; RTD com. 1970, 473, n° 12, J. Hémard, « la cour d'appel relève [que le mandant] avait reconnu l'apport par [le mandataire], d'une clientèle et "son travail d'initiation sur le marché français" » – Com. 20/01/1971 : n° 69-14744 ; B. n° 20, le mandataire apportait « de nombreuses affaires avec de nombreux clients » et son activité « a été déterminante par les conseils et avis techniques donnés ».

<sup>2710</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 270 – BRUNET (A.), *op. cit.*, n° 11.

<sup>2711</sup> Dans ce sens : Com. 06/01/1965 : n° 61-12603 ; B. n° 12, « l'arrêt a constaté que X... [...] était rémunéré forfaitairement pour chaque affaire et son activité professionnelle prenait fin, pour chaque dossier, lors de son règlement ».

<sup>2712</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 182.

<sup>2713</sup> Com. 08/10/1969 : B. n° 284 ; D. 1970, 143, J. Lambert ; RTD com. 1970, 473, n° 12, J. Hémard, relevant que « le mandat litigieux consistait à prévoir et organiser en France la vente des produits de son entreprise » – Com. 20/01/1971 : n° 69-14744 ; B. n° 20, relevant que « l'accord intervenu entre les parties a reçu application pendant de longues années », qu'il « était général et ne comportait aucune limitation, [le mandant] proposant "de nombreuses affaires avec de nombreux clients" » – Comp. : Com. 20/01/1998 : n° 96-13584, « l'arrêt relève que, selon le contrat, l'activité de prospecteur, prévue au contrat, "s'exécute sur demande de la société Osmac qui organisera la programmation des missions de suivi de clientèle et de démarchage des clients" et qu'"au titre de son intervention, la société Soprolanc recevra une rémunération par mission effectuée, outre le remboursement des frais exposés" ; qu'en l'état de ces constatations, l'arrêt retient à bon droit que le contrat litigieux n'est pas un contrat d'agent commercial ; que c'est encore à bon droit qu'il retient que le contrat n'est pas davantage un mandat d'intérêt commun, dès lors que "la société Soprolanc n'agit que sur instructions précises de la société Osmac et ne prend aucune initiative pour développer, dans l'intérêt commun des parties, la clientèle" ».

systématiquement présent dans les relations dont la rupture est soumise à une obligation de justification.

## **b - L'intérêt commun dans les relations de distribution**

**710. Présentation et plan.** La rupture de certaines relations de distribution à durée indéterminée est soumise à une obligation de justification alors qu'aucun intérêt commun ne peut être décelé (a). Au contraire, des relations de distribution d'intérêt commun peuvent être rompues sans justification (b).

### **b.1 - L'existence d'une obligation de justification malgré l'absence d'intérêt commun**

**711. Relations soumises au droit du travail.** La rupture des relations de distribution régies par le droit du travail est systématiquement soumise à une obligation de justification.

**Existence d'un intérêt commun.** Un intérêt commun peut être décelé dans certaines de ces relations. Ainsi, la qualification de gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire suppose que le distributeur soit rémunéré « *moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes* »<sup>2714</sup>, il a donc un intérêt dans l'essor de l'entreprise du commettant par création ou développement de la clientèle de la succursale dont il lui a confié la gestion. En développant cette clientèle, le gérant augmente mécaniquement ses revenus. Il en est de même pour un distributeur salarié de droit commun rémunéré, au moins partiellement, par des commissions. Dans ces deux cas, la poursuite de l'objet du contrat (vente de produits ou prise de commandes de prestations de services) présente un intérêt pour les parties résidant dans l'essor de l'entreprise du fournisseur par création et développement de sa clientèle<sup>2715</sup>.

**Absence d'intérêt commun.** Cependant, l'application du droit du travail ne suppose nullement que le distributeur soit intéressé pécuniairement à l'essor de l'entreprise de l'employeur par la création ou le développement de la clientèle. En effet, une rémunération exclusivement fixe n'exclut ni l'existence d'un contrat de travail de droit commun<sup>2716</sup>, ni l'application des statuts de VRP<sup>2717</sup> ou de gérant de succursale<sup>2718</sup>. Or, dans ces hypothèses, le distributeur a intérêt à son activité puisqu'elle est rémunérée mais n'a pas d'intérêt à l'objet même de cette activité faute d'intérêt pécuniaire à la création ou au développement de l'entreprise du fournisseur ou de la clientèle des produits ou services qu'il distribue<sup>2719</sup>.

Il existe alors une obligation de justification de la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée par le fournisseur<sup>2720</sup> sans que puisse être caractérisé un intérêt commun.

Inversement, certaines relations de distribution peuvent être rompues sans justification malgré l'existence d'un intérêt commun.

---

<sup>2714</sup> C. trav. art. L. 7322-1 – *Supra* n° 262.

<sup>2715</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 296, sans admettre expressément la qualification de contrat-coopération (contrat d'intérêt commun) l'auteur admet que « *l'application du droit du travail à des rapports contractuels de dépendance économique non salarié* » peut rendre « *plus ténue la frontière entre [le contrat-échange et le contrat-coopération]* ».

<sup>2716</sup> *Supra* n° 60 et 118.

<sup>2717</sup> *Supra* n° 295 – Ce mode de rémunération exclut seulement le versement de l'indemnité de clientèle au VRP (*infra* n° 761).

<sup>2718</sup> *Supra* n° 241.

<sup>2719</sup> Excluant l'intérêt commun dans les relations de travail : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 291 s., « *que l'on considère la collaboration salariale sous l'angle de la dépendance économique ou sous celui de la répartition des risques, nul doute qu'elle se distingue de l'opération de coopération. A la différence de cette dernière qui est ordonnée à la poursuite d'un intérêt commun, la collaboration salariale repose sur la conciliation d'intérêts contraires* » et ce, malgré le mécanisme de l'intéressement (n° 298) et l'existence éventuelle d'une indexation du salaire sur les résultats de l'activité (n° 299) – *Contra* : CHENEDE (F.), *op. cit.*, n° 157, semblant classer le « *contrat de travail intéressé* » dans les contrats d'intérêt commun.

<sup>2720</sup> *Supra* n° 654 s.



## b.2 - L'absence d'obligation de justification malgré l'existence d'un intérêt commun

**712. Intérêts du fournisseur et distributeur au contrat de distribution.** Un intérêt commun peut être trouvé dans la plupart des contrats de distribution<sup>2721</sup>. En effet, le propre d'un distributeur étant de diffuser les produits ou services de ses fournisseurs, il contribue systématiquement à l'essor de leurs entreprises par création et développement des clientèles attachées aux produits ou services si la relation s'inscrit dans une certaine durée, ce qui est généralement le cas.

La réalisation de l'objet du contrat de distribution présente un intérêt pécuniaire évident pour le fournisseur puisque la distribution de ses produits et services génère automatiquement un chiffre d'affaires et, en principe, une valeur ajoutée<sup>2722</sup>. Elle présente également un intérêt pécuniaire direct pour le distributeur s'il perçoit des revenus liés au nombre ou à la valeur des produits ou services diffusés. Tel est le cas lorsque le distributeur touche une marge commerciale ou des commissions sur les produits ou services diffusés. Par conséquent, fournisseur et distributeur ont tous les deux un intérêt direct à l'objet du contrat de distribution car sa réalisation conduira à l'essor de l'entreprise du fournisseur par création ou développement de sa clientèle et parallèlement à l'accroissement des revenus du distributeur qui est directement lié à la création ou au développement de la clientèle attachée aux produits et services diffusés. Une telle configuration se rencontre dans de nombreux contrats de distribution<sup>2723</sup>.

**713. Location-gérance.** Ainsi, par son activité, le locataire-gérant développe la clientèle du fonds dont le bailleur est propriétaire. Ce dernier en profitera car l'accroissement de clientèle augmentera mécaniquement le loyer s'il est indexé sur le chiffre d'affaires du fonds et générera, dans tous les cas, une plus-value en fin de bail<sup>2724</sup>. De son côté, le locataire-gérant perçoit les produits de l'exploitation du fonds qui sont directement fonction du développement de sa clientèle. Il existe ainsi un intérêt commun<sup>2725</sup> mais la relation peut pourtant être rompue sans justification<sup>2726</sup>.

**714. Commission et commission-affiliation.** Le contrat de commission peut également être considéré comme d'intérêt commun si le commissionnaire est rémunéré par des commissions proportionnelles au volume ou au montant des ventes, ce qui est généralement le cas<sup>2727</sup>. Pourtant, la résiliation de la commission à durée indéterminée n'est pas soumise à une obligation de justification. La même constatation s'impose pour le contrat de commission-affiliation.

---

<sup>2721</sup> Rappr. : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 256, « tout contrat de distribution est d'intérêt commun ».

<sup>2722</sup> D'un point de vue comptable, il s'agit d'une *marge commerciale* ou d'une *production de l'exercice*.

<sup>2723</sup> L'existence d'une relation de distribution apparaît particulièrement propice à injecter un intérêt commun dans des relations relevant structurellement du contrat-échange classique. Ainsi, analysant le contrat de « *coopération commerciale* » de l'article L. 441-7 du Code de commerce, Madame Lequette constate que les prestations de services de commercialisation sont réalisées « *en vue de développer une clientèle dont [...] [le distributeur] envisage lui-même de tirer profit* », si bien que même si, structurellement, « *le contrat de coopération commerciale reste fondamentalement un contrat permutation, envisagé du point de vue de l'opération globale dans laquelle il s'inscrit, il constitue une pièce importante d'un contrat-coopération puisqu'il renforce la coopération entre les parties afin de leur permettre de mieux atteindre l'objectif qu'elles se sont fixées* » (LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012, n° 301 s.)

<sup>2724</sup> Dans ce sens : BRUNET (A.), op. cit., n° 19.

<sup>2725</sup> Dans ce sens : KENFACK (H.), *Location-gérance de fonds de commerce*, Rép. com., 2006, maj. 2014, n° 33 – LEQUETTE (S.), op. cit., n° 280 s. – Rappr. : Com. 23/03/1999 : n°97-15000 ; B. n° 71 ; D. aff. 1999, 825, A.-L. Monégier-Dupuis ; D. 2000, somm. 19, A. Reygrobelle ; CCC 1999, 88, L. Leveneur, D&P 11/1999, 116, P. Chauvel, PA 27/04/1999, 8, P. M. ; RLDA 97/99, 1067, G. Montégudet ; RTD com. 1999, 633, J. Derruppé, « *la société Le Cheval Blanc, qui était indépendante de la société SENIM, avait exploité à ses risques et périls le fonds qui lui avait été concédé par cette dernière dans un intérêt économique commun, dans des conditions qui ne pouvaient dès lors relever que de l'article 1<sup>er</sup> [de la loi du 20 mars 1956 sur la location-gérance]* ».

<sup>2726</sup> *Supra* n° 670 s.

<sup>2727</sup> Dans ce sens : DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 45, Litec, 2000, n° 239.

**715. Concession et franchise.** Un intérêt commun à la réalisation de l'objet du contrat existe encore dans les contrats de concession et de franchise. Ils sont souvent les instruments de la création d'un réseau de distribution considéré comme une véritable unité économique – qualifiée parfois d'« *entreprise-réseau* »<sup>2728</sup> – caractérisée par l'utilisation de signes distinctifs communs et le respect de normes communes.

**Existence d'intérêts divergents.** Pour une partie de la doctrine, les parties ont, dans de tels contrats, des intérêts divergents excluant tout intérêt commun<sup>2729</sup>. L'intérêt de l'organisateur du réseau est de disposer, sans investissement, de multiples points de vente arborant ses signes distinctifs et respectant ses procédés de commercialisation ou son savoir-faire. L'intérêt du distributeur est de profiter d'une exclusivité territoriale de vente ou du savoir-faire de l'organisateur du réseau et de la force attractive de ses signes distinctifs afin de développer sa propre entreprise. *A priori*, chacun cherche à développer sa propre entreprise et non celle de l'autre<sup>2730</sup>. Par ailleurs, il a été souligné que « *le concédant a généralement une politique nationale ou internationale, alors que les concessionnaires sont avant tout soucieux de satisfaire les besoins, parfois spécifiques, de leur clientèle régionale ou locale* »<sup>2731</sup>. L'enchevêtrement complexe de rapports d'obligations caractérisant ces contrats créerait l'illusion d'un intérêt commun qui ne serait, en réalité, pas présent<sup>2732</sup>. Mais au-delà de ces intérêts divergents, il existe un réel intérêt commun.

**Existence d'un intérêt commun.** En effet, si le distributeur cherche avant tout à développer sa propre entreprise, ce développement passe par la promotion des produits ou services de l'organisateur du réseau et la valorisation de son enseigne, de son nom commercial ou de sa marque. Il existe ainsi un intérêt à l'essor de l'entreprise du fournisseur par le développement et l'accroissement de la clientèle attachée à ses produits ou services diffusés par le distributeur et de ses signes distinctifs, utilisés également par le distributeur.

Même en distinguant la clientèle locale qui serait attachée à l'entreprise du distributeur et la clientèle nationale à la marque du fournisseur<sup>2733</sup>, il est indéniable qu'il existe une synergie entre ces deux clientèles : le développement de la clientèle attachée à la marque contribue au développement de la clientèle locale des produits ou services distribués sous cette marque. Inversement, la diffusion locale de ces produits ou services permet de développer l'image de la marque. Chaque membre du réseau tire ainsi profit du développement de celui-ci et tous « *se présentent et agissent "comme un" à l'égard de la clientèle* »<sup>2734</sup>. Plus les distributeurs développeront leur clientèle, plus le fournisseur pourra écouler de produits ou services et percevra des

---

<sup>2728</sup> PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 301 et 302. – Sur la notion de réseau de distribution : AMIEL-COSME (L.), *La théorie institutionnelle du réseau*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1 s. – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, *op. cit.* – FERRIER (D.), *La considération juridique du réseau*, in Mél. C. Mouly, t. 2, Litec, 1998, p. 95 s.

<sup>2729</sup> BUHAGIAR (T.), *Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive ?*, JCP CI 1975.II.11636, n° 2, « loin d'être communs, les intérêts du concédant et du concessionnaire sont en réalité parfaitement divergents » – V. aussi : PLANTAMP (D.), *L'intérêt commun dans les contrats de distribution*, ALD 1990, p. 177 s., n° 8 – FERRIER (D.), *Absence d'intérêt commun dans le contrat de concession*, CDE 2/1983, p. 25 s. – GUYENOT (J.), note ss Amiens 29/11/1973, GP.I.192, n° 3

<sup>2730</sup> Dans ce sens : BUHAGIAR (T.), *La concession exclusive dans la branche de l'automobile*, JCP CI 1980.II.13438, n° 22, « l'objectif du concédant est d'assurer la meilleure commercialisation possible de son produit ; celui du concessionnaire est d'attirer vers son entreprise le plus grand nombre possible de clients et de les y fixer de façon durable (et ce, quelle que soit la marque représentée), par la qualité des services qu'il leur rend ».

<sup>2731</sup> GUYON (Y.), cité par AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, *op. cit.*, n° 128.

<sup>2732</sup> PLANTAMP (D.), *L'intérêt commun dans les contrats de distribution*, ALD 1990, p. 178, n° 8, « seuls existent des intérêts divergents de part et d'autre. L'illusion provient de la complexité de ce type de relation bâtie sur un enchevêtrement de rapports obligatoires qui crée l'apparence d'une communauté d'intérêts » – V. également : GUYENOT (J.), note ss Amiens 29/11/1973, GP 1974.I.192, n° 3 – Rappr. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 598, « on ne voit [...] pas le lien entre l'utilisation, fût-elle exclusive, d'une marque et l'existence d'un intérêt commun au titulaire de la marque et à son utilisateur, au sens dégagé par la jurisprudence en matière de mandat. L'intérêt commun apparaît ici uniquement dans la convergence des efforts du fournisseur et du distributeur pour développer leurs entreprises respectives ».

<sup>2733</sup> *Supra* n° 432.

<sup>2734</sup> LUTZ (P.) et WAGNER (M.-P.), *Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière*, D. 2001, p. 1708 s., p. 1710.

redevances, les deux parties augmentent ainsi leur chiffre d'affaires respectif. Réciproquement, plus la notoriété de la marque de l'organisateur du réseau sera importante, plus les distributeurs qui l'utilisent seront en mesure d'attirer une clientèle et donc de vendre les produits ou services du fournisseur. Par conséquent, tant le fournisseur que le distributeur ont un intérêt à la poursuite de l'objet du contrat de distribution, intérêt qui réside dans l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle, que l'entreprise et la clientèle visées soient d'ailleurs celles du fournisseur, du distributeur<sup>2735</sup> ou du réseau<sup>2736</sup>.

Un intérêt commun est donc présent et pourtant, la rupture des relations de franchise et de concession<sup>2737</sup> n'est, en principe, soumise à aucune obligation de justification<sup>2738</sup>.

**716. Approvisionnement exclusif.** Le caractère d'intérêt commun des contrats d'approvisionnement exclusif a également été contesté. Ainsi, pour une partie de la doctrine, dans le contrat de bière, archétype des contrats d'approvisionnement exclusif, « *la brasserie a certes intérêt à ce que le débitant vende le plus de bière possible, mais il s'agit là de l'intérêt de tout fournisseur à l'égard de tout client, peu important que la brasserie fournisse l'installation de tirage-pression et divers matériels publicitaires. Aussi bien, les contrats de bière laissent-ils entière liberté aux débiteurs d'exercer leur métier comme ils l'entendent ; la collaboration économique est inexistante dans la relation brasseur-débitant, a fortiori dans la relation entre débiteurs ; les débiteurs ne sont pas intégrés dans un réseau structuré et homogène ; ils n'ont pas de signes communs de ralliement de leur clientèle et la prospérité de leur entreprise ne dépend pas du succès de la marque de bière qu'ils servent* »<sup>2739</sup>.

Cependant, à la différence d'une relation entre tout fournisseur et son client, le contrat d'approvisionnement exclusif limite l'assortiment du distributeur qui, pendant sa durée, ne pourra se fournir auprès d'un autre fournisseur pour la catégorie de produits ou services concernés. Une partie de l'activité et de la marge du distributeur se trouve ainsi liée à la création ou au développement de la clientèle des produits ou services objets de l'exclusivité et donc à l'essor de l'entreprise du fournisseur. Certes, cet intérêt peut être plus ou moins marqué selon l'importance des produits ou services objets de l'exclusivité dans l'activité du distributeur mais cette appréciation n'entre pas en jeu dans la caractérisation de l'intérêt commun<sup>2740</sup>. Ainsi, en reprenant l'exemple des contrats de bière, le débitant a indéniablement intérêt au succès des bières qu'il s'est engagé à servir exclusivement pendant un certain nombre d'années.

Par conséquent, fournisseur et distributeur ont tous deux un intérêt pécuniaire à l'exécution du contrat d'approvisionnement exclusif résidant dans l'essor de l'entreprise du fournisseur par création et développement de sa clientèle pour les produits et services concernés par le contrat. La rupture de telles

---

<sup>2735</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, le contrat de franchise, en « *organisant la mise en relation des actifs complémentaires du franchiseur et du franchisé, [...] coordonne leurs intérêts économiques convergents mais différents* » (n° 133). et dans le contrat de concession, « *les parties entendent réunir leurs forces respectives dans le cadre d'une activité commerciale de manière à en tirer profit* » et qu'« *elles sont bien en cela unies par une communauté d'intérêts* » alors que, « *pour autant, [elles] ne poursuivent pas des intérêts identiques* » (n° 283 s., spéc. n° 284).

<sup>2736</sup> Dans ce sens : PIGACHE (C.), *op. cit.*, n° 301, constatant l'existence d'un intérêt commun car « *l'intérêt, bien compris, des participants du réseau est que tous collaborent au développement de cette entreprise commune* » – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution, op. cit.*, n° 145, « *la notion d'intérêt commun se trouve être à l'origine de la création et du développement du réseau de distribution, œuvre commune des membres de ce réseau* » et révèle ainsi le réseau (n° 100 s.) – V. également, reprenant cette idée : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, n° 61.

<sup>2737</sup> Outre les auteurs précités, voir également : HAMELIN (J.-F.), *op. cit.*, n° 194 s. – CHENEDE (F.), *Les commutations en droit privé*, Préf. A. Ghozi, Economica, 2008, n° 152 s. – ANCEL (M.-E.), *op. cit.*, n° 175 s.

<sup>2738</sup> *Supra* n° 670 s.

<sup>2739</sup> LUTZ (P.) et WAGNER (M.-P.), *op. cit.*, p. 1708 s.

<sup>2740</sup> *Supra* n° 707.

relations contractuelles n'a pourtant pas, en principe, à être justifiée<sup>2741</sup>.

**717. Distribution sélective.** Dans la distribution sélective, un fournisseur s'engage à vendre ses produits uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères prédéfinis<sup>2742</sup>. Les distributeurs sélectionnés s'engagent, en retour, à ne pas les vendre à des distributeurs non sélectionnés. Les critères de sélection peuvent concerner la compétence du personnel du distributeur, les caractéristiques du local, les conditions de présentation des produits, les services accessoires offerts aux clients. Il peut également être exigé un stock ou un quota d'achat minimal et un assortiment imposé. La satisfaction de ces critères suppose généralement des dépenses et investissements spécifiques (formation des vendeurs, acquisition de présentoirs, constitution d'un stock minimal, etc.) qui ancrent le contrat dans la durée et conduisent le distributeur, pour les rentabiliser, à développer la clientèle des produits et services du fournisseur. Par ailleurs, le distributeur générant un chiffre d'affaires par la diffusion de ces produits ou services, il est directement intéressé au développement de leur clientèle et donc à l'essor de l'entreprise du fournisseur.

Il existe un intérêt commun et pourtant la rupture de la relation n'a pas, en principe, à être justifiée<sup>2743</sup>.

**718. Conclusion.** Finalement, il peut exister une obligation de justification de la rupture en l'absence d'intérêt commun et, inversement, cette obligation peut être absente malgré la présence d'un intérêt commun similaire à celui ayant permis à la jurisprudence de découvrir cette obligation dans le mandat présentant ce caractère. En jugeant que « *l'intérêt commun à l'essor de deux entreprises non liées par un contrat de mandat est sans incidence sur les conditions de l'arrêt de leur collaboration* »<sup>2744</sup>, la Cour de cassation ne nie pas la possible existence d'un tel intérêt commun mais refuse de lui faire produire un effet<sup>2745</sup>. Par conséquent, si l'intérêt commun est le fondement technique de l'obligation de justification de la rupture du contrat, il faut constater l'existence d'une différence de traitement injustifiée entre les distributeurs.

Cependant, l'absence de corrélation entre l'obligation de justification de la rupture et l'intérêt commun peut faire douter que celui-ci soit le fondement véritable de cette obligation. Une partie de la doctrine soutient ainsi que la jurisprudence cherchait un moyen de fonder une indemnisation du représentant commercial et que l'intérêt commun n'aurait été que l'artifice juridique lui permettant d'aboutir à ce résultat<sup>2746</sup>. Cette constatation amène naturellement à rechercher les justifications des différences de traitements observées dans les effets des obligations de motivation et de justification.

## ***2 – La recherche des justifications des différences de traitement dans les effets des obligations de motivation et justification de la rupture***

**719. Plan.** Apprécier si les différences de traitement observées entre les distributeurs s'agissant des obligations de motivation et justification de la rupture sont justifiées (2) suppose préalablement d'identifier

---

<sup>2741</sup> *Supra* n° 670 s.

<sup>2742</sup> Sur la question : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 446 s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 611 s. – VIENNOIS (J.-P.), *La distribution sélective*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 41, Litec, 1999.

<sup>2743</sup> *Supra* n° 670 s.

<sup>2744</sup> Com. 08/01/2002 : n° 98-13142 ; B. n° 1 ; CCC 2002, 78, M. Malaurie-Vignal ; D. 2002, 567, E. Chevrier ; D. 2002, 3009, D. Ferrier ; D&P/06/2002, 105, P. Chauvel ; RTD civ. 2002, 323, P.-Y. Gautier

<sup>2745</sup> *Supra* n° 666.

<sup>2746</sup> Dans ce sens : GRIGNON (P.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Préf. J.-M. Mousseron et D. Ferrier, BDE, t. 44, Litec, 2000, n° 212 s., la théorie moderne de l'intérêt commun est « *un alibi, un prétexte destiné à permettre une indemnisation de l'agent* », un « *"habillage" de l'indemnisation de l'agent commercial* ».

les fondements de ces obligations (1).

## **a - Les fondements des obligations de motivation et de justification de la rupture**

**720. Plan.** La mise en évidence que les obligations de motivation et justification ont pour fondement téléologique d'assurer la stabilité de la relation contractuelle et, en cas de rupture, de permettre l'indemnisation du créancier de ces obligations (a) conduit à s'interroger sur les raisons permettant d'expliquer l'existence de cette protection, c'est-à-dire sur son fondement technique (b).

### **a.1 - Le fondement téléologique des obligations de motivation et de justification de la rupture**

**721. Plan.** L'étude des effets respectifs des obligations de motivation (a.1.1) et de justification (a.1.2) permettra de faire émerger le fondement téléologique de ces obligations.

#### **a.1.1 - Les effets de l'obligation de motivation de la rupture**

**722. Incitation à la réflexion.** En premier lieu, « *la motivation oblige à la réflexion en sorte qu'elle limite à la source le risque d'arbitraire* »<sup>2747</sup>. Une partie de la doctrine soutient qu'elle conduit à « *prendre en compte l'intérêt de l'autre lors de l'élaboration des décisions qui affectent significativement la situation de ce dernier* »<sup>2748</sup>. L'obligation de motivation souligne ainsi que la rupture est un acte d'une certaine gravité devant faire l'objet d'une réflexion approfondie.

**723. Pacification par l'explication.** En deuxième lieu, « *la motivation est explication si bien qu'elle impose une pédagogie de la décision propre à renforcer la légitimité de l'acte ; la justification facilite la compréhension, sinon la concertation, et l'on peut espérer que l'acte pris aux dépens du tiers sera mieux accepté par ce dernier qui éventuellement aura pu en discuter le contenu* »<sup>2749</sup>. La motivation a ainsi une fonction juridique de justification<sup>2750</sup>. La motivation permet alors de pacifier la rupture là où l'arbitraire, générateur d'incompréhension, aurait été source de conflits.

Ces deux premiers effets révèlent que l'obligation de motivation change l'appréciation de la rupture unilatérale. En effet, cette rupture par résiliation ou non-renouvellement est conçue comme l'exercice d'une liberté individuelle qui ne regarde donc, en principe, que son titulaire qui l'exerce donc discrétionnairement. L'obligation de motivation contraint cette liberté en obligeant son titulaire à prendre en compte les effets de son exercice sur l'autre partie et à s'expliquer.

**724. Possibilité d'une défense et d'appréciation de l'opportunité d'une action.** Cette explicitation des motifs permet, en troisième lieu, à la partie créancière de l'obligation de motivation de se défendre, de

---

<sup>2747</sup> LAGARDE (X.), *La motivation des actes juridiques*, Trav. Ass. H. Capitant, *La motivation*, 2000, p. 73 s., p. 78 – Dans ce sens également : VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986, n° 278, la motivation est « *le moyen le plus efficace pour obtenir que la décision [...] ne soit pas le fruit de l'irréflexion et de l'arbitraire* ».

<sup>2748</sup> REVET (T.), *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie*, RDC 2004, p. 579, n° 6 s. – V. également : COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. Loquin, Litec, 2006, n° 713 s.

<sup>2749</sup> LAGARDE (X.), *op. cit.*, p. 78.

<sup>2750</sup> GAUDU (F.), *L'exigence de motivation en droit du travail*, RDC 2004, p. 566 s., n° 5.

faire valoir son point de vue<sup>2751</sup> et, en cas d'échec, d'apprécier l'opportunité d'engager une action en justice et de préparer ses arguments<sup>2752</sup>.

**725. Facilitation du contrôle judiciaire.** En quatrième lieu, l'obligation de motivation facilite le contrôle du juge<sup>2753</sup> en permettant « *à la fois d'objectiver et de circonscrire un éventuel litige* »<sup>2754</sup>. Elle facilite notamment un éventuel contrôle de proportionnalité<sup>2755</sup>, de la justification ou de l'abus subjectif.

**726. Avantage probatoire.** En cinquième lieu, l'obligation de motivation procure un avantage probatoire à son créancier<sup>2756</sup>. Elle lui permet de ne pas avoir à établir les motifs de l'acte qu'il entend contester à la différence de l'abus de droit qui doit être prouvé par celui qui l'invoque<sup>2757</sup>. En effet, alors que l'existence de la cause d'un acte est en principe présumée et n'a pas à être explicitée<sup>2758</sup>, l'obligation de motivation inverse la présomption : à défaut de motivation, l'acte sera présumé illicite. Il s'en suit une inversion partielle de la charge de la preuve<sup>2759</sup>. Tout au plus, le créancier de l'obligation de motivation aura à démontrer le caractère illégitime du motif avancé par le débiteur.

Ces trois derniers effets ne se conçoivent qu'en association avec une obligation de justification de la rupture. En effet, il est vain d'apprécier l'opportunité d'une action en justice, de faciliter le contrôle du juge et de conférer un avantage probatoire à une partie si les motifs ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. La motivation accompagne donc généralement un contrôle de la réalité des motifs, voire de leur légitimité.

**727. Conclusion.** Par les deux premiers effets mis en évidence (réflexion et pacification), l'obligation de motivation apparaît comme une contrainte posée à la liberté d'une partie de mettre fin à la relation et poursuit donc notamment comme finalité la préservation de la relation. Dans ses autres effets, elle apparaît renforcer les effets de l'obligation de justification.

### **a.1.2 - Les effets de l'obligation de justification de la rupture**

**728. Présentation.** L'obligation de justification a pour effets de limiter les cas de rupture unilatérale de la relation et, si celle-ci intervient, de fonder l'indemnisation de la partie la subissant. Ces deux effets se vérifient à la fois dans le droit du licenciement, dans le droit de la révocation des représentants de commerce ayant donné lieu à l'élaboration de la théorie moderne du mandat d'intérêt commun et dans le droit de la révocation des agents généraux d'assurance. L'histoire de l'introduction de ces obligations de justification permet de s'en convaincre.

**729. Effets dans le droit du licenciement.** La rupture unilatérale du contrat de louage de service faisait initialement l'objet d'un encadrement minimal dans le Code civil qui se limitait à prohiber le servage et

---

<sup>2751</sup> L'obligation est ainsi parfois imposée dans un but de respect des droits de la défense : Civ. 1 21/11/2006 : n° 05-13041; B. n° 496 ; RTD civ. 2007, 347, J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2007, 560, L. Grosclaude.

<sup>2752</sup> LAGARDE (X.), *op. cit.*, p. 78.

<sup>2753</sup> *Ibid.*

<sup>2754</sup> GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Préf. G. Cornu, Economica, 1985, n° 187.

<sup>2755</sup> GAUDU (F.), *op. cit.*, n° 6.

<sup>2756</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, p. 573 s., p. 577 – GAUDU (F.), *op. cit.*, n° 7.

<sup>2757</sup> V. par ex. : Com. 06/06/2001 : n° 99-10768. – Sur la question : *infra* n° 729.

<sup>2758</sup> L'article 1132 du Code civil exprime cette idée dans le droit des contrats en prévoyant que « *la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée* ».

<sup>2759</sup> REVET (T.), *L'obligation de motiver...*, *op. cit.*, n° 7.

l'esclavage<sup>2760</sup>. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la Cour de cassation admettait que la résiliation du contrat donne lieu à des dommages et intérêts si un préavis prévu par les parties ou par l'usage n'avait pas été respecté. Seule la faute accompagnant l'usage du droit de résiliation pouvait donner lieu à dommages et intérêts<sup>2761</sup>.

La loi du 27 décembre 1890 a introduit à l'article 1780 du Code civil la possibilité générale d'une indemnisation de la résiliation unilatérale sans mention de l'exigence d'une faute<sup>2762</sup>. L'indemnisation était cependant seulement une possibilité<sup>2763</sup> et la jurisprudence n'a donc pas évolué<sup>2764</sup>.

La loi du 19 juillet 1928 a ensuite posé le principe d'une indemnisation de la rupture abusive<sup>2765</sup> et précisé que « *le jugement devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par l'auteur de la rupture* » du contrat de travail<sup>2766</sup>. La Cour de cassation a cependant jugé que l'employeur « *était seul [...] juge de la question de savoir si les services que lui rendait son [employé] étaient satisfaisants* » et qu'il appartenait ainsi à ce dernier d'apporter la preuve de l'abus du droit de résiliation<sup>2767</sup>. Le contrôle se limitait ainsi à la faute accompagnant l'exercice du droit et non à l'illégitimité de la cause de cet exercice<sup>2768</sup>. Il existait une obligation de motivation sans obligation de justification.

Ce n'est qu'avec la loi du 13 juillet 1973<sup>2769</sup>, complétée par les lois du 30 décembre 1986 et du 2 août 1989, qu'est apparue l'exigence d'une cause réelle et sérieuse. Cette réforme n'a pas introduit un simple renversement de la charge de la preuve de l'abus<sup>2770</sup> mais a totalement bouleversé la conception de la

---

<sup>2760</sup> L'ancien article 1780 du Code civil comportait un unique alinéa disposant qu' « *on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* ».

<sup>2761</sup> BARTELEMY (E.), *De la résiliation du louage de service (loi du 27 décembre 1890)*, Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1896, p. 25 s., l'indemnisation était d'ailleurs fondée sur l'article 1382 du Code civil – Certaines cours d'appel octroyaient néanmoins des dommages et intérêts en cas de résiliation sans motifs légitimes mais la Cour de cassation cassait ces décisions en rappelant le principe que le louage de service à durée indéterminée pouvait toujours cesser par la libre volonté de l'un des contractants à la seule condition d'observer les délais de congé applicables.

<sup>2762</sup> Comme son nom l'indique (loi *sur le contrat de louage et sur les rapports des agents de chemins de fer avec les compagnies*), la loi a pour origine la situation des salariés du secteur ferroviaire. Soumis à des conditions de travail très difficiles, ces salariés les acceptaient en contrepartie d'un emploi durable et de l'espoir d'une retraite. Ainsi des retenues sur le salaire et versements étaient effectués pour alimenter une caisse de retraite. Mais le congédiement, qui pouvait s'effectuer sans préavis faute d'existence d'un usage pour ces salariés, leur faisait perdre tout droit à la pension de retraite sans remboursement des cotisations ou indemnisation. La proposition de loi initiale visait uniquement ces salariés mais le Sénat décida d'adopter un texte général en enrichissant l'article 1780 du Code civil de plusieurs alinéas supplémentaires – subsistant aujourd'hui – visant à faciliter l'indemnisation du congédiement. Le deuxième alinéa de l'article 1780 du Code civil est un simple corollaire de la limitation du servage et de l'esclavage visé par l'alinéa premier puisqu'il dispose que « *le louage de service, fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes* ». Les alinéas suivants visent en revanche à assurer une indemnisation du congédiement puisqu'ils disposent que « *la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts* » (al.3) et que « *les parties ne peuvent renoncer à l'avance à ce « droit éventuel de demander des dommages-intérêt »* » (al. 5). Le texte précise également les modalités de calcul des dommages et intérêts en précisant que « *pour la fixation de l'indemnité à allouer, le cas échéant, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, du temps écoulé des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite, et, en général de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé* » (al. 4) – Sur ces questions : BARTELEMY (E.), *op. cit.*, p. 31 s., p. 55 et p. 88 s.

<sup>2763</sup> Les dispositions légales expriment seulement une possibilité (« *peuvent* », « *le cas échéant* », « *droit éventuel* »).

<sup>2764</sup> BARTELEMY (E.), *op. cit.*, p. 55 et 88 s.

<sup>2765</sup> La loi du 19/07/1928, art. 23, al. 5.

<sup>2766</sup> *Ibid.*, al. 6

<sup>2767</sup> Civ. 18/03/1930 : B. n° 56, « *le contrat de louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'un seul des contractants ; que si la loi du 19 juillet 1928 prescrit aux tribunaux de mentionner, et par suite de discuter, le motif de rupture allégué, et si elle facilite l'administration de la preuve d'un abus du droit de résiliation, rien dans son texte ne permet de dire qu'elle abroge la règle suivant laquelle le fardeau de cette preuve incombe à celui qui a subi la rupture* ».

<sup>2768</sup> Soc. 22/04/1966 : B. n° 365, « *attendu que pour condamner l'entreprise Vuillemin à verser à son employé Roussel, congédié au bout de quinze ans de service, une indemnité pour rupture abusive du contrat de travail, le conseil des prud'hommes se borne à constater qu'aucun motif de licenciement n'a été invoqué ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans relever aucune circonstance constitutive d'une faute commise par l'entreprise Vuillemin, dans l'exercice de son droit de rompre un contrat de travail fait sans détermination de durée, les juges du fond n'ont pas donné une base légale à leur décision* ». – Sur la question : CAMERLYNCK (G. H.), *De la conception civiliste du droit contractuel de la résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, JCP 1958.I.1425.

<sup>2769</sup> Loi n°73-680 du 13/07/1973 – Sur cette loi : LYON-CAEN (G.) et BONNET-ETÉ (M.-C.), *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973*, DS 1973, p. 493 s.

<sup>2770</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *Pour la reconnaissance...*, *op. cit.*, p. 577, « *les difficultés de preuve inciteront cependant à faire évoluer le régime. En effet, selon les règles du droit commun, il appartenait au salarié qui invoquait l'abus d'en apporter la preuve ; mais celle-ci était particulièrement difficile dans la mesure où*

résiliation du contrat de louage de services en passant d'un contrôle de l'abus subjectif de la liberté de résilier à un contrôle de la cause, de la finalité, d'un droit de résiliation<sup>2771</sup>, renforcé par la conception particulière de l'obligation de motivation qui sera retenue par la jurisprudence. En effet, les juges assimileront l'absence ou l'insuffisance de motivation à une absence de justification et interdiront à l'employeur d'invoquer en justice un motif différent de celui énoncé dans la lettre de licenciement<sup>2772</sup>. La loi ajoutera que le doute sur la justification profite au salarié<sup>2773</sup>. Par suite, même si la loi prévoit une procédure inquisitoire<sup>2774</sup>, elle fait courir le risque de preuve sur l'employeur<sup>2775</sup>, ce qui revient à présumer l'illégitimité du motif. Or, comme le soutenait Josserand, « *mettre la preuve du motif légitime à la charge du titulaire du droit, revien[t] à ériger l'abus à l'état de présomption alors que, comme la bonne foi [...] l'exercice normal des droits doit se présumer, puisqu'il constitue la vérité pratique* »<sup>2776</sup>. La liberté de rompre est ainsi traitée comme un droit de rompre dont l'exercice fait l'objet d'une présomption d'illégitimité. La normalité est la poursuite de la relation et la rupture est devenue un droit accordé pour des causes particulières<sup>2777</sup>.

La finalité de l'obligation de justification de la rupture, renforcée par l'obligation de motivation, est la pérennité, la stabilité de la relation de travail<sup>2778</sup>. Le droit du licenciement traduit donc l'introduction d'une finalité sociale de préservation de l'emploi du salarié qui se manifeste notamment dans la limitation des possibilités de rupture à l'initiative de l'employeur et par les obligations de reclassement à sa charge<sup>2779</sup>. La liberté de résiliation unilatérale de l'employeur se voit appliquer le régime du pouvoir<sup>2780</sup> puisque son exercice est finalisé par la prise en compte d'intérêts autres que celui de son titulaire : la sécurité de l'emploi du salarié et l'intérêt de l'entreprise apprécié objectivement<sup>2781</sup>. L'intérêt objectif de l'entreprise à se séparer du salarié doit pouvoir justifier qu'il soit porté atteinte à l'intérêt de celui-ci, à la pérennité de son travail.

L'obligation de justification assure également une fonction d'indemnisation de la rupture illégitime puisqu'en cas de non-réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il lui est accordé une indemnité minimale ou des dommages et intérêts<sup>2782</sup>.

---

*c'est l'autre partie – l'employeur – qui dispose des éléments et donc des moyens permettant d'apporter cette preuve. C'est ainsi que, pour des raisons probatoires, il est apparu progressivement que la charge de la preuve devait peser également sur l'employeur, et qu'il devait établir l'existence des motifs de la rupture ».*

<sup>2771</sup> Dans ce sens : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 428 s.

<sup>2772</sup> *Supra* n° 656.

<sup>2773</sup> C. trav. art. L. 1235-1, al. 5.

<sup>2774</sup> C. trav. art. L. 1235-1, al. 3 *in fine*, le juge « *forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

<sup>2775</sup> Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 442.

<sup>2776</sup> JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Préf. D. Deroussin, 2<sup>e</sup> éd., 1939, Dalloz, réimpr. 2006, n° 316.

<sup>2777</sup> Rapp. : FABRE-MAGNAN (M.), *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 301 s., n° 20 s., « *lorsqu'un droit n'est limité que par son abus, cela signifie que les raisons d'en faire usage sont libres sauf exceptions contrôlées et sanctionnées. Lorsqu'en revanche le législateur ou le juge imposent au contractant une obligation de motivation, cela signifie que l'utilisation du droit est limitée, c'est-à-dire que le titulaire du droit ne peut en faire usage que dans les hypothèses et pour les finalités légalement prévues. Ainsi, l'existence d'une obligation de motivation marque un encadrement plus étroit de l'exercice du droit et donc, en définitive, un droit moins absolu. Elle révèle que le droit est finalisé : il ne peut être utilisé qu'en vue d'un certain objectif, et donc en vertu de certaines raisons dont il faut s'expliquer* ». « *L'obligation de motivation semble indiquer un contrôle plus poussé que l'abus de droit et également que la bonne foi. Ces deux dernières notions sont en effet compatibles avec l'existence de droits absolus, alors que l'obligation de motivation indique que le droit en question est finalisé, et que le contractant ne peut donc en faire usage qu'à condition d'être dans les hypothèses légalement et limitativement prévues* ».

<sup>2778</sup> Sur la question : MARTINON (A.), *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Préf. B. Teyssié, NBT, vol. 48, Dalloz, 2005.

<sup>2779</sup> Dans ce sens : FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 52, LGDJ, 2010, n° 277 s.

<sup>2780</sup> Il sera démontré que si le régime du pouvoir a été appliqué au droit de résiliation unilatéral de l'employeur, ce droit ne caractérise pas un pouvoir (*infra* n° 736).

<sup>2781</sup> Dans sa première interprétation de la loi du 13/07/1973, la Cour de cassation considérait que l'employeur était seul juge des circonstances justifiant un licenciement et privait donc d'effet le contrôle de la cause réelle et sérieuse. – Sur la question, voir les développements et décisions citées par : FABRE (A.), *op. cit.*, n° 237 s.

<sup>2782</sup> *Supra* n° 658.



L'obligation de justification poursuit ainsi des objectifs de pérennisation de la relation et d'indemnisation de la rupture<sup>2783</sup> qui se retrouvent également dans la théorie moderne du mandat d'intérêt commun.

**730. Effets dans la théorie moderne du mandat d'intérêt commun.** En effet, l'évolution du régime de la rupture des contrats des représentants de commerce par le fournisseur est comparable à celle du régime de la résiliation du contrat de travail par l'employeur.

Initialement, les mandats de ces représentants pouvaient être révoqués librement par le mandant<sup>2784</sup>. Il pouvait ainsi mettre fin à la relation dans l'unique but de tirer seul profit de la clientèle développée par le mandataire pendant plusieurs années et de le priver des commissions auxquelles il aurait pu prétendre<sup>2785</sup>.

Les mandataires, d'abord en position de force, avaient imposé aux mandants des clauses contractuelles écartant le régime de libre révocation du Code civil<sup>2786</sup>. Mais les mandataires ont ensuite perdu leur puissance et, faute de pouvoir imposer une clause, ont tenté de mettre en œuvre la théorie de l'abus de droit<sup>2787</sup>, avec cependant peu de succès. En effet, la démonstration de l'abus supposait la preuve difficile d'une révocation motivée par la volonté du représenté d'exploiter à moindre coût les potentialités de la clientèle prospectée<sup>2788</sup>.

Le législateur a réglé la question pour le VRP en 1937 en instaurant à son profit une indemnité de clientèle due, même en cas de révocation non abusive, « *pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée* »<sup>2789</sup>.

La situation des autres représentants restait cependant identique car, revendiquant leur spécificité, ils s'étaient opposés à intégrer le droit du travail<sup>2790</sup>. Finalement, un arrêté du 5 novembre 1946 a reconnu aux agents commerciaux une protection spécifique par l'octroi d'une indemnité en cas de résiliation par le mandant non justifiée par une faute du mandataire<sup>2791</sup> mais le Conseil d'État l'annula pour excès de pouvoir<sup>2792</sup>. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a adapté la conception traditionnelle du mandat d'intérêt commun pour l'appliquer aux agents commerciaux et ensuite protéger ceux qui étaient exclus faute

---

<sup>2783</sup> L'article L. 1133-2 du Code du travail traduit ces deux idées puisqu'il autorise les différences de traitement fondée sur l'âge « *lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé et la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi* ». Le fait d'assurer l'emploi ou, à défaut, le reclassement ou l'indemnisation de la perte d'emploi, apparaissent ainsi expressément comme des buts légitimes de l'action de l'employeur.

<sup>2784</sup> *Supra* n° 705.

<sup>2785</sup> GRIGNON (P.), *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution*, in Mél. M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 127 s., n° 10, soulignant le risque « *de voir le commerçant ou industriel mettre fin au contrat de représentation dans le seul dessein de tirer profit, [...] à moindre frais, de la clientèle découverte et fidélisée par l'intermédiaire. Dans cette hypothèse en effet, non seulement la rupture de la convention intervient alors que le représentant n'a commis aucune faute, mais encore au moment précis où le travail de prospection commence à rapporter ses premiers fruits : rémunéré la plupart du temps à la commission, les appointements du représentant dépendent en effet directement des résultats de la prospection. Un délai de deux ans étant généralement nécessaire pour qu'une nouvelle clientèle commence à rapporter, le représentant ne perçoit donc pratiquement aucun[e] [rémunération] durant cette période de conquête du secteur* » – V. aussi : HOUIN (B.), *op. cit.*, n° II-161.

<sup>2786</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 181 – La Cour de cassation avait validé cette pratique en jugeant que s'« *il est de la nature du mandat, que le mandant puisse révoquer sa procuration quand bon lui semble [et] que l'exercice légitime de ce droit ne le soumet[te] à aucun dommages-intérêts envers le mandataire [...], aucune disposition de loi ne défend de modifier le contrat de mandat par des conventions particulières [et] qu'ainsi, il est loisible aux parties de stipuler que la procuration ne pourra être révoquée sans que le mandataire reçoive une indemnité* » (Req. 8/04/1857 : DP 1858, I, 134).

<sup>2787</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 181.

<sup>2788</sup> GRIGNON (P.), *Le fondement ...*, *op. cit.*, n° 182 s. – Pour de rares exemples où l'abus a été reconnu : Toulouse 16/11/1887 : DP 1888.I.161 « *l'agent n'eût pas consenti ces sacrifices s'il avait pu croire qu'au moment où cette agence deviendrait rémunératrice pour lui, la Compagnie pouvait lui ravir les avantages d'un avenir auquel il était en droit de compter. La Compagnie n'a pu croire qu'elle serait en droit de se priver des services de son agent quand l'agence commencera à fructifier pour lui, sans lui en accorder une juste réparation* » – Req. 31/03/1931 : GP 1931.I.812, « *il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que [le mandant] a mis fin de façon abusive aux fonctions [du mandataire], dans le but blâmable de s'approprier le bénéfice d'une clientèle qui lui était personnelle* ».

<sup>2789</sup> Loi du 18/07/1937 instituant le statut légal des voyageurs, représentants et placiers du commerce et de l'industrie : JORF 20/07/1937, 8163, art. 2, aujourd'hui codifié (C. trav. art. L. 7313-13). – Sur cette indemnité : *infra* n° 761 s.

<sup>2790</sup> GRIGNON (P.), *Le concept d'intérêt commun*, *op. cit.*, n°10 – DISSAUX (N.), *Agent commercial*, JCl. Com., fasc. 324, 2012, maj. 2014, n° 3.

<sup>2791</sup> Arrêté du 05/11/1946, art. 35 à 58 : D. 1946, 453, art. 40. – Sur cet arrêté : LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, 6<sup>e</sup> éd., Delmas, 2005, n° 208 s.

<sup>2792</sup> CE 30/04/1946 : D. 1948, 410, concl. M. Lefas ; JCP 1948.I.4401, J. Hemard.

de remplir les conditions formelles du statut de 1958<sup>2793</sup>.

Le recours à cette notion avait ainsi pour objectif d'assurer la stabilité de la relation d'agence commerciale afin de permettre à l'agent de tirer les fruits de sa prospection et, en cas de rupture par le mandant, d'assurer l'indemnisation de l'agent qui perdait le bénéfice de ses efforts de création et développement de la clientèle. En effet, même si l'obligation de justification découlant du caractère d'intérêt commun du mandat est bilatérale (la renonciation du mandataire doit également reposer sur une cause légitime)<sup>2794</sup>, elle vise uniquement à faire obstacle à la faculté de révocation *ad nutum* du mandant puisqu'elle n'apporte rien au régime de la renonciation par le mandataire, le Code civil prévoyant déjà l'indemnisation du mandant dans cette hypothèse<sup>2795</sup>. Comme l'a démontré Monsieur Grignon, « *l'adaptation de la théorie du mandat d'intérêt commun lors de sa récupération en matière commerciale, démontre, à l'évidence, que la notion ne constitue qu'un alibi, un prétexte destiné à permettre une indemnisation de l'agent en cas de résiliation abusive de la convention* »<sup>2796</sup>. D'ailleurs, depuis qu'une indemnité de cessation de relation est accordée à l'ensemble des agents commerciaux<sup>2797</sup>, le régime du mandat d'intérêt commun n'est plus invoqué : l'indemnisation étant assurée, l'obligation de justification est apparue inutile<sup>2798</sup>. Comme en droit du travail, l'obligation de justification est venue se substituer à la théorie de l'abus de droit afin d'assurer la pérennité, la stabilité de la relation au profit d'une des parties et, en cas de rupture, de fonder son indemnisation.

**731. Effets dans le droit de la révocation de l'agent général d'assurance.** De même, les mandats des agents généraux d'assurance étaient révocables *ad nutum* et les clauses d'irrévocabilité ne pouvaient être négociées que par les agents en position de force. La théorie du mandat d'intérêt commun a ainsi été utilisée pour limiter cette faculté de rupture dans le but de garantir une durée du contrat permettant aux représentants de tirer les fruits de leurs investissements sur le terrain ou, à défaut, une indemnisation compensant cette impossibilité<sup>2799</sup>. Cependant, des clauses de révocabilité *ad nutum* sans indemnité furent stipulées par les compagnies pour y faire échec et les agents ne réussirent qu'exceptionnellement à démontrer un abus du droit de révocation pour obtenir des dommages et intérêts<sup>2800</sup>. La loi du 16 décembre 1927 a ensuite étendu aux agents l'application des règles prévues pour le louage de services afin d'interdire ces clauses de révocabilité sans indemnité<sup>2801</sup>. Néanmoins, défendant leur indépendance, les agents ont refusé d'être totalement assimilés à des salariés comme avaient pu l'être les VRP et, s'étant organisés en syndicats, ont obtenu, le 27 juillet 1934, un accord avec les compagnies d'assurance leur reconnaissant une patrimonialisation de leur activité prenant notamment la forme d'une indemnité due en cas de cessation de leurs fonctions, quelle qu'en soit la cause<sup>2802</sup>. Cette règle a été reprise par les statuts VIE et IARD homologués

---

<sup>2793</sup> Exigences d'un contrat écrit mentionnant la qualité des parties et d'une immatriculation à un registre spécial (*supra* n° 705).

<sup>2794</sup> *Supra* n° 662.

<sup>2795</sup> C. civ. art. 2007, al. 2, « *si cette renonciation préjudicie au mandant il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable* ».

<sup>2796</sup> GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 208 s.

<sup>2797</sup> Surtout depuis la loi n° 91-593 du 25/06/1991 ne conditionnant plus le bénéfice du statut à l'existence d'un contrat écrit mentionnant la qualité des parties et à une immatriculation à un registre spécial. – Sur cette indemnité : *infra* n° 766 s.

<sup>2798</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1046, « *si l'intermédiaire bénéficie du statut de l'agence [...], il n'a aucun intérêt à invoquer la théorie du mandat d'intérêt commun* » – LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 507. – Sur la question : *supra* n° 667.

<sup>2799</sup> BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *L'intermédiation d'assurance*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009, n° 462.

<sup>2800</sup> *Ibid.*, n° 463.

<sup>2801</sup> *Ibid.*

<sup>2802</sup> BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *op. cit.*, n° 463.

par voie réglementaire<sup>2803</sup> mais ceux-ci ont continué à exiger, en plus, un motif légitime de rupture<sup>2804</sup>. L'exigence d'une justification de la rupture n'a cependant pas été reprise par le statut de 1996<sup>2805</sup>.

**732. Conclusion.** Finalement, il apparaît que le fondement téléologique de l'obligation de justification, qu'une obligation de motivation peut renforcer, réside dans la recherche de la pérennité de la relation au profit du distributeur et dans l'indemnisation des conséquences de sa rupture unilatérale par le fournisseur. Reste alors à dégager le fondement technique de ces obligations, c'est-à-dire les raisons ayant conduit la jurisprudence et le législateur à rechercher la pérennité de certaines relations et à indemniser leur rupture.

## **a.2 - Le fondement technique des obligations de motivation et de justification de la rupture**

**733. Présentation.** Madame Lavefve Laborderie a mis en évidence l'existence de deux critères permettant d'expliquer l'existence d'une protection de la pérennité contractuelle par un encadrement de la rupture unilatérale de la relation contractuelle : l'inégalité structurelle entre les parties – résultant de la qualité de consommateur d'un contractant ou de la nature spécifique du lien contractuel – ou les conséquences économiques et sociales de la rupture<sup>2806</sup>.

**734. Plan.** Le contrat de distribution liant, en principe, deux professionnels, le fondement des obligations de motivation et de justification ne peut être recherché que dans l'inégalité structurelle des parties due à la nature spécifique du lien contractuel (1) ou dans les conséquences économiques et sociales de la rupture (2).

### **a.2.1 - L'inégalité structurelle des parties due à la nature spécifique du lien contractuel**

**735. Présentation.** Pour Madame Lavefve Laborderie, le degré d'inégalité structurelle entre les parties établi en considération de la nature spécifique du lien contractuel permet d'expliquer la limitation du droit de rupture unilatérale<sup>2807</sup>. L'auteur constate également que ce critère s'étend aux règles légales régissant les contrats à durée déterminée<sup>2808</sup>. Cette inégalité résiderait, pour le droit du travail, dans le lien de subordination<sup>2809</sup> et pour le mandat d'intérêt commun, dans la représentation<sup>2810</sup>. Ce serait donc l'existence d'un pouvoir, signe d'une asymétrie dans les droits des parties, qui fonderait les obligations de justification et motivation de la rupture<sup>2811</sup>. En effet, le pouvoir se caractérisant « *par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* »<sup>2812</sup>, il obligerait son titulaire à « *avoir des mobiles*

---

<sup>2803</sup> *Infra* n° 774 s.

<sup>2804</sup> *Supra* n° 660.

<sup>2805</sup> *Supra* n° 660 et 667.

<sup>2806</sup> LAVEFVE LABORDERIE (A.-S.), *La pérennité contractuelle*, Préf. C. Thiberge, BDP, t. 447, LGDJ, 2005, n° 867 s.

<sup>2807</sup> *Ibid.*, n° 871 s.

<sup>2808</sup> *Ibid.*, n° 875 s.

<sup>2809</sup> *Ibid.*, n° 871 et 872.

<sup>2810</sup> *Ibid.*, n° 873.

<sup>2811</sup> Le lien de subordination, critère déterminant du contrat de travail, est classiquement défini comme le pouvoir de diriger, contrôler et sanctionner (*supra* n° 69 s. et 86 s.). – Sur l'analyse du licenciement comme un pouvoir, voir notamment : PASQUIER (I), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 181 – FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 52, LGDJ, 2010.

Le contrat de mandat est défini comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* » (C. civ. art. 1984) et Monsieur Gaillard a démontré que « *la représentation est le mécanisme qui transforme l'usage d'un pouvoir en l'exercice – par représentant interposé – d'un droit subjectif* » (GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Préf. G. Cornu, Economica, 1985, n° 233 et n° 250 s.)

<sup>2812</sup> GAILLARD (E.), *op. cit.*, n° 20 s.

conformes à cet intérêt »<sup>2813</sup>.

**736. Critique.** Si tel était effectivement le cas, les différences entre les distributeurs ne pourraient être justifiées puisqu'il a été démontré que le fournisseur détenait et exerçait sur les franchisés, concessionnaires et commissionnaires-affiliés des pouvoirs comparables à ceux qui caractérisent le lien de subordination<sup>2814</sup>.

Cependant, en s'attachant aux facultés de rupture, il critiquable de qualifier de pouvoir la liberté de ne pas contracter qui s'exprime dans le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ou le droit de résilier un contrat à durée indéterminée qui découle du principe de prohibition des engagements perpétuels conçu comme garantissant la liberté individuelle<sup>2815</sup>. Les prérogatives de résiliation d'un contrat à durée indéterminée et de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ne sont pas confiées par convention à l'une des parties dans un intérêt différent du sien mais sont reconnues par la loi ou la jurisprudence dans le but de préserver la liberté individuelle de la partie considérée. Par suite, il n'existe pas d'inégalité structurelle de pouvoir entre les parties à l'égard de ces libertés : par principe, toute personne est libre de ne pas conclure un contrat ou de résilier un contrat à durée indéterminée<sup>2816</sup>. Au contraire, les obligations de justification et de motivation viennent introduire un déséquilibre et une logique de pouvoir en limitant et encadrant ces libertés pour l'une des parties au contrat<sup>2817</sup>.

**737. Conclusion.** Finalement, si le fondement technique des obligations de justification et motivation de la rupture d'une relation de distribution résidait dans l'inégalité structurelle entre les parties en raison du pouvoir accordé à l'une d'elle, les différences de traitement ne pourraient être justifiées. Cependant, cette inégalité de pouvoir ne permet pas de fonder valablement les obligations de justification et de motivation de la rupture d'une relation de distribution puisque l'analyse de la faculté de rupture en pouvoir est une conséquence des obligations de motivation et justification et ne peut donc en être le fondement.

En reprenant les catégories de Madame Lavefve Laborderie, il faut alors rechercher le fondement de ces obligations dans la situation de faiblesse économique du distributeur ou dans l'intensité des effets de la cessation de la relation de distribution sur l'équilibre économique et social de la société.

#### **a.2.2 - La faiblesse économique d'une des parties et l'intensité des effets économiques et sociaux de la rupture de la relation**

**738. Présentation.** Le Conseil constitutionnel a précisé que « *si le contrat est la loi commune des parties, [...] il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de*

---

<sup>2813</sup> *Ibid.*, n° 187 – Dans ce sens : WICKER (G.), *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les conceptions contractuelles françaises à l'heure des principes du droit européen des contrats*, dir. P. Rémy-Carlay et D. Fenouillet, Dalloz, p. 169 s., n° 35 – V. également : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004, n° 352 s., « la motivation constitue une exigence propre au pouvoir » qui « permet, à l'instar de l'information et de la consultation, d'atténuer l'unilatéralisme inhérent au pouvoir et ainsi de donner au destinataire de la décision accès aux motifs d'une décision qui s'impose à lui ».

<sup>2814</sup> *Supra* n° 129 s. (franchise et concession), 162 s. (contrats d'intermédiation) et 173 (commission-affiliation).

<sup>2815</sup> *Supra* n° 676 (non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée) et 681 (résiliation d'un contrat à durée indéterminée).

<sup>2816</sup> *Supra* n° 675 s. (non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée) et 680 s. (résiliation d'un contrat à durée indéterminée).

<sup>2817</sup> REVET (T.), *L'obligation de motiver...*, *op. cit.*, n° 8, « si l'abus objectif et l'obligation de motivation introduisent une logique de pouvoir dans les rapports contractuels de droit privé, il ne s'ensuit pas toujours une transformation en pouvoirs, au sens technique du terme, des droits du contractant concernés par l'obligation de prendre en compte l'intérêt d'autrui ».

celle-ci »<sup>2818</sup>. Analyser techniquement les raisons du choix du législateur ou de la jurisprudence de protéger une partie à une relation professionnelle présente d'importantes limites. En effet, ce choix est très politique puisqu'il consiste à reconnaître qu'une partie n'est pas en capacité d'assurer seule la défense de ses intérêts<sup>2819</sup> ou, au-delà de ces intérêts catégoriels, à considérer que la rupture intéresse l'intérêt général en raison de ses conséquences économiques et sociales.

Dresser un tableau des relations économiques pour lesquelles la loi ou la jurisprudence a imposé une obligation de justification ou de motivation de la rupture permettra de faire apparaître les considérations qui ont déjà conduit le législateur ou les juges à opérer ce choix.

**739. Relations soumises à des obligations de motivation et justification.** Des obligations de motivation ou de justification ont été imposées pour la résiliation de certaines relations à durée indéterminée : à l'employeur dans les contrats de travail à durée indéterminée<sup>2820</sup>, à l'établissement prêteur dans les concours à durée indéterminée non occasionnels consentis à une entreprise (crédits d'exploitation)<sup>2821</sup>, au bailleur dans les baux commerciaux tacitement prolongés<sup>2822</sup> et au mandant dans le mandat d'intérêt commun<sup>2823</sup>.

Elles ont été également imposées pour le non-renouvellement de certaines relations à durée déterminée, en particulier au bailleur pour les baux commerciaux<sup>2824</sup> ou ruraux<sup>2825</sup> sachant que la loi impose qu'ils soient initialement conclus pour une durée déterminée minimale<sup>2826</sup>.

Dans toutes ces hypothèses, l'absence de cause légitime de rupture conduit soit à maintenir le contrat (maintien du bail en raison de la nullité du congé, réintégration du salarié<sup>2827</sup>), soit à indemniser le cocontractant subissant la rupture (indemnité d'éviction pour les baux commerciaux<sup>2828</sup>, indemnisation de l'absence de cause réelle et sérieuse pour le salarié<sup>2829</sup>, indemnisation de l'absence de cause légitime dans le mandat d'intérêt commun<sup>2830</sup>).

**740. Caractère nécessaire de la relation pour l'activité d'une des parties.** De ce catalogue, il apparaît que le caractère nécessaire de la relation pour l'activité professionnelle d'une des parties fonde

---

<sup>2818</sup> CC 09/11/1999 : n° 99-419 DC ; RTD civ. 2000, 109, J. Mestre et B. Fages, pt. 61 – Sur cette décision : REVET (T.), *Droit constitutionnel du contrat*, RDC 2003, p. 16 s.

<sup>2819</sup> Sur la question, voir notamment : LEGAC-PECH (S.), *Bâtir un droit des contractants vulnérables*, RTD civ. 2014, p. 581 s.

<sup>2820</sup> *Supra* n° 654 s.

<sup>2821</sup> CMF art. L. 313-12, « tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. [...] Dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption ». – Sur la question : MATHEY (N.), *Vers une remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ?*, JCP E 2010, 1550.

<sup>2822</sup> C. com. art. 145-9 al. 2 « à défaut de congé ou de demande de renouvellement, le bail fait par écrit se prolonge tacitement au-delà du terme fixé par le contrat. Au cours de la tacite prolongation, le congé doit être donné au moins six mois à l'avance » et « doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné » (al. 5).

<sup>2823</sup> La théorie du mandat d'intérêt commun impose une obligation de justification de la rupture sous peine d'indemnisation au mandant comme au mandataire mais elle vise en réalité le mandant (*supra* n° 730).

<sup>2824</sup> C. com. art. L. 145-9, al. 5, « le congé [donné par le bailleur] [...] doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné », art. L. 145-10, al. 4, « dans les trois mois de la signification de la demande en renouvellement, le bailleur doit [...] faire connaître au demandeur s'il refuse le renouvellement en précisant les motifs de ce refus ». Si ce motif n'est pas un « motif grave et légitime » ou la démolition de l'immeuble pour insalubrité, le non-renouvellement donnera lieu à indemnisation pour « le préjudice causé par le défaut de renouvellement » (art. L. 145-14 s.).

<sup>2825</sup> C. rur. art. L. 411-47, « à peine de nullité, le congé doit [...] mentionner expressément les motifs allégués par le bailleur », art. L. 411-46 « le preneur a droit au renouvellement du bail, nonobstant toutes clauses, stipulations ou arrangements contraires, à moins que le bailleur ne justifie de l'un des motifs graves et légitimes mentionnés à l'article L. 411-31 ou n'invoque le droit de reprise dans les conditions prévues ».

<sup>2826</sup> C. com. art. L. 145-4, C. rur. art. L. 411-5.

<sup>2827</sup> *Supra* n° 658.

<sup>2828</sup> C. com. art. 145-14 s.

<sup>2829</sup> *Supra* n° 658.

<sup>2830</sup> *Supra* n° 665.

l'existence d'obligations de justification et de motivation<sup>2831</sup>.

Pour le contrat de travail, il s'agit de maintenir une relation dont la rupture priverait le salarié de ses revenus professionnels<sup>2832</sup>.

Pour le mandat d'intérêt commun, il s'agit de maintenir une relation dont la rupture priverait le représentant commercial des revenus qu'il peut attendre de son activité de prospection<sup>2833</sup>.

Pour les crédits d'exploitation non occasionnels aux entreprises, il s'agit de maintenir une source de financement essentielle à l'entreprise puisqu'elle est régulière et donc liée à son exploitation courante.

Pour le droit des baux commerciaux, il s'agit de maintenir une relation dont la durée est essentielle à la création, au maintien et au développement du fonds de commerce exploité dans les locaux loués<sup>2834</sup> et donc à l'activité qui assure les revenus du commerçant<sup>2835</sup>. Il en est de même pour les baux ruraux.

La pérennité de ces contrats est favorisée par le droit positif car leur remise en cause pourrait conduire à la disparition d'entreprises ou d'emplois alors que le maintien de l'emploi et la sauvegarde des entreprises constituent des priorités de l'action du législateur.

Une partie de la doctrine soutient ainsi que les obligations de justification et motivation trouvent leur fondement dans l'existence d'une relation de dépendance économique entendue comme le fait que la relation est nécessaire à l'activité économique d'une des parties<sup>2836</sup>.

---

<sup>2831</sup> Dans ce sens : COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. Loquin, Litec, 2006, n° 715 s., qui constate que l'obligation de motivation – incluant également l'obligation de justification puisque l'auteur conçoit la motivation à la fois comme l'obligation de disposer d'une cause légitime et de l'énoncer (n° 715) – concerne des contrats ayant une valeur patrimoniale (mandat d'intérêt commun, bail commercial et contrat de travail) et y voit une consécration implicite, par le législateur, des effets du solidarisme contractuel qui consisterait à prendre en compte, lors de la rupture du lien contractuel, cette valeur patrimoniale du contrat pour le cocontractant (n° 716 s.). Si l'auteur ne définit pas clairement la notion de « *contrats à valeur patrimoniale* » et semble d'abord l'entendre très largement comme le fait que le contrat représente « *un rouage dans le circuit économique* » (n° 716), il précise néanmoins, dans son étude de l'opportunité d'une généralisation de l'obligation de motivation à ces contrats, que l'extension est justifiée par le fait que « *constituant la pièce essentielle ou, et, indispensable à l'activité économique d'un des contractants, le contrat ayant une valeur patrimoniale est indissociable de cette activité* » si bien que « *sa cessation atteint alors nécessairement celle-ci, voir l'anéantit* » (n° 730 s.) – V. également : REVET (T.), *L'obligation de motiver...*, *op. cit.*, n° 7, « *l'obligation de motivation constitue le prolongement de l'obligation qui s'impose au contractant de prendre en compte l'intérêt de l'autre lors de l'élaboration des décisions qui affectent significativement la situation de ce dernier* ».

<sup>2832</sup> Rapp. : REVET (T.), *Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 s., n° 1 « *lors de la rupture du contrat, [...] la protection alors assurée au salarié trouve sa raison bien plus dans son état de faiblesse économique que dans le lien de subordination juridique : le droit de la rupture du contrat de travail vise avant tout à favoriser une certaine stabilité du contrat de travail, pour des raisons d'ordre économique et social* ».

<sup>2833</sup> *Supra* n° 705 et 730.

<sup>2834</sup> *Supra* n° 391 s. – Ce caractère essentiel du bail explique également qu'une partie de la doctrine dénonce le fait que le statut des baux professionnels (loi n° 86-1290 du 23/12/1986, art. 57 A) n'offre pas une protection comparable au statut des baux commerciaux alors même que la stabilité de la jouissance du local est également essentielle à l'activité des professionnels civils et qu'est aujourd'hui reconnue la notion de clientèle civile et, par suite, de fonds professionnel (BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, Fondation Varenne, LGDJ, 2011, n° 139 s. – SAINTOURENS (B.), *Le bail commercial des non-commerçants*, in Mél. J. Dérupé, GLN Joly et Litec, 1991, p. 93 s.). Le législateur a déjà étendu le statut des baux commerciaux à de nombreux non-commerçants (C. com. art. L. 145-2 – BERT (D.), *op. cit.*, n° 139 s.). Il semble qu'il s'agisse uniquement d'une question de temps d'adaptation de la législation des baux à la notion récente de fonds professionnel.

<sup>2835</sup> Le caractère essentiel du contrat de bail commercial à l'activité du commerçant est d'ailleurs clairement reconnu par le droit des procédures collectives, dans l'objectif de sauvegarder ou redresser une entreprise, ont été adoptées des dispositions spécifiques permettant de faire obstacle à la résiliation du bail en dépit de défaut de paiement des loyers (C. com. art. L. 622-14). Le lien avec les revenus du commerçant est également présent dans le statut puisqu'il est prévu une faculté de congé anticipé pour le preneur ayant fait valoir ses droits à la retraite ou ayant obtenu une pension d'invalidité (C. com. art. L. 145-4, al. 4).

<sup>2836</sup> Dans ce sens : COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *op. cit.*, n° 713 s. – FABRE-MAGNAN (M.), *Pour la reconnaissance...*, *op. cit.*, p. 573 s. – MAINGUY (D.), *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats*, in Mél. M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 165 s., n° 16, justifiant l'extension de l'obligation de motivation aux contrats de situations en raison du fait que pour le cocontractant, « *la fin du contrat risque d'emporter l'arrêt de son activité* » – VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986, définissant le contrat de dépendance comme celui « *régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour sa survie ou son existence, du maintien de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il avait établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique, et sous sa domination* » (n° 226) et soutenant qu'« *il serait souhaitable de généraliser le principe de la motivation obligatoire* » à ces contrats (n° 278 s., spéc. n° 289). – Voir également : RBII (J.), *L'obligation de motivation en droit des contrats*, Thèse Toulouse, 2009, n° 357 s., « *la dimension de dépendance constitue un terrain fertile à l'extension de l'obligation de motivation* ».

**741. Conception abstraite et objective du caractère nécessaire.** Dans ces différents exemples, le caractère nécessaire de la relation est conçu de façon abstraite et objective. Il est apprécié par rapport à l'activité considérée et non par rapport à celui qui en tire ses revenus.

Ainsi, en droit du travail, les obligations de justification et motivation sont prévues quelle que soit la quotité de travail convenue au contrat<sup>2837</sup>. De même, le statut des baux commerciaux s'applique même si le propriétaire du fonds ne tire pas l'essentiel de ses revenus de cette exploitation car il dispose d'autres fonds ou l'a mis en location-gérance et exerce une autre activité source de revenus. Le mandat d'intérêt commun est également considéré par rapport à l'objet du contrat et non par rapport à l'activité globale des parties, l'absence d'exclusivité d'activité n'écartant pas la qualification de mandat d'intérêt commun<sup>2838</sup>.

Par ailleurs, il n'est pas tenu compte de l'éventuelle force de négociation de la partie protégée et de ses solutions de substitution sur le marché<sup>2839</sup>. La protection s'applique à une des parties (le salarié, le locataire, l'emprunteur, le mandataire) conçue abstraitement comme faible<sup>2840</sup> et sans solution alternative.

**742. Conclusion.** Finalement, le fondement technique des obligations de justification et de motivation paraît résider dans le caractère nécessaire de la relation pour l'activité économique d'une des parties, apprécié de façon abstraite et objective.

Ce fondement conduit donc à poser l'hypothèse que les différences observées entre les distributeurs sur les obligations de motivation et justification de la rupture par le fournisseur seraient justifiées par le caractère plus ou moins nécessaire de ces relations pour le distributeur.

## **b - La recherche de la justification des différences de traitement**

**743. Différences entre les distributeurs soumis à un régime spécial et ceux relevant du droit commun des contrats.** La différence de traitement liée à l'absence d'obligations de motivation et justification de la rupture par le fournisseur des relations de distribution soumises au droit commun des contrats (franchise, concession, commission-affiliation, location-gérance, etc.) serait justifiée si ces relations n'étaient pas nécessaires à l'activité économique du distributeur ou moins nécessaires qu'un contrat de travail pour un distributeur salarié de droit commun, qu'une relation avec un donneur d'ordre pour un VRP ou qu'une relation de gérance de succursale soumise au droit du travail pour un gérant.

Cependant, le propre même d'un distributeur, qu'il relève du droit du travail ou non, est de diffuser les produits ou services de ses fournisseurs, les relations avec ceux-ci sont donc, par nature, nécessaires à son activité. Ainsi, dans les procédures collectives de distributeurs, l'administrateur judiciaire opte généralement pour la continuation des contrats d'approvisionnement, de concession ou de franchise car la poursuite de l'activité de distribution ne peut s'envisager sans eux<sup>2841</sup>.

---

<sup>2837</sup> La rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel devra être justifiée et motivée même si le contrat se rapporte à une activité négligeable au regard des autres activités exercées par le salarié.

<sup>2838</sup> *Supra* n° 707.

<sup>2839</sup> L'existence d'autres locaux pouvant accueillir l'activité du commerçant ou du fermier, d'autres établissements pouvant consentir des crédits, d'autres employeurs potentiels retire pas le caractère essentiel du bail d'habitation, du bail commercial, du bail rural, du crédit d'exploitation non occasionnel.

<sup>2840</sup> Sur la question : NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, Préf. F. Labarthe, BDP, t. 382, LGDJ, 2002.

<sup>2841</sup> Dans ce sens : PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 691 – ROUSSEL GALLE (P.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, 2012, n° 686 – JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2011, n° 381, citant la franchise dans la « liste des contrats dont la poursuite est nécessaire pour l'entreprise ».

Ce caractère nécessaire se vérifie particulièrement pour le contrat de franchise ou de commission-affiliation puisqu'au-delà d'assurer généralement la grande majorité voire la totalité de l'approvisionnement du distributeur, ils organisent toute son activité et lui en fournissent des éléments essentiels comme les signes distinctifs. La rupture du contrat entraîne ainsi généralement la fin de l'activité de distribution des produits ou services qu'il organisait, surtout si une clause de non-concurrence post-contractuelle a été stipulée<sup>2842</sup>. La situation est identique dans la concession exclusive en raison de l'exclusivité d'approvisionnement et de l'utilisation des signes distinctifs du fournisseur. Les contrats de concession multimarques ou de distribution sélective sont moins indispensables mais peuvent être nécessaires à l'activité, notamment lorsqu'ils portent sur des produits ou services d'une marque notoire.

Dans la location-gérance, la nécessité du contrat est évidente car, sans lui, le distributeur ne peut plus exploiter le fonds de distribution et n'a donc plus d'activité économique de distribution.

Par ailleurs, dans la franchise, concession ou commission-affiliation, la poursuite du contrat de distribution conditionne la valeur du fonds de commerce du distributeur<sup>2843</sup>.

Ainsi, le caractère nécessaire de ces contrats pour l'activité du distributeur n'apparaît pas moins important que pour les contrats de distribution relevant du droit du travail. D'ailleurs, un gérant de succursale relevant du Code du travail et un franchisé ou un locataire-gérant peuvent parfois ne se distinguer que par une relative et formelle liberté de fixation des prix de vente à la clientèle<sup>2844</sup>. Or, l'absence de prix imposés n'a aucune influence sur le caractère nécessaire de la relation pour l'activité.

Comme les gérants de succursales du Code du travail, l'activité des franchisés, concessionnaires exclusifs et commissionnaires-affiliés consiste souvent essentiellement en la distribution de produits ou services fournis exclusivement ou presque exclusivement par un seul fournisseur si bien que la nécessité du contrat de distribution avec ce fournisseur n'est pas moindre<sup>2845</sup>. Le gérant de succursale peut également, comme les franchisés, concessionnaires ou commissionnaires-affiliés, développer des activités accessoires ou parallèles<sup>2846</sup>. L'existence de ces activités ne rend pas moins nécessaire le contrat représentant l'essentiel de l'activité du distributeur, d'autant plus qu'il a été constaté que ce caractère nécessaire était conçu par le législateur et la jurisprudence au regard de l'objet de la relation et non de la situation des parties.

Les différences de traitement n'apparaissent donc pas justifiées.

**744. Différences entre les distributeurs relevant de régimes spéciaux.** Il paraît également difficile de justifier par des considérations tenant au caractère nécessaire de la relation que le régime du mandat d'intérêt commun, à la différence de celui des relations relevant du droit du travail, n'entraîne pas une obligation de motivation préalable et ne soit pas d'ordre public.

Une justification peut être trouvée dans le fait que les agents commerciaux et agents généraux d'assurance bénéficient d'une indemnisation systématique ou quasi systématique en cas de rupture de la relation par le mandant<sup>2847</sup> qui permet déjà d'indemniser les conséquences de cette rupture et de favoriser la pérennité de la

---

<sup>2842</sup> *Infra* n° 838 s.

<sup>2843</sup> *Infra* n° 841.

<sup>2844</sup> V. not. *supra* n° 249.

<sup>2845</sup> *Supra* n° 231.

<sup>2846</sup> *Supra* n° 152 et 237

<sup>2847</sup> *Infra* n° 766 s. (agent commercial) et 774 s. (agents généraux d'assurance).



relation. Cependant, l'argument ne vaut que pour ces distributeurs et non pour les gérants-mandataires du Code de commerce (le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée n'ouvre pas droit à indemnité<sup>2848</sup>) et des mandataires d'intérêt commun ne relevant d'aucun statut spécial. Par ailleurs, le droit du travail admet le cumul d'une indemnité pour irrespect de l'obligation de motivation, d'une indemnité pour absence de cause légitime de rupture et d'une indemnité due du seul fait de la rupture de la relation non voulue par le salarié<sup>2849</sup>. En particulier, les VRP peuvent obtenir, en plus d'indemnités pour irrespect de la procédure de licenciement et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, une indemnité de clientèle d'un montant proche de celui de l'indemnité de cessation de relation de l'agent commercial<sup>2850</sup>.

**745. Conclusion.** Finalement, le droit positif, en prévoyant des obligations de motivation préalable et de justification impératives pour les seules relations de distribution relevant du droit du travail et une obligation de justification supplétive de volonté pour les seuls mandats de distribution d'intérêt commun, traite les distributeurs de façon inégalitaire.

## CONCLUSION DU PARAGRAPHE 2

**746. Différences de traitement.** Lorsque la relation de distribution est fondée sur un contrat à durée déterminée, la rupture anticipée par le fournisseur doit, en principe, être justifiée mais le non-renouvellement n'a pas à être motivé ou justifié<sup>2851</sup>. Cependant, seul le droit du travail restreint les possibilités de recours aux contrats à durée déterminée, limite la durée de ces contrats, définit de façon impérative et limitative les causes légitimes de leur rupture anticipée par le fournisseur et fixe un forfait minimal d'indemnisation en cas de rupture anticipée illégitime<sup>2852</sup>.

Lorsque la relation de distribution s'inscrit dans la durée, les différences de protection entre les distributeurs sont encore plus significatives.

Si le distributeur bénéficie du droit du travail, sa relation s'analysera en un contrat à durée indéterminée en raison des interdictions légales de la fonder sur un contrat à durée déterminée supérieur à 18 mois ou sur une succession continue de contrats à durée déterminée. Le fournisseur devra alors impérativement motiver préalablement sa rupture et la justifier par un motif légitime tenant à son entreprise ou au distributeur et en rapport avec cette entreprise et présentant, dans les deux cas, un certain degré de nécessité (une cause réelle et sérieuse) qui sera impérativement apprécié par le juge<sup>2853</sup>.

Si le distributeur bénéficie du régime du mandat d'intérêt commun, sa relation pourra être fondée sur une succession de contrats à durée déterminée dont le non-renouvellement n'aura pas à être motivé ou justifié mais si elle est fondée sur un contrat à durée indéterminée, le fournisseur sera tenu à une obligation de justification comparable à celle du droit du travail à la différence importante que n'étant pas d'ordre public, elle peut être aménagée ou supprimée et n'est pas associée à une obligation de motivation préalable<sup>2854</sup>.

---

<sup>2848</sup> *Infra* n° 771.

<sup>2849</sup> *Supra* n° 658 et *infra* n° 758.

<sup>2850</sup> *Infra* n° 761 s.

<sup>2851</sup> *Supra* n° 648 s. (droit du travail), 672 s. et 675 s. (droit commun).

<sup>2852</sup> *Supra* n° 648 s.

<sup>2853</sup> *Supra* n° 654 s.

<sup>2854</sup> *Supra* n° 662 s.

Les relations de distribution des autres distributeurs (franchisés, concessionnaires, commissionnaires-affiliés, locataires-gérants, etc.) pourront être fondées sur une succession de contrats à durée déterminée dont le non-renouvellement n'a pas été motivé ou justifié ou sur un contrat à durée indéterminée résiliable sans motivation ou justification sauf si une faute du distributeur est invoquée comme cause de la rupture<sup>2855</sup>.

**747. Fondements des obligations de motivation et justification.** Le fondement des obligations de motivation et de justification ne réside pas dans l'existence d'un intérêt commun<sup>2856</sup>. Cette notion n'est qu'un artifice juridique permettant de fonder une limitation des cas de rupture et une indemnisation des ruptures des contrats des représentants de commerce<sup>2857</sup>. Cette même finalité explique le régime du licenciement applicable aux distributeurs soumis au droit du travail<sup>2858</sup>.

Le fondement téléologique de l'obligation de justification, qu'une obligation de motivation vient renforcer, réside ainsi dans la recherche de la pérennité d'une relation et d'indemnisation des conséquences de sa rupture<sup>2859</sup>. Le fondement technique de ces obligations réside dans le caractère nécessaire – apprécié abstraitement et objectivement – de la relation pour l'activité économique du distributeur<sup>2860</sup>.

**748. Inégalités.** Au regard de ces fondements, les différences de traitement ne peuvent être justifiées.

En effet, des relations de distribution comme la franchise, la concession, la commission-affiliation ou la location-gérance présentent souvent un caractère aussi nécessaire à l'activité du distributeur qu'un contrat de travail pour un distributeur salarié, qu'un mandat d'intérêt commun pour un représentant de commerce, qu'une relation avec un donneur d'ordre pour un VRP ou qu'une relation de gérance soumise au droit du travail pour un gérant<sup>2861</sup>. Ces fondements ne permettent pas non plus de justifier les différences de traitement observées entre les distributeurs soumis à des régimes spéciaux<sup>2862</sup>.

Ces inégalités sont d'autant plus importantes qu'en l'absence d'obligation de justification, l'indemnisation de la rupture n'est pas nécessairement assurée, les inégalités d'obligation de justification de la rupture se doublant d'inégalités d'encadrement des conséquences de la cessation de la relation pour le distributeur.

---

<sup>2855</sup> *Supra* n° 675 s. et 680 s.

<sup>2856</sup> *Supra* n° 693 s.

<sup>2857</sup> *Supra* n° 705, 718 et 730.

<sup>2858</sup> *Supra* n° 729.

<sup>2859</sup> *Supra* n° 721 s.

<sup>2860</sup> *Supra* n° 733 s.

<sup>2861</sup> *Supra* n° 743.

<sup>2862</sup> *Supra* n° 744.

## **SECTION 2 – LES INÉGALITÉS D’ENCADREMENT DES CONSÉQUENCES DE LA CESSATION DE LA RELATION POUR LE DISTRIBUTEUR**

**749. Présentation et plan.** Même si le fournisseur a respecté un préavis, a motivé et justifié sa rupture de la relation de distribution par une cause légitime et n’a commis aucun abus subjectif, le droit positif peut l’obliger à indemniser le distributeur des conséquences de la cessation de la relation. Tous les distributeurs ne bénéficient cependant pas d’une telle indemnisation et, lorsqu’elle existe, ses conditions et modalités varient (§1). Par ailleurs, la cessation de la relation de distribution s’accompagne parfois de restrictions à la liberté professionnelle du distributeur dont l’encadrement diffère également selon les distributeurs (§2).

### **§1 – Les inégalités d’indemnisation de la cessation de relation**

**750. Restriction de l’étude aux indemnités de cessation de relation.** Parmi les différentes indemnités susceptibles d’être dues au distributeur en fin de relation de distribution, seront uniquement considérées celles qui se rapportent au principe même de la cessation de la relation. Ces indemnités ont pour particularité d’être dues quelle que soit la cause de la cessation de la relation (rupture justifiée ou non, décès, incapacité, retraite, force majeure, etc.) et ses modalités (absence de motivation, absence de préavis, conditions vexatoires, etc.). Elles sont ainsi cumulables avec les indemnités dues pour irrespect du préavis ou en réparation d’un autre abus subjectif (faute dans les circonstances de la rupture), avec les indemnités pour absence de motivation ou justification de la rupture et avec les indemnités dues en contrepartie d’une clause de non-concurrence post-contractuelle.

**751. Plan.** Les différences de traitement entre les distributeurs seront identifiées (A) et il en sera ensuite recherchés les justifications au regard des fondements des indemnités de cessation de relation (B).

#### **A – Les différences d’indemnisation de la cessation de la relation de distribution**

**752. Plan.** Alors que le droit positif accorde une indemnité de cessation de relation à certains distributeurs (1), d’autres ne peuvent y prétendre (2).

##### ***1 – Les distributeurs bénéficiant d’une indemnité légale de cessation de relation***

**753. Plan.** Des indemnités de cessation de relation résultent de l’application du droit du travail (a) et d’autres de statuts particuliers non travaillistes (b).

##### **a - Les indemnités des distributeurs relevant du droit du travail**

**754. Plan.** Les distributeurs soumis au droit du travail bénéficient quasi systématiquement d’une indemnité d’ordre public en cas de cessation de la relation de distribution s’ils ne l’ont pas voulue ou provoquée. Il existe cependant une différence entre les VRP (a.1) et les autres distributeurs soumis au droit du travail (a.2).

## **a.1 - Les indemnités dues aux distributeurs n'ayant pas le statut de VRP**

**755. Plan.** Les distributeurs non VRP relevant du droit du travail bénéficient, en principe, d'une indemnité de fin de contrat à l'échéance de leur contrat à durée déterminée si la relation n'est pas poursuivie (a.1.1) et d'une indemnité de licenciement en cas de résiliation de leur contrat de travail à durée indéterminée (a.1.2).

### **a.1.1 - L'indemnité due en cas de cessation d'une relation à durée déterminée**

**756. Conditions.** La loi prévoit une *indemnité de fin de contrat* (indemnité de précarité)<sup>2863</sup> due au salarié au terme d'une relation de travail à durée déterminée justifiée par un remplacement ou un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise<sup>2864</sup>, lorsque « *les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée* »<sup>2865</sup>. L'indemnité est théoriquement applicable aux gérants de succursales et aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire<sup>2866</sup>.

L'indemnité est due dans tous les cas de cessation de la relation non imputables au distributeur : en cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée par l'employeur non justifiée par une faute grave ou lourde du salarié, un cas de force majeure ou une inaptitude médicalement constatée<sup>2867</sup> et en cas de non-proposition d'un contrat à durée indéterminée à l'échéance du terme. En cas de succession de contrats à durée déterminée, une indemnité de précarité est ainsi due à l'issue de chaque contrat<sup>2868</sup> et également en cas de requalification en contrat à durée indéterminée<sup>2869</sup>.

Inversement, si la cessation de la relation a été voulue ou provoquée par le distributeur l'indemnité sera écartée (rupture anticipée à son initiative, faute grave ou lourde<sup>2870</sup> ou refus de conclusion d'un contrat à durée indéterminée<sup>2871</sup>). L'indemnité est également écartée en cas de rupture anticipée par le salarié motivée par la conclusion d'un contrat à durée indéterminée avec un autre employeur<sup>2872</sup>.

---

<sup>2863</sup> La loi fait référence à une « *indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de [...] [la] situation [du salarié]* » (C. trav. art. L. 1243-8) que la jurisprudence et la doctrine désigne plus simplement par le terme d'« *indemnité de précarité* » (voir par exemple : Soc. 30/03/2005 : n° 03-42667 ; B. n° 106).

<sup>2864</sup> C. trav. art. L. 1243-8 et 1243-10.

<sup>2865</sup> C. trav. art. L. 1243-8.

<sup>2866</sup> C. trav. art. L. 7321-1 et L. 7322-1 rendant applicables aux gérants les dispositions du Code du travail sans exclure celles relatives à l'indemnité de fin de contrat à durée déterminée. – Les relations contractuelles avec les gérants semblent analysées comme des contrats à durée indéterminée (*supra* note n° 2420).

<sup>2867</sup> C. trav. art. L. 1243-4 – Lorsque la rupture anticipée est justifiée par un cas de force majeure résidant dans un sinistre, il est néanmoins prévu que « *le salarié a [...] droit à une indemnité compensatrice dont le montant est égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat* » (C. trav. art. L. 1243-4 al. 2). Cette indemnité de cessation de relation traduit une obligation légale de l'employeur de garantir les salaires du salarié même en cas de sinistre relevant d'un cas de force majeure.

<sup>2868</sup> Dans ce sens : Soc. 05/02/1992 : n° 88-40965 ; B. n° 66, « *en cas de succession de contrats à durée déterminée suivie de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée, seule l'indemnité de fin de contrat se rapportant au dernier contrat à durée déterminée n'est pas due* ».

<sup>2869</sup> Dans ce sens : Soc. 03/10/2007 : n° 05-44958 ; B. n° 148 ; RDT 2007, 721, B. Reynès ; D. 2008, 391, C. Lefranc-Hamoniaux ; JCP E 2008, 1483, G. Vachet ; JCP S 2008, 1117, F. Bousez, dépassement du terme du contrat à durée déterminée sans proposition d'un contrat à durée indéterminée. – Lorsque l'indemnité a été perçue en fin de contrat et que la requalification intervient postérieurement, l'indemnité est conservée : Soc. 30/03/2005 : n° 03-42667 ; B. n° 106 – Soc. 06/05/2002 : n° 00-41992.

<sup>2870</sup> L'indemnité n'est pas due « *en cas de rupture anticipée du contrat due à l'initiative du salarié, à sa faute grave* » (C. trav. art. L. 1243-10, 4°).

<sup>2871</sup> L'indemnité n'est pas due « *lorsque le salarié refuse d'accepter la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente* » (C. trav. art. L. 1243-10, 3°).

<sup>2872</sup> C. trav. art. L. 1243-2 – Le doute est cependant permis car si l'article L. 1243-10, 4° du Code du travail dispose que l'indemnité n'est pas due « *en cas de rupture anticipée du contrat due à l'initiative du salarié* », l'article D. 1243-1 prévoit néanmoins que « *lorsque le salarié rompt son contrat de travail à durée déterminée avant l'échéance du terme [en justifiant de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée], l'indemnité de fin de contrat [...] est calculée sur la base de la rémunération déjà perçue et de celle qu'il aurait perçue jusqu'au terme du contrat* ». En principe, la loi devrait l'emporter sur le règlement sauf à interpréter l'article D. 1243-1 comme étant une simple précision non contraire à la loi. De plus, comme le précise, pour ce cas, une circulaire de la Direction des relations du travail, « *l'exposé des motifs, comme les différents rapports de la commission de l'Assemblée nationale, précisent [...] qu'il est normal de ne pas verser la prime de précarité dans la mesure où la rupture du contrat a lieu à l'initiative du salarié* » (Circ. DRT n° 2002-08 du 02/05/2002 relative à la mise en œuvre de la loi de modernisation sociale, dispositions relatives à la lutte contre la précarité des

Le fait générateur de l'indemnité réside donc dans l'absence poursuite de la relation avec l'employeur par un contrat à durée indéterminée, sans que cette situation ne résulte d'une initiative du salarié, d'une faute grave de sa part, d'une incapacité médicalement constatée ou d'un cas de force majeure.

**757. Montant.** L'indemnité est, en principe<sup>2873</sup>, égale à « 10 % de la rémunération totale brute versée au salarié »<sup>2874</sup>, à l'exclusion des remboursements de frais professionnels<sup>2875</sup>. La rémunération totale vise l'ensemble des rémunérations perçues par le salarié pendant la durée convenue du contrat<sup>2876</sup>.

En revanche, si le contrat a durée déterminée s'est poursuivi par un contrat à durée indéterminée, l'indemnité de fin de contrat ne sera pas due mais l'ancienneté acquise pourra permettre au distributeur de bénéficier d'une autre indemnité en cas de cessation de sa relation avec le fournisseur.

### **a.1.2 - L'indemnité due en cas de cessation d'un contrat à durée indéterminée**

**758. Conditions.** Les distributeurs salariés de droit commun, les gérants de succursales et les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire bénéficient d'une « indemnité de licenciement » d'ordre public en cas de résiliation par le fournisseur du contrat à durée indéterminée fondant leur relation si celle-ci est d'une ancienneté ininterrompue d'une année<sup>2877</sup>. L'indemnité est également due en cas de résiliation pour une cause réelle et sérieuse<sup>2878</sup>, sauf si elle réside dans une faute grave du distributeur<sup>2879</sup>.

L'indemnité se cumule avec l'indemnité compensatrice de préavis, avec l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et avec l'indemnité due en contrepartie d'une clause de non-concurrence post-contractuelle<sup>2880</sup>. Il s'agit donc bien d'une indemnité de cessation de relation.

L'indemnité de licenciement est remplacée par une indemnité d'un montant au moins égal en cas de rupture conventionnelle<sup>2881</sup>, de mise à la retraite<sup>2882</sup>, de rupture du contrat de travail pour inaptitude consécutive à une maladie professionnelle ou un accident du travail<sup>2883</sup> et de rupture résultant d'un sinistre relevant d'un cas de force majeure<sup>2884</sup>.

En revanche, aucune indemnité équivalente n'est due lorsque la rupture est voulue par le salarié (démission, départ volontaire à la retraite<sup>2885</sup>) ou est justifiée par sa faute grave ou, *a fortiori*, lourde<sup>2886</sup>. Il en

---

emplois, art. 3.1.3). L'exposé des motifs du projet de loi de modernisation sociale indique en effet que « dans ce cas de rupture, la prime de précarité ne serait pas due, le salarié étant à l'initiative de la rupture » (Section 4) (<http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl2415.asp>, consulté le 13/05/2015).

<sup>2873</sup> « En vue d'améliorer la formation professionnelle des salariés titulaires de contrat de travail à durée déterminée », le montant peut être réduit par une négociation collective à 6 % si des « contreparties » sont offertes aux salariés, « notamment sous la forme d'un accès privilégié à la formation professionnelle » comme un bilan de compétences financé par l'employeur hors du temps de travail (C. trav. art. L. 1243-9)

<sup>2874</sup> C. trav. art. L. 1243-8, al. 2.

<sup>2875</sup> Dans ce sens : Soc. 16/06/2004 : n° 03-43928 ; B. n° 164.

<sup>2876</sup> En cas de rupture anticipée par l'employeur (sauf pour faute grave ou inaptitude constatée par le médecin du travail), l'indemnité de précarité devrait être due en tenant compte de l'ensemble des rémunérations qu'aurait perçues le salarié, celui-ci percevant des dommages et intérêts correspondant au moins à ces sommes, « sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat » (C. trav. art. L. 1243-4).

<sup>2877</sup> C. trav. art. L. 1234-9 – Antérieurement à la loi n° 2008-596 du 25/06/2008, l'ancienneté nécessaire était de 2 années.

<sup>2878</sup> V. par ex. : Soc. 27/11/1980 : n° 78-41799.

<sup>2879</sup> C. trav. art. L. 1234-9.

<sup>2880</sup> Sur la question : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2014, n° 1641.

<sup>2881</sup> C. trav. art. L. 1237-13.

<sup>2882</sup> C. trav. art. L. 1237-7 – Sur la mise à la retraite : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 403 s.

<sup>2883</sup> C. trav. art. L. 1226-14 prévoyant une indemnité au moins égale au double de l'indemnité de licenciement.

<sup>2884</sup> C. trav. art. L. 1234-13.

<sup>2885</sup> La Cour de cassation analyse le départ volontaire à la retraite comme une rupture à l'initiative du salarié excluant l'indemnité de licenciement (Soc. 09/07/2003 : n° 01-43298 – Soc. 25/06/2002 : n° 00-18907 ; B. n° 214).

est de même dans l'hypothèse d'une « *cessation de l'entreprise pour un cas de force majeure* »<sup>2887</sup>. Il est néanmoins prévu que « *tout salarié quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse a droit à une indemnité de départ à la retraite* »<sup>2888</sup> mais un montant minimum n'est imposé qu'à compter de 10 ans d'ancienneté du salarié et est très inférieur à celui de l'indemnité de licenciement<sup>2889</sup>.

Ainsi, toute cessation de relation non exclusivement voulue (démission, départ à la retraite)<sup>2890</sup> ou provoquée (faute grave) par le distributeur ou due à un cas de force majeure ne résidant pas dans un sinistre donne lieu au versement d'une indemnité au moins égale à l'indemnité de licenciement.

**759. Montant.** Le montant de l'indemnité correspond à l'application d'un taux à une assiette.

**Taux.** En cas de licenciement<sup>2891</sup>, de rupture conventionnelle<sup>2892</sup>, de mise à la retraite<sup>2893</sup> ou de rupture justifiée par un cas de force majeure résidant dans un sinistre<sup>2894</sup>, l'indemnité « *ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté* »<sup>2895</sup> et doit tenir « *compte des mois de service accomplis au-delà des années pleines* »<sup>2896</sup>.

En cas de rupture pour inaptitude consécutive à une maladie professionnelle ou un accident du travail, ce montant est doublé<sup>2897</sup>.

En cas de départ volontaire à la retraite, l'indemnité s'élève au minimum à 0,5 mois de salaire après 10 ans d'ancienneté, 1 mois après 15 ans, 1,5 mois après 20 ans et 2 mois après 30 ans<sup>2898</sup>.

**Assiette.** Le salaire constituant l'assiette de l'indemnité est une moyenne des rémunérations brutes<sup>2899</sup> des douze ou trois derniers mois (en proratisant les primes exceptionnelles ou annuelles), selon la formule la plus avantageuse pour le salarié<sup>2900</sup>. Les remboursements de frais sont exclus de l'assiette au motif qu'ils ne constituent pas des éléments de salaire<sup>2901</sup>.

L'ancienneté est décomptée à partir de la date d'embauche du salarié et inclut donc les contrats à durée déterminée qui ont pu précéder le contrat à durée indéterminée<sup>2902</sup>. L'indemnité de licenciement est ainsi directement fonction de la durée de la relation avec un palier à compter de dix années.

**760. Comparaisons.** L'indemnité de licenciement apparaît moins intéressante que l'indemnité de précarité : elle n'est pas due en cas d'ancienneté inférieure à une année et son montant est très inférieur. En effet, il faut une ancienneté de neuf années au salarié pour obtenir une indemnité de licenciement égale au montant

---

<sup>2886</sup> C. trav. art. L. 1234-9 – Il est néanmoins possible de prévoir que l'indemnité sera due même en cas de faute grave (Soc. 31/03/2009 : n° 07-44564 ; B. n° 94).

<sup>2887</sup> C. trav. art. L. 1234-12.

<sup>2888</sup> C. trav. art. L. 1237-9.

<sup>2889</sup> C. trav. art. L. 1237-9, al. 2 et D. 1237-1.

<sup>2890</sup> La rupture conventionnelle est voulue par le salarié et l'employeur.

<sup>2891</sup> C. trav. art. L. 1234-9, prévoyant comme montant le double de l'indemnité de licenciement.

<sup>2892</sup> C. trav. art. L. 1237-13, prévoyant une indemnité d'un montant égal à l'indemnité de licenciement.

<sup>2893</sup> C. trav. art. L. 1237-7, prévoyant une indemnité d'un montant égal à l'indemnité de licenciement.

<sup>2894</sup> C. trav. art. L. 1234-13, prévoyant une indemnité d'un montant égal à l'indemnité de licenciement.

<sup>2895</sup> C. trav. art. R. 1234-1.

<sup>2896</sup> C. trav. art. R. 1234-1 – V. aussi : Soc. 08/01/1987 : n° 84-43345 ; B. n° 9 – Soc. 16/03/1994 : n° 88-40915 ; B. n° 94.

<sup>2897</sup> C. trav. art. L. 1226-14 prévoyant une indemnité au moins égale au double de l'indemnité de licenciement.

<sup>2898</sup> C. trav. art. D. 1237-1.

<sup>2899</sup> C. trav. art. L. 1234-9, al. 2.

<sup>2900</sup> C. trav. art. R. 1234-5 pour l'indemnité de licenciement et D. 1237-2 pour l'indemnité de départ à la retraite.

<sup>2901</sup> Soc. 31/01/2006 : n° 04-44771 – Soc. 08/07/2010 : n° 08-45281.

<sup>2902</sup> C. trav. art. L. 1243-11.

maximal de l'indemnité précarité obtenu au bout de dix-huit mois de relation<sup>2903</sup>.

En revanche, lorsque le distributeur est un VRP, l'indemnité de licenciement peut être remplacée par une indemnité de clientèle nettement plus intéressante.

## **a.2 - L'indemnité de cessation de relation due au VRP**

**761. Conditions.** En application de son statut particulier, le VRP bénéficie, sauf faute grave, d'une « indemnité de clientèle » d'ordre public<sup>2904</sup> « pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui »<sup>2905</sup>.

L'indemnité suppose une cessation de la relation non voulue ou provoquée par le VRP et un préjudice.

**Cessation de la relation non voulue ou provoquée par le VRP.** L'indemnité est due dans tous les cas de cessation de la relation imputables au mandant (résiliation d'un contrat à durée indéterminée<sup>2906</sup>, rupture anticipée ou non renouvellement d'un contrat à durée déterminée<sup>2907</sup>, prise d'acte de la rupture par le VRP s'analysant en un licenciement<sup>2908</sup>, mise à la retraite<sup>2909</sup> et même peut-être rupture de la période d'essai<sup>2910</sup>). L'existence d'une cause légitime à la rupture est indifférente (cause réelle et sérieuse tirée par exemple de la cessation d'activité, de la réorganisation de l'entreprise, etc.) sauf si elle réside dans la faute grave ou, *a fortiori*, lourde, du VRP<sup>2911</sup>.

L'indemnité est également due en cas de rupture par l'employeur ou le VRP<sup>2912</sup>, par suite d'une incapacité totale ou partielle de travail due à une maladie ou à un accident<sup>2913</sup>, d'origine professionnelle ou non<sup>2914</sup>.

---

<sup>2903</sup> La durée maximale d'un contrat à durée déterminée est, en principe, de 18 mois (*supra* n° 653) et l'indemnité de fin de contrat est alors égale à 18 mois x 10% de rémunération mensuelle = 1,8 mois de rémunération mensuelle. 1,8 mois de rémunération mensuelle ÷ 1/5<sup>ème</sup> de rémunération mensuelle par année = 9 années.

<sup>2904</sup> C. trav. art. L. 7313-4 – Soc. 17/12/1997 : n° 95-42807, « le droit du VRP à une éventuelle indemnité de clientèle est d'ordre public » – Soc. 30/06/1977 : n° 75-40970 ; B. n° 446 – Soc. 26/10/1964 : B. n° 706.

<sup>2905</sup> C. trav. art. L. 7313-13 s. – Dans certains cas, cette indemnité peut être remplacée par une indemnité conventionnelle de substitution qui ne peut être inférieure (C. trav. art. L. 7313-17).

<sup>2906</sup> C. trav. art. L. 7313-13, « En cas de rupture du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, en l'absence de faute grave, le voyageur, représentant ou placier a droit à une indemnité pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui. »

<sup>2907</sup> C. trav. art. L. 7313-14, « L'indemnité de clientèle est due en cas de rupture du contrat de travail à durée déterminée par l'employeur avant l'échéance du terme ou lorsque le contrat venu à échéance n'est pas renouvelé, et en l'absence de faute grave ». – Soc. 30/06/1977 : n° 75-40970 ; B. n° 446, « tout contrat à durée déterminée comporte un droit à indemnité de clientèle pour le cas où, du fait de l'employeur, le contrat venu à expiration ne serait pas renouvelé, et qu'est nulle toute renonciation prématurée du représentant à demander un tel renouvellement et à réclamer ladite indemnité ».

<sup>2908</sup> Dans ce sens : Soc. 09/02/2011 : n° 09-41145 – Soc. 17/05/2000 : n° 98-41488 – V. également : Soc. 13/07/1988 : n° 85-43642.

<sup>2909</sup> Soc. 11/05/2011 : n° 09-41298 ; B. n° 107 – Soc. 04/01/1996 : n° 93-44267 – Soc. 21/06/1995 : n° 91-43639 ; B. n° 210.

<sup>2910</sup> L'ancien article L. 751-6 du Code du travail disposait que « lorsque la rupture du contrat de travail par la volonté d'une seule des parties sans faute grave de l'autre partie intervient au cours de la période d'essai, il n'est dû aucune indemnité. » mais l'exception de la période d'essai n'a pas été reprise lors de la recodification du statut. Une partie de la doctrine soutient cependant que l'exclusion subsisterait : CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Rupture du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-30, 2012, maj. 2014, n° 86 – GRIGNON (P.), *A propos de la nouvelle codification « à droit constant » du statut des VRP*, RLDA 05/2007, p. 43. – Pour une application de la règle précédente : Soc. 27/11/1985 : n° 82-42581 ; B. n° 560.

<sup>2911</sup> Pour des exemples de fautes graves : GRIGNON (P.), *VRP*, Rep. trav. Dalloz, 2007, maj. 2012, n° 283 – La faute grave ne peut être déterminée par avance par les parties et est donc nécessairement laissée à l'appréciation du juge (Soc. 06/02/1990 : n° 86-44185 ; B. n° 40).

<sup>2912</sup> Dans ce sens : Soc. 04/01/1995 : n° 91-42771 ; B. n° 2.

<sup>2913</sup> C. trav. art. L. 7313-13, al. 3, prévoyant que les dispositions relatives à l'indemnité de clientèle due « en cas de rupture du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur » « s'appliquent en cas de rupture du contrat de travail par suite d'accident ou de maladie entraînant une incapacité permanente totale de travail » – Le texte vise uniquement les contrats à durée indéterminée et l'incapacité totale, la jurisprudence réservait ainsi l'indemnité à ces contrats (Soc. 23/05/1940 : JCP 1940.II.1568, J. Loup) ce qui est critiqué par la doctrine (CAMERLYNCK (G.-H.), *L'indemnité de clientèle du représentant de commerce*, JCP 1957.I.1347, n° 7) et l'excluait en cas d'incapacité partielle (Soc. 13/04/2005 : n° 03-40627 ; DS 2005, 822, J. Mouly ; CDE 6/2005, 29, P. Grignon – Soc. 20/10/1998 : n° 96-43542 ; B. n° 439 ; DS 1999, 92, J. Savatier – Soc. 07/02/1985 : n° 82-42777 – Soc. 10/03/1977 : n° 75-40591 ; B. n° 192 – Soc. 06/03/1974 : n° 75-40034 ; B. n° 161). En 2005, la Cour de cassation a privé d'intérêt ces distinctions en jugeant qu'une « cour d'appel, qui, d'une part, a constaté que l'employeur avait pris l'initiative de rompre le contrat de travail de la salariée et qu'aucune faute grave n'était reprochée à celle-ci et, d'autre part, a retenu exactement qu'il importait

Elle est en revanche écartée lorsque la rupture procède de la volonté du VRP (démission<sup>2915</sup>, rupture d'un commun accord<sup>2916</sup>, départ à la retraite<sup>2917</sup>) de son décès<sup>2918</sup> ou d'un cas de force majeure<sup>2919</sup>.

**Exigence d'un préjudice particulier.** Pour la jurisprudence, « *l'indemnité de clientèle [...] a pour objet de réparer le préjudice causé au représentant par la perte de la clientèle qu'il avait créée, apportée ou développée au profit de son ancien employeur* »<sup>2920</sup>. Elle l'écarte donc dans des hypothèses où elle estime que le représentant n'a pas subi un tel préjudice. L'indemnité est ainsi refusée au VRP diffusant des produits ou services ne permettant pas de développer une clientèle, c'est-à-dire un flux d'affaires régulier pour l'entreprise<sup>2921</sup>, au VRP qui n'a pas apporté une clientèle et n'a pas contribué à en créer ou développer une en nombre et en valeur<sup>2922</sup>, au VRP percevant exclusivement une rémunération fixe<sup>2923</sup>, au VRP qui a pu, avec

---

*alors peu que l'inaptitude au travail invoquée comme cause de licenciement ait été totale ou partielle, a pu décider que l'intéressée pouvait prétendre à l'indemnité de clientèle* » (Soc. 08/06/2005 : n° 03-43398 ; B. n° 198 ; DS 2005, 1056, J. Mouly).

<sup>2914</sup> Dans ce sens : Soc. 18/01/1967 : B. n° 59.

<sup>2915</sup> Dans ce sens : Soc. 26/11/2002 : n° 00-46511 – Soc. 12/01/1993 : n° 89-41490 – Soc. 18/03/1992 : n° 89-42777.

<sup>2916</sup> Dans ce sens : Soc. 20/03/1980 : n° 78-40907 ; B. n° 278, déboutant un VRP d'une demande d'indemnités de préavis, licenciement, clientèle et rupture abusive au motif que la rupture résultait d'un accord mutuel entre les parties, la lettre de l'employeur concrétisant l'accord qu'il avait donné précédemment au salarié pour qu'il reprenne sa liberté, et le salarié en ayant accusé réception, sans manifester ni acrimonie, ni dépit et s'étant contenté de demander la rectification de son compte commissions sur deux points à propos desquels il a obtenu satisfaction.

<sup>2917</sup> Dans ce sens : Soc. 15/01/2002 : n° 99-45335, la cour d'appel « *ayant constaté que le salarié avait pris l'initiative de son départ à la retraite, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision [de le débouter de sa demande d'indemnité de clientèle]* » – V. également : Soc. 30/06/1977 : n° 75-40970 ; B. n° 446, le représentant qui a contractuellement demandé à cesser son activité à l'âge de 65 ans ne perd pas le droit à l'indemnité de clientèle lorsque revenant sur sa décision, il déclare vouloir poursuivre son activité au-delà de cette date, ce que l'employeur refuse. – L'indemnité de départ à la retraite est cependant être due (*supra* n° 758).

<sup>2918</sup> Dans ce sens : Soc. 19/09/1940 : JCP 1941.II.16002, P. Roubier – Rattachant l'exclusion de l'indemnité à l'absence de préjudice subi par l'agent : CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Rupture du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-30, 2012, maj. 2014, n° 91.

<sup>2919</sup> Dans ce sens : Soc. 22/02/1967 : B. n° 175 – V. les arrêts sur les VRP cités par HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Fin du contrat d'agence - Conséquences et contentieux de la rupture*, JCl. Distrib., fasc. 3515, 2012, n° 37.

<sup>2920</sup> Soc. 23/11/1999 : n° 97-42979 ; B. n° 454 – Soc. 06/06/1990 : n° 87-44104 ; B. n° 271 – V. également : Soc. 16/02/1983 : n° 80-41063 ; B. n° 96 – Soc. 30/05/1979 : n° 78-40053 ; B. n° 477 – Soc. 06/07/1939 : DC 1941, 33, P. Pic, « *l'indemnité a pour but et pour effet d'assurer au représentant dont le contrat a été résilié par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, la réparation du préjudice que lui cause son départ de la maison en lui faisant perdre, pour l'avenir, le bénéfice de la clientèle apportée, créée ou développée par lui* ».

<sup>2921</sup> Dans ce sens : Soc. 16/12/1998 : n° 96-42365, vente d'équipements agricoles lourds – Soc. 03/02/1994 : n° 90-41901, « *produit destiné aux grandes surfaces de distribution, et dont l'objet est de permettre aux clients de disposer d'un chariot pour faire leurs courses, en échange d'une pièce de monnaie qu'ils récupèrent en ramenant le chariot après utilisation* », « *la cour d'appel, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a constaté que le produit représenté par le salarié n'était pas un bien de consommation donnant lieu à renouvellement* » – Soc. 09/10/1985 : n° 82-41965, vente d'appareils ménagers à des particuliers – Soc. 07/05/1985 : n° 83-42483, vente de matériel d'« *emploi très spécialisé* » n'ayant « *pas besoin d'être renouvelés fréquemment* » – Soc. 16/11/1983 : n° 80-41928 ; B. n° 561, instruments scientifiques et industriels – Soc. 16/12/1981 : n° 79-42707 ; B. n° 981, vente de maisons individuelles à des particuliers – Soc. 22/10/1981 : n° 79-41313 ; B. n° 824 ; JCP 1982.II.19864, M. Bouteloup, vente d'encyclopédies à des particuliers – Soc. 07/05/1981, 2 arrêts : n° 79-40505 et 79-40504 ; B. n° 409 – Soc. 12/05/1970 : n° 69-40277 ; B. n° 330, machines comptables et transcodeurs – Soc. 08/07/1968 : B. n° 383, machines importantes et robustes dont le renouvellement n'intervient qu'après plusieurs années d'utilisation – Soc. 08/06/1966 : n° 65-40213 ; B. n° 559, agencement et restauration de magasins – Soc. 11/05/1966 : B. n° 439, vente de véhicules automobiles à des particuliers – Soc. 13/01/1965 : n° 60-40178 ; B. n° 35, ventes uniquement lors de foires et salons

En revanche, il peut y avoir constitution d'une clientèle lorsque le matériel s'use ou est soumis à des évolutions technologiques rapides (Soc. 20/11/1974 : n° 73-40656 – Soc. 21/06/1978 : n° 77-40407 – Soc. 09/02/2000 : n° 97-43933), est soumis à abonnement (Soc. 31/10/1996 : n° 93-42306, vente d'encyclopédies avec abonnement), nécessite ensuite des accessoires ou services notamment d'entretien et de service après-vente (Soc. 30/04/1987 : n° 85-41430 ; B. n° 254 – Soc. 26/06/1985 : n° 83-44980 ; B. n° 371 – Soc. 02/06/1976 : n° 75-40155 ; B. n° 355 – Soc. 07/11/1973, 2 arrêts : n° 72-40295 et 72-40294 ; B. n° 556 – Soc. 06/07/1966 : B. n° 698) ou concerne des professionnels ayant des besoins récurrents (Soc. 18/11/1964 : B. n° 773 ; JCP CI 1965.II.75896, B. Vallette – Soc. 03/07/1963 : B. n° 562).

<sup>2922</sup> Dans ce sens : Soc. 31/05/2006 : n° 03-47917 – Soc. 12/02/1969 : B. n° 96 – Soc. 17/03/1965 : n° 64-40087 ; B. n° 245 – Conformément à la lettre du texte, l'augmentation de la clientèle par le VRP doit être constatée à la fois en nombre (nouveaux clients) et en valeur (augmentation du chiffre d'affaires par augmentation du volume des commandes) (Soc. 11/03/2009 : n° 07-43344 – Soc. 05/12/2006 : n° 05-44132 – Soc. 23/05/1996 : n° 94-42586 – Soc. 28/10/1992 : n° 89-44016 – V. également : Soc. 10/11/1992 : n° 89-43448) mais la Cour de cassation accepte que l'augmentation du nombre de clients soit déduite de l'augmentation importante du chiffre d'affaires (Soc. 09/03/2011 : n° 09-66469 – Soc. 24/10/1996 : n° 93-44934 – Soc. 19/06/1985 : n° 83-42522 ; B. n° 355). La preuve de l'apport, de la création et du développement de la clientèle en nombre et en valeur incombe au VRP (Soc. 01/06/2004 : n° 02-41176) et est appréciée souverainement par les juges du fond (Soc. 15/09/2010 : n° 08-45563).

<sup>2923</sup> Dans ce sens : Soc. 16 févr. 1983 : n° 80-41063 ; B. n° 96, « *l'indemnité de clientèle est destinée à réparer le préjudice subi par le représentant du fait de la perte, pour l'avenir, du bénéfice de la clientèle apportée, créée ou développée par lui et non d'une clientèle éventuelle non réalisée, et que le représentant ne subit en principe pas de préjudice de cette nature du fait de la perte de sa rémunération fixe* » – Soc. 30/05/1979 : n° 78-40053 ; B. n° 477 –



l'accord du mandant, céder la valeur de la clientèle apportée, créée ou développée à un nouveau représentant (cession de carte)<sup>2924</sup> et au VRP qui a continué à démarcher la même clientèle, dans la même zone géographique, pour des produits identiques ou similaires, soit en représentant un concurrent<sup>2925</sup>, soit en créant lui-même une entreprise concurrente<sup>2926</sup>. En revanche, pour la jurisprudence, la perception d'une pension de retraite postérieurement à la rupture n'exclut pas l'existence d'un préjudice<sup>2927</sup>.

**762. Caractère alternatif avec l'indemnité de licenciement.** La loi prévoit que « *l'indemnité de clientèle ne se confond ni avec l'indemnité pour rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée, ni avec celle due en cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée* »<sup>2928</sup>. Elle se cumule également avec l'indemnité compensatrice de préavis<sup>2929</sup> et avec l'indemnité versée en contrepartie d'une clause de non-concurrence post-contractuelle<sup>2930</sup>.

La Cour de cassation juge de façon constante que « *l'indemnité de clientèle calculée d'après le dommage résultant pour le représentant de l'impossibilité de continuer à bénéficier des ordres de la clientèle apportée par lui-même à son employeur est destinée comme l'indemnité légale [ou conventionnelle]<sup>2931</sup> de licenciement à réparer le préjudice subi par le salarié du fait de son départ de l'entreprise* »<sup>2932</sup> et en déduit

---

Soc. 25/10/1965 : B. n° 704 – V. également : Soc. 10/03/2004 : n° 03-42744 ; B. n° 84 ; CDE 3/2004, 33, P. Grignon – La solution est vivement critiquée par une partie de la doctrine qui soutient, d'une part, qu'elle serait inéquitable à l'égard du représentant ayant apporté une clientèle et, d'autre part, qu'elle ne correspondrait pas à la lettre de la loi qui ne prévoit pas une telle exclusion (GRIGNON (P.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Préf. J.-M. Mousseron et D. Ferrier, BDE, t. 44, Litec, 2000, n° 29 s. et n° 237 – V. également : BRUNET (A.), *Clientèle commune et contrat d'intérêt commun*, in Mél. A. Weil, Dalloz et Litec, 1983, p. 85, n° 25). Cependant, l'exclusion est fondée sur l'absence de préjudice or la nécessité d'un préjudice peut parfaitement être déduite de la notion d'« indemnité » utilisée par la loi. L'interprétation jurisprudentielle n'est donc pas particulièrement critiquable sur ce point. S'agissant de l'iniquité à l'égard du représentant rémunéré par des appointements fixes mais ayant apporté une clientèle à la conclusion du contrat, la situation ne semble pas s'être présentée en jurisprudence et les juges pourraient alors juger qu'il existe un préjudice dans cette hypothèse.

<sup>2924</sup> Dans ce sens : Soc. 17/12/2002 : n° 01-01188 ; B. n° 397 ; DS 2003, 335, J. Mouly ; JCP 2003.II.10157, S. Vicente, « *un VRP peut être autorisé à céder la valeur de la clientèle qu'il a apportée, créée ou développée pour son entreprise, sous réserve qu'il renonce au bénéfice de l'indemnité de clientèle à laquelle il peut prétendre et que l'employeur ait donné son accord à ladite cession* » – Soc. 28/10/1992 : n° 89-43805, « *ayant ainsi constaté que le représentant avait, de son propre chef et sans opposition de son employeur, vendu sa clientèle à son successeur, la cour d'appel a pu décider qu'il ne pouvait réclamer à son employeur la réparation du préjudice résultant de la perte d'une clientèle dont il avait négocié la valeur avec un tiers qui lui en avait versé la contrepartie* ».

<sup>2925</sup> Dans ce sens : Soc. 27/01/2009 : n° 07-41738, en déboutant « *la salariée de sa demande d'indemnité de clientèle [...] sans rechercher, comme elle y était invitée, si la gamme de produits que représentait désormais la salariée était identique ou similaire à celle qu'elle vendait pour le compte de la société Merck médication familiale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » – Soc. 11/02/2004 : n° 02-40601 ; B. n° 52 – Soc. 06/05/2002 : n° 00-40834, excluant l'indemnité pour un VRP multicartes qui, « *depuis son licenciement, représentait, pour le compte d'une autre société, une gamme de produits susceptibles d'être vendus à la même clientèle et continuait son activité sur la même zone géographique* » – Soc. 23/11/1999 : n° 97-42979 ; B. n° 454, « *la cour d'appel a constaté que le salarié, depuis son licenciement, continuait à démarcher la même clientèle et représentait, pour le compte d'une autre société, une gamme de produits concurrents de ceux de son ancien employeur ; qu'au vu de ses constatations, d'où il résultait qu'il n'avait subi aucun préjudice, elle en a déduit, à bon droit [...], qu'il ne pouvait prétendre à une indemnité de clientèle* » – Soc. 20/06/1990 : n° 87-42132 – Soc. 02/03/1977 : n° 75-40599 ; B. n° 161 – Soc. 25/03/1963 : B. n° 297 – Soc. 21/02/1962 : B. n° 209.

<sup>2926</sup> V. par ex. : Soc. 03/10/1968 : B. n° 414.

<sup>2927</sup> Dans ce sens : Soc. 11/05/2011 : n° 09-41298 ; B. n° 107, la cour d'appel a exclu l'existence d'un préjudice en retenant que « *le salarié a été mis à la retraite à taux plein à l'âge de 65 ans révolus et qu'à cet âge, il devait normalement cesser l'exercice de sa profession* » et « *qu'il percevait depuis sa mise à la retraite une pension* » lui procurant « *des revenus supérieurs à ceux qu'il aurait pu escompter dans le cadre du démarchage de sa clientèle* ». La Cour casse à décision en jugeant que « *la comparaison des niveaux de revenus du salarié avant et après la rupture* » constitue « *des motifs inopérants* » pour exclure l'indemnité de clientèle. – Cette solution peut s'expliquer par le fait qu'un cumul d'une activité professionnelle et d'une retraite est autorisé. Elle peut ainsi être rapprochée d'un arrêt dans lequel la Cour de cassation avait approuvé une cour d'appel d'avoir jugé que l'âge du représentant ne permettait pas d'établir l'absence de préjudice dès lors qu'il « *pouvait encore pendant plusieurs années espérer légitimement obtenir de cette clientèle les résultats qu'il escomptait* » (Soc. 26/06/1985 : n° 83-42925). Il paraît cependant contradictoire d'admettre l'existence d'un tel préjudice lorsque le VRP, en raison d'une incapacité totale de travail, ne peut plus exercer la représentation, la loi prévoit pourtant que l'indemnité de clientèle est due et la jurisprudence l'accorde (Soc. 04/01/1995 : n° 91-42771 ; B. n° 2 – Soc. 07/03/2007 : n° 05-45574).

<sup>2928</sup> C. trav. art. L. 7313-15.

<sup>2929</sup> Dans ce sens : Soc. 09/01/1974 : n° 72-40593.

<sup>2930</sup> Dans ce sens : Soc. 06/06/1990 : n° 87-44104 ; B. n° 271.

<sup>2931</sup> Dans ce sens : Soc. 06/03/1980 : n° 78-41074 ; B. n° 240.

<sup>2932</sup> Soc. 29/01/1975 : n° 74-40071 ; B. n° 39 – Soc. 20/03/1980 : n° 78-40363 ; B. n° 287 – Pour des arrêts retenant le non-cumul : Soc. 21/03/1990 : n° 87-40626 ; B. n° 141 – Soc. 02/05/1989 : n° 86-41064 ; B. n° 317 – Soc. 16/11/1983 : n° 80-41928 ; B. n° 561 – Soc. 22/01/1976 : n° 74-40576 ; B. n° 46.

que seule la plus élevée des indemnités est due<sup>2933</sup>. Une demande d'indemnité de licenciement est donc nécessairement incluse dans une demande d'indemnité de clientèle, ce qui contraint les juges à statuer sur la première s'ils refusent la seconde<sup>2934</sup> et, si les deux peuvent être accordées, à rechercher la plus élevée<sup>2935</sup>.

De même, l'indemnité de clientèle ne se cumule pas avec l'indemnité légale ou conventionnelle de mise à la retraite, seule la plus élevée étant due<sup>2936</sup>. La solution semble transposable à l'indemnité de rupture conventionnelle, à l'indemnité de rupture justifiée par un cas de force majeure résidant dans un sinistre et à l'indemnité de rupture du contrat de travail pour inaptitude consécutive à une maladie professionnelle ou à un accident du travail et à l'indemnité de fin de contrat à durée déterminée<sup>2937</sup>.

Par conséquent, si les conditions de l'indemnité de clientèle ne sont pas remplies, le VRP obtiendra néanmoins une indemnité de cessation de relation si cette relation compte une année d'ancienneté ou si la cessation ouvre droit à une indemnité spécifique. Le VRP bénéficie donc d'une indemnité de cessation de relation dont l'indemnité de clientèle peut être analysée comme une modalité alternative de calcul<sup>2938</sup>.

**763. Montant.** L'indemnité de clientèle du VRP ne peut être déterminée forfaitairement à l'avance<sup>2939</sup> et doit être égale à « *la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui* » étant précisé que son montant « *tient compte des rémunérations spéciales accordées en cours de contrat pour le même objet ainsi que des diminutions constatées dans la clientèle préexistante et imputables au salarié* »<sup>2940</sup>.

**Appréciation souveraine des juges du fond.** La loi ne fixant ni l'assiette, ni le taux de cette indemnité, la Cour de cassation a abandonné son évaluation à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>2941</sup>.

**Taux et assiette.** L'usage professionnel et la pratique jurisprudentielle sont de la fixer à 2 années de commissions calculées sur une assiette constituée par la moyenne des deux ou trois dernières années<sup>2942</sup> de commissions nettes (c'est-à-dire hors remboursement des frais professionnels<sup>2943</sup> et rémunération fixe<sup>2944</sup>). Si le VRP a acquis la carte d'un précédent représentant, il est tenu compte de la l'apport et du développement de

---

<sup>2933</sup> Dans ce sens : Soc. 09/03/2005 : n° 02-46149 ; B. n° 84 – Soc. 7 févr. 2001 : n° 98-45841 – Soc. 29/11/2000 : n° 98-46189 – Soc. 14/04/1999 : n° 97-40260 – Soc. 29/01/1975 : n° 74-40071 ; B. n° 39.

<sup>2934</sup> Dans ce sens : Soc. 02/07/2014 : n° 12-29902 ; à paraître au Bulletin, « *le représentant licencié a droit au paiement d'une indemnité au moins égale à l'indemnité légale de licenciement ; qu'il revient en conséquence au juge qui accorde une indemnité de clientèle, en réponse à une demande incluant nécessairement l'indemnité légale de licenciement, de vérifier que la somme allouée n'est pas inférieure au montant de cette dernière et, si tel est le cas, de retenir le montant de l'indemnité légale de licenciement* » – V. également : Soc. 04/04/2007 : n° 05-44104 – Soc. 09/03/2005 : n° 02-46149 ; B. n° 84 – Soc. 01/06/2004 : n° 02-41176 – Soc. 7 févr. 2001 : n° 98-45841 – Soc. 29/11/2000 : n° 98-46189 – Soc. 14 avr. 1999 : n° 97-40260 – Soc. 14/05/1996 : n° 93-41354 – Soc. 13/12/1995 : n° 92-41905 – Soc. 30/11/1995 : n° 92-44435 – Soc. 21/03/1990 : n° 87-40626 ; B. n° 141 – Soc. 16/11/1983 : n° 80-41928 ; B. n° 561.

<sup>2935</sup> Soc. 02/07/2002 : n° 00-44971.

<sup>2936</sup> C. trav. art. L. 7313-17 – Soc. 21/06/1995 : n° 91-43639 ; B. n° 210 – Soc. 11/05/2011 : n° 09-41298 ; B. n° 107.

<sup>2937</sup> *Contra* : DUPAYS (A.) (dir.) et autres, *Le Lamy Social*, Lamy, 2014, n° 5361, exposant que l'indemnité de clientèle est cumulable avec l'indemnité de précarité mais sans avancer une explication ou un fondement jurisprudentiel.

<sup>2938</sup> *Infra* n° 813.

<sup>2939</sup> C. trav. art. L. 7313-16.

<sup>2940</sup> C. trav. art. L. 7313-13.

<sup>2941</sup> Dans ce sens : Soc. 03/05/2001 : n° 99-40912.

<sup>2942</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 1155 – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 132 – CESARO (J.-F.), *op. cit.*, n° 105 – GRIGNON (P.), *VRP*, *op. cit.*, n° 299.

<sup>2943</sup> Dans ce sens : Soc. 19/10/1983 : n° 81-41437 ; B. n° 517 – Les frais professionnels sont généralement déduits par application d'un abattement de 30 % : Soc. 24/10/1978 : n° 77-41106 ; B. n° 707 – Soc. 07/07/1972 : n° 71-40337 ; B. n° 516).

<sup>2944</sup> Soc. 03/06/1957 : GP 1957.I.67, « *après avoir rappelé que l'indemnité de clientèle constitue la réparation du préjudice que cause au représentant congédié son départ de l'entreprise en lui faisant perdre pour l'avenir le bénéfice de la clientèle qu'il a apportée, créée ou développée, le Tribunal était fondé à déclarer que la part fixe de la rémunération du représentant ne pouvait être retenue pour le calcul de l'indemnité, étant donné que cette part n'était pas, en l'espèce, consécutive à la perte de celle-ci* ».

la clientèle opérée par le cédant<sup>2945</sup>.

**Minorations.** Ce montant sera minoré par les éventuelles rémunérations spéciales ayant pour objet d'indemniser par avance le VRP pour la clientèle apportée, créée ou développée<sup>2946</sup>, par la prise en compte de la participation du mandant dans la création ou le développement de la clientèle<sup>2947</sup> (frais de publicité engagés pour faire connaître les produits<sup>2948</sup>, mise en vente de nouveaux produits<sup>2949</sup>, etc.) et des éventuelles diminutions de la clientèle préexistante imputables au VRP<sup>2950</sup>.

La Cour de cassation valide cette évaluation si les juges ont motivé leur décision au regard des critères légaux<sup>2951</sup> mais casse les arrêts se référant expressément à la pratique jurisprudentielle<sup>2952</sup> ou à l'usage<sup>2953</sup> préévoqués. Les juges doivent donc, en principe, apprécier le montant de l'indemnité au cas par cas<sup>2954</sup>.

**764. Comparaisons.** Avec cette indemnité, le VRP bénéficie clairement d'un traitement de faveur par rapport aux autres distributeurs relevant du droit du travail qui ont pu participer à la création ou au développement de la clientèle de leur employeur. En effet, dans des situations classiques, il faudrait théoriquement 65 ans d'ancienneté à un distributeur de droit commun pour obtenir une indemnité de licenciement légale égale à l'indemnité de clientèle d'un VRP<sup>2955</sup>.

Cette indemnité est cependant moins intéressante que celle pouvant être accordée aux distributeurs bénéficiant de statuts spéciaux hors du droit du travail et notamment aux agents commerciaux.

## **b - Les indemnités des distributeurs soumis à un statut spécial hors du droit du travail**

**765. Plan.** Hors du droit du travail, plusieurs statuts accordent à des distributeurs une indemnité en cas de cessation de la relation avec un fournisseur : celui de l'agence commerciale (b.1), celui du gérant-mandataire du Code de commerce (b.2) et ceux des agents généraux d'assurance (b.3).

---

<sup>2945</sup> Dans ce sens : Soc. 06/03/1980 : n° 78-41074 ; B. n° 240 ; JCP 1980.IV.196, « la cession de la carte du précédent représentant ayant été effectuée avec l'accord de l'employeur, l'apport et le développement de sa clientèle devaient être pris en considération pour le calcul de l'indemnité de clientèle éventuellement due à son successeur »

<sup>2946</sup> C. trav. art. L. 7313-13 – Soc. 07/03/2012 : n° 09-71612 – Soc. 18/11/2003 : n° 01-44202 ; B. n° 290 ; DS 2004, 208, C. Radé – Soc. 18/02/2003 : n° 00-45888 – Soc. 25/06/2003 : n° 01-46479 ; B. n° 20. – Soc. 25/06/1981 : n° 79-42463 ; B. n° 616 – Soc. 17/10/1963 : B. n° 701. – En revanche, « la rémunération spéciale versée par l'employeur pour indemniser le salarié de la clientèle apportée, créée ou développée par lui constitu[e] un élément de salaire qui rest[e] acquis au représentant et ne [...] [peut] donner lieu à restitution même en cas de faute grave » (Soc. 23/11/1999 : n° 97-43250 ; B. n° 455 – *Contra* : Soc. 16/11/1983 : n° 81-41829 ; B. n° 550 ; JCP 1984.IV.29 ; JCP E 1984.I.13051).

<sup>2947</sup> C. trav. art. L. 7313-13 visant « la part qui [...] revient personnellement [au VRP] dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui », cela exclut la part revenant au mandant.

<sup>2948</sup> Soc. 05/05/1970 : n° 169-40135 ; B. n° 308 – Soc. 27/03/1991 : n° 88-42088.

<sup>2949</sup> Soc. 26/03/1980 : n° 78-40098 ; B. n° 309.

<sup>2950</sup> C. trav. art. L. 7313-13 – Sur la nécessité de l'imputabilité au VRP : Soc. 17/03/1994 : n° 90-45451 – Soc. 06/03/1980 : n° 78-41074 ; B. n° 240 – Soc. 31/05/1965 : n° 64-40506 ; B. n° 418 – Soc. 18/11/1964 : B. n° 772.

<sup>2951</sup> Le critère légal de la part personnelle du VRP dans « l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée » est respecté par le mode de calcul retenu par l'usage professionnel et la pratique jurisprudentielle puisque les commissions sont proportionnelles au nombre et au montant des commandes émanant de la clientèle prospectée par le VRP et sont ainsi, en principe, corrélées à l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par le VRP.

<sup>2952</sup> Soc. 21/03/1979 : n° 77-40977 ; B. n° 259.

<sup>2953</sup> Soc. 26/10/1964 : B. n° 706.

<sup>2954</sup> Soc. 04/02/1976 : n° 74-40320, B. n° 74 – Soc. 29/11/1978 : n° 77-40153, B. n° 811 – Soc. 30/05/2000 : n° 97-45920 – Soc. 18/03/2003 : n° 01-42255 ; B. n° 101.

<sup>2955</sup> Considérons un VRP rémunéré exclusivement par des commissions ayant contribué au développement de la clientèle sans qu'il y ait lieu d'appliquer des minorations. Son indemnité de clientèle alors devrait être égale à 24 mois de rémunérations hors frais professionnels calculées sur la moyenne des 3 dernières années. L'indemnité de licenciement est égale à 1/5<sup>ème</sup> de rémunération mensuelle hors frais professionnels par année calculée sur les 12 ou 3 derniers mois et à 2/5<sup>ème</sup> pour les années au-delà de 10 années d'ancienneté (*supra* n° 758). En négligeant les différences de calcul de la moyenne pour l'assiette, l'indemnité de licenciement atteint, au bout de 10 années, 2 mois de rémunération (10 x 1/5), il faut alors 55 années supplémentaires pour qu'elle atteigne 24 mois de rémunération (22 ÷ 2/5).

## b.1 - L'indemnité de cessation de relation de l'agent commercial

**766. Condition (cessation de la relation non voulue par l'agent).** La loi prévoit qu'« *en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* »<sup>2956</sup>, la règle étant d'ordre public<sup>2957</sup>.

La « *cessation de la relation* » a été analysée par la jurisprudence comme visant à la fois la résiliation d'un contrat à durée indéterminée et la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée<sup>2958</sup> ou son non-renouvellement par le mandant<sup>2959</sup>. L'indemnité est ainsi due dans tous les cas de cessation de la relation imputable au mandant quelle qu'en soit la cause et donc notamment en présence d'une cause légitime (fin de production des produits objet de la représentation<sup>2960</sup>, nécessité de réorganisation du réseau<sup>2961</sup>, cessation d'activité, etc.). La jurisprudence a néanmoins admis la légalité de la stipulation d'une période d'essai pouvant être rompue sans indemnité par le mandant<sup>2962</sup>.

Inversement, l'indemnité est écartée lorsque la cessation des relations est « *provoquée par la faute grave de l'agent* »<sup>2963</sup> ou « *résulte de l'initiative de l'agent*<sup>2964</sup> à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances imputables au mandant<sup>2965</sup> ou dues à l'âge<sup>2966</sup>, l'infirmité ou la maladie<sup>2967</sup> [...] par suite

---

<sup>2956</sup> C. com. art. L. 134-12.

<sup>2957</sup> C. com. art. L. 134-16.

<sup>2958</sup> Com. 23/04/2003 : n° 01-15639 ; B. n° 55 ; D. 2003, 1362, E. Chevrier et 2883, D. Ferrier ; CDE 5/2003, 47, P. Grignon ; CCC 2003, 121, L. Leveneur ; RJC 2003, 390, J.-M. Leloup ; RTD com. 2003, 804, B. Boulou ; RLDA 62/2003, 3888, R. David ; JCP E 2004, 424, n° 10, P. Grignon.

<sup>2959</sup> Com. 03/10/2006 : n° 05-10127 ; JCP E 2007, 1443, L. Leveneur – V. également : Com. 21/10/2008 : n° 08-10578 ; CCC 2008, 268, N. Mathey – Com. 13/11/2003 : n° 02-10448 ; B. n° 166 ; D. 2003, 3047, E. Chevrier ; CDE 3/2004, 32, n° 11, P. Grignon ; RTD com. 2004, 365, B. Boulou ; D. 2005, 150, D. Ferrier – Com. 28/05/2002 : n° 00-16857 ; B. n° 91 ; D. 2003, 459, P. Delebecque, 3004, D. Ferrier et 2405, E. Chevrier ; CDE 5/2002, 33, P. Grignon ; JCP E 2002, 2063, V. Perruchot-Triboulet ; RTD civ. 2002, 833, P.-Y. Gautier ; RTD com. 2003, 158, B. Boulou ; D&P/06/2002, 102, P. Chauvel. – Critiquant cette solution : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 231.

<sup>2960</sup> V. par ex. : Com. 18/11/2008, 3 arrêts : n° 07-16318, 07-16319 et 07-16320.

<sup>2961</sup> V. par ex. : Com. 14/10/1997 : n° 95-16937 – Sur la question : VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *Droit de la distribution européen et français*, Lexis, 2011, n° 558.

<sup>2962</sup> Com. 17/07/2001 : n° 97-17539 – Sur la critique de l'arrêt : *supra* note n° 2297.

<sup>2963</sup> C. com. art. L. 134-13, 1° – Cette faute fait l'objet d'un contrôle strict (v. par ex. : Com. 21/06/2011 : n° 10-19902 ; CCC 2011, 187, N. Mathey), les juges doivent notamment rechercher si le mandant n'a pas toléré les comportements de l'agent, ce qui le priverait de la possibilité de s'en prévaloir pour démontrer une faute grave (Com. 08/12/2009 : n° 08-17749 ; B. n° 159 – Com. 07/04/2009 : n° 08-12832). – La faute grave peut résider notamment dans des insuffisances importantes dans la prospection et l'exécution du contrat (Com. 09/12/2014 : n° 13-28170, l'agent « *a manifesté un désintérêt manifeste et généralisé dans l'exécution de son mandat s'étant traduit par une inertie totale dans le démarchage et la prospection, dans l'absence de réponse aux demandes de la société SRC ayant empêché celle-ci d'être informée de l'évolution du marché, comme de participation à des réunions et salons professionnels, et qui n'a fait preuve d'aucune coopération loyale avec sa mandante, qu'elle a contrainte d'intervenir dans le secteur concédé dans l'unique but de pallier ses carences afin de conserver la clientèle* » – Aix-en-Provence 03/07/2014 : JurisData n° 2014-015762 ; CCC 2014, 221, N. Mathey), dans une participation de l'agent au capital d'une société concurrente sans information du mandant (Com. 30/11/2004 : n° 02-17414), dans le fait qu'il distribue de produits concurrents (Com. 15/05/2007 : n° 06-12282 ; B. n° 128 – Aix-en-Provence 26/06/2014 : JurisData n° 2014-015764 ; CCC 2014, 221, N. Mathey) sauf si le mandant était au courant (Paris 5/06/2014 : JurisData n° 2014-013143 ; CCC 2014, 194, N. Mathey – Lyon 25/03/2011 : JurisData n° 2011-005804 ; CCC 2011, 18, N. Mathey), dans un manquement à l'obligation de loyauté par la participation à une réunion stratégique d'une entreprise concurrente sans information du mandant (Com. 16/10/2001 : n° 99-11932). – Pour d'autres exemples : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 225 – ANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Fin du contrat d'agence - Conséquences et contentieux de la rupture*, JCl. Distrib., fasc. 3515, 2012, n° 43 s. – PIMBERT (A.), *Le mandat d'intérêt commun*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 189 s., p. 199 s.

<sup>2964</sup> C. com. art. L. 134-13, 2° – Il appartient au mandant de prouver que la cessation résulte de l'initiative de l'agent (Com. 08/02/2011 : n° 10-30527). Cependant, l'agent qui cesse son activité avant le terme du contrat d'agence à durée déterminée devra prouver que cette cessation est à l'initiative du mandant ou est justifiée par des actes qui lui sont imputables (Com. 15/11/2011 : n° 10-26180 ; CCC 2012, 61, N. Mathey) – En cas de survenance du terme d'un contrat à durée déterminée, le non-renouvellement ne devrait ouvrir droit à indemnité que s'il ne résulte pas de l'initiative de l'agent. Si l'agent refuse le renouvellement du contrat ou un nouveau contrat à des conditions identiques ou plus favorables, il devrait être considéré comme à l'origine de la cessation des relations et l'indemnité devrait alors être exclue. Cette hypothèse ne s'est pas encore présentée devant la Cour de cassation. – Pour un exemple de refus d'un contrat moins favorable par l'agent donnant lieu au versement de l'indemnité : Lyon 21/12/2006 : JurisData n° 2006-324419.

<sup>2965</sup> C'est le cas si le mandant viole l'exclusivité consentie à l'agent (Com. 01/03/2011 : n° 10-11079 – Com. 05/10/2004 : n° 02-17231), impose unilatéralement une réduction du taux de commission (Com. 18/12/2007 : n° 06-17191 – Com. 05/04/2005 : n° 03-18809 –

desquels la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée »<sup>2968</sup>. L'indemnité est aussi due aux ayants droit de l'agent en cas de cessation de la relation par son décès, même par suicide<sup>2969</sup>.

En revanche, elle est exclue si, en « accord avec le mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence »<sup>2970</sup>.

La Cour de cassation ne n'est pas prononcée sur l'incidence de la force majeure<sup>2971</sup>.

**767. Présomption de préjudice et absence de condition de clientèle.** Ces règles sont issues de la transposition d'une directive européenne qui laissait « le choix aux États membres d'assurer à l'agent commercial, après cessation du contrat, soit une indemnité calculée au regard de la clientèle qu'il a apportée ou développée, soit une indemnité réparant le préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant »<sup>2972</sup>. La France a opté pour la seconde branche de l'alternative. La Cour de cassation en a déduit que l'indemnité vise « la réparation du préjudice causé par la cessation des relations contractuelles, et non la réparation de la perte de clientèle »<sup>2973</sup>.

L'indemnité se distingue donc de l'indemnité de clientèle accordée au VRP, elle est « étrangère à tout apport de clientèle par le mandataire au mandant »<sup>2974</sup>, est même due même si l'activité de l'agent n'a pas développé la clientèle du mandant<sup>2975</sup> et, pour son calcul, il doit être tenu compte « de tous les éléments de la rémunération de l'agent pendant l'exécution du contrat, sans qu'il y ait lieu de distinguer si elle provient de

---

Com. 23/06/2004 : n° 02-17311 ; B. n° 02-17311) ou lui interdit de contacter les clients (Montpellier 12/09/2012 : n° 11/00930 ; RJDA 03/13, 223) – Pour des exemples jurisprudentiels rendus sous l'empire du décret n° 58-1345 du 23/12/1958 : MOUSSERON (J.-M.) et autres, *Droit de la distribution*, BDE, t. 4, Libr. tech., 1975, n° 501, p. 388.

<sup>2966</sup> La cessation motivée par un départ à la retraite n'est pas suffisante pour que l'indemnité soit due, il convient de vérifier si l'âge et les circonstances particulières de la situation personnelle de l'agent sont susceptibles de ne plus lui permettre raisonnablement de poursuivre son activité (Com. 29/11/2011 : n° 10-26759 – Com. 08/02/2011 : n° 10-12876 ; B. n° 16 ; CCC 2011, 91, N. Mathey ; RLDA 06/11, 75, P. Grignon).

<sup>2967</sup> V. par ex. : Com. 08/02/2011 : n° 10-12876 ; B. n° 16 ; CCC 2011, 91, N. Mathey ; RLDA 06/11, 75, P. Grignon – Douai 02/06/2011 : JurisData n° 2011-013169 ; CCC 2011, 239, N. Mathey.

<sup>2968</sup> C. com. art. L. 134-13, référence des notes de bas de page ajoutées.

<sup>2969</sup> Pour le décès : C. com. art. L. 134-12, al. 3 – Pour le suicide : Com. 23/11/2010 : n° 09-17167 ; B. n° 182 ; D. 2010, 2906, E. Chevrier ; CCC 2011, 27, N. Mathey.

<sup>2970</sup> C. com. art. L. 134-13, 3° – La cession sans agrément du mandant constitue une faute de nature à exclure l'indemnité (Com. 14/01/1997 : n° 94-21795).

<sup>2971</sup> V. cependant : Com. 03/04/2013 : n° 12-15000 ; CCC 2014, 88, N. Mathey, cassant un arrêt d'appel ayant condamné le mandant « à certaines sommes à titre d'indemnités de préavis et de cessation de contrat » au motif « qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société Appolo [mandante] qui faisait valoir que ces difficultés d'approvisionnement, qui résultaient d'une décision de la société Sapa [tiers], constituaient pour elle un cas de force majeure, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences [de l'article 455 du Code de procédure civile] ». En l'espèce, le groupe Sapa, dont la société Appolo faisait partie, avait décidé de cesser de commercialiser les produits objets du mandat et de céder leur site de production. L'arrêt est d'une analyse délicate car la censure est un défaut de réponse à conclusions. Si la cassation a été prononcée, c'est que le moyen aurait pu avoir une incidence sur la solution (Cour de cassation, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012, n° 535) mais cette incidence peut être limitée à la seule exigence du préavis. Il ne peut donc en être tiré de conclusion sur l'indemnité de cessation des relations.

<sup>2972</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 31/12/1986, art. 17.

<sup>2973</sup> Com. 25/06/2002 : n° 99-20959 ; B. n° 109 ; CCC 2002, 152, L. Leveneur ; D. 2002, 2467, E. Chevrier ; PA 3/07/2003, 40, L. Etner ; RTD com. 2003, 158, B. Boulloc ; CDE 5/2002, 33, P. Grignon.

<sup>2974</sup> Com. 04/01/2000 : n° 96-22372 – Une grande partie de la doctrine considère que l'indemnité n'est pas liée à la clientèle apportée, créée, développée ou maintenue par l'agent mais à la perte du profit tiré de la prospection de la clientèle : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 1016 – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 233 – DISSAUX (N.), *Agent commercial*, JCl. Com., fasc. 324, 2012, maj. 2014, n° 67 – HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Fin du contrat d'agence - Conséquences et contentieux de la rupture*, JCl. Distrib., fasc. 3515, 2012, n° 10 – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *Droit de la distribution européen et français*, Lawlex, 2011, n° 563 – MOUSSERON (J.-M.) et autres, *Droit de la distribution*, BDE, t. 4, Libr. tech., 1975, n° 507 – CATONI (J.), *La rupture du contrat d'agent commercial*, Préf. J. Gaultier, BDE, t. 22, Sirey, 1969, n° 153 – Cette position est critiquée par la doctrine analysant l'indemnité de l'agent commercial en indemnité de clientèle : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 561, « voici donc une indemnité qui puise sa justification dans le développement d'une clientèle commune, mais dont l'obtention n'est pas subordonnée à la preuve que l'agent a apporté une clientèle, qu'il l'a augmentée en nombre et en valeur ».

<sup>2975</sup> Dans ce sens : Com. 04/01/2000 : n° 96-22372, « l'indemnité prévue par l'article 3 du décret du 23 décembre 1958, dont le montant est apprécié souverainement par le juge du fond, est étrangère à tout apport de clientèle par le mandataire au mandant » – Com. 14/10/1997 : n° 95-16937, justifie sa décision la cour d'appel qui retient que « l'agent commercial ne peut être privé de l'indemnité compensatrice [...] au seul motif que son activité n'a pas entraîné la conclusion de nouveaux contrats » – *Contra* : Com. 01/12/1992 : n° 91-12484.

*clients préexistant au contrat ou au contraire apportés par l'agent* »<sup>2976</sup>.

La directive précisait, à l'égard de la seconde branche de l'alternative que « *ce préjudice découle notamment de l'intervention de la cessation dans des conditions :*

- *qui privent l'agent commercial des commissions dont l'exécution normale du contrat lui aurait permis de bénéficier tout en procurant au commettant des avantages substantiels liés à l'activité de l'agent commercial,*

- *et/ou qui n'ont pas permis à l'agent commercial d'amortir les frais et dépenses qu'il a engagés pour l'exécution du contrat sur la recommandation du commettant* »<sup>2977</sup>.

Il était ainsi permis de penser que le préjudice ne résultait pas de la seule cessation des relations mais de cette cessation à l'initiative du mandant dans des circonstances causant un préjudice particulier au mandataire. Cependant, la jurisprudence française est allée plus loin en jugeant que « *la cessation du contrat d'agent commercial [...] donne droit à réparation du préjudice résultant de la perte pour l'avenir des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle* »<sup>2978</sup>. Aucune référence n'est faite à l'absence d'amortissement des frais et dépenses engagées pour l'exécution du contrat sur recommandation du mandant ou à l'absence d'avantage substantiel procuré au mandant lié à l'activité de l'agent. En d'autres termes, la cessation du contrat est analysée comme causant nécessairement un préjudice au mandataire. Il a ainsi été jugé qu'il était inutile de « *rechercher si l'agent commercial, du fait de son activité après la rupture, a réussi à maintenir ou non le niveau de son activité* » car « *en subissant la rupture du contrat, [...] [il] perd nécessairement le flux d'activité généré par le contrat avec le mandant* »<sup>2979</sup>.

**768. Cumuls.** Par ailleurs, l'indemnité est cumulable avec une indemnité de préavis<sup>2980</sup>, une indemnité de rupture fautive<sup>2981</sup> (rupture avant terme d'un contrat d'agence à durée déterminée<sup>2982</sup>, abus résultant des

---

<sup>2976</sup> Com. 10/02/2009 : n° 07-21386 ; CCC 2009, 126, N. Mathey ; RLDA 2010, 2675, P. Grignon – V. aussi : Com. 14/10/1974 : n° 73-12189 ; B. n° 244.

<sup>2977</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 17, §3.

<sup>2978</sup> Com. 23/04/2003 : n° 01-15639 ; B. n° 55 ; D. 2003, 1362, E. Chevrier et 2883, D. Ferrier ; CDE 5/2003, 47, P. Grignon ; CCC 2003, 121, L. Leveneur ; RJC 2003, 390, J.-M. Leloup ; RTD com. 2003, 804, B. Boulloc ; JCP E 2004, 424, n° 10, P. Grignon – V. également : Com. 03/10/2006 : n° 05-10127 ; JCP E 2007, 1443, L. Leveneur – Pour une critique de ces solutions : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 231.

<sup>2979</sup> Toulouse 04/10/2011 : n° 11/391 (disponible sur [lexisnexis.com](http://lexisnexis.com)) – Dans ce sens également : Com. 23/04/2003 : n° 01-15639 ; B. n° 55 ; D. 2003, 2883, D. Ferrier ; D. 2003, 1362, E. Chevrier ; CDE 5/2003, 47, P. Grignon ; CCC 2003, 121, L. Leveneur ; RJC 2003, 390, J.-M. Leloup ; RTD com. 2003, 804, B. Boulloc ; RLDA 2003, 3888, R. David ; JCP E 2004, 424, n° 10, P. Grignon, est non fondé le moyen qui soutient « *que puisque le préjudice est caractérisé par la perte des commissions qui auraient dues être perçues par l'agent en cas de non-rupture de son contrat, il convient nécessairement de tenir compte des rémunérations qu'il a perçues postérieurement à sa cessation d'activité avec la société Norval, puisque l'on sait que M. X... a continué de poursuivre son activité avec au moins un concurrent direct de la société Norval, en exploitant manifestement la même clientèle* » – V. également : Com. 21/10/2008 : n° 08-10578 ; CCC 2008, 268, N. Mathey. – Dans ce sens : LELOUP (J.-M.), *Agent commercial*, Rép. com., 2003, maj. 2014, n° 88, « *il n'y a pas à tenir compte des événements postérieurs à la cessation du contrat ; ce qui est perdu est une part de marché au jour de la fin du contrat. Le préjudice de l'agent est consommé à ce moment-là* ».

<sup>2980</sup> Com. 11/03/2008 : n° 07-10590 ; B. n° 55 ; CCC 2008, 127, N. Mathey – Com. 25/09/2007 : n° 06-14019 ; CCC 2008, 5, N. Mathey.

<sup>2981</sup> Com. 26/11/2003 : n° 02-12396, « *les dispositions de l'article 12 de la loi du 25/06/1991, devenu l'article L. 134-12 du Code de commerce, qui obligent le mandant à réparer le préjudice subi par l'agent commercial du fait de la cessation du contrat d'agence commerciale, n'interdisent pas la réparation du préjudice spécifique subi par l'agent lorsque les causes de cette cessation ont un caractère fautif* », il s'agissait en l'espèce d'une rupture avant terme d'un contrat à durée déterminée.

<sup>2982</sup> Com. 23/04/2003 : n° 01-15639 ; B. n° 55 ; D. 2003, 1362, E. Chevrier et 2883, D. Ferrier ; CDE 5/2003, 47, P. Grignon ; CCC 2003, 121, L. Leveneur ; RJC 2003, 390, J.-M. Leloup ; RTD com. 2003, 804, B. Boulloc ; RLDA 2003, 3888, R. David ; JCP E 2004, 424, n° 10, P. Grignon, « *l'arrêt retient justement que, selon [...] l'article L. 134-12 du Code de commerce, la cessation du contrat d'agent commercial, même à durée déterminée, donne droit à réparation du préjudice résultant de la perte pour l'avenir des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle commune, tandis que le caractère anticipé de cette cessation donne droit à réparation du préjudice résultant de la perte de commissions jusqu'à la date conventionnellement prévue* » – V. aussi : Com. 26/11/2003 : n° 02-12396 – Com. 16/10/2001 : n° 99-10271.

circonstances de la rupture<sup>2983</sup>) et, *a priori*, avec une indemnité rémunérant une clause de non-concurrence post-contractuelle. Il s'agit donc bien d'une indemnité due du seul fait de la cessation de la relation.

**769. Montant.** Le préjudice réparé est, selon la Cour de cassation, celui « *résultant de la perte pour l'avenir des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle* »<sup>2984</sup> et qui inclut donc nécessairement le préjudice lié à l'impossibilité de céder l'activité<sup>2985</sup>. La réparation du montant de ce préjudice est d'ordre public<sup>2986</sup>.

L'indemnité est « *calculée sur la totalité des rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur nature* »<sup>2987</sup>. Il convient donc de prendre en compte les commissions brutes incluant, le cas échéant, une rémunération fixe mensuelle forfaitaire<sup>2988</sup> ou des remboursements de frais et charges exposés pour l'exécution du mandat (charges de logistique mais plus largement d'exploitation<sup>2989</sup>) alors même qu'ils ne seront plus supportés<sup>2990</sup>. En particulier, à la différence de ce qui est généralement jugé pour les VRP<sup>2991</sup>, il n'y a pas lieu d'appliquer un abattement de 30 % pour frais professionnels<sup>2992</sup>.

Dans ces limites, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'évaluation du montant de l'indemnité<sup>2993</sup> et ils appliquent généralement un usage évaluant l'indemnité à deux années de commissions brutes calculées sur la moyenne des deux ou trois dernières années<sup>2994</sup>. Cette durée correspondrait au temps de prospection nécessaire pour constituer une nouvelle clientèle<sup>2995</sup>. La Cour de cassation approuve ce

---

<sup>2983</sup> Dans ce sens : Montpellier 24/06/2003 : JurisData n° 2003-233419, condamnant le mandant à « *des indemnités de préavis, de cessation du contrat, de rupture abusive, celle-ci étant acquise en son principe compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a eu lieu, et de frais de réemploi* » (décision confirmée par : Com. 05/04/2005 : n° 03-18809) – En revanche, l'indemnité de cessation paraît avoir absorbé l'indemnité qui pourrait être due pour rupture sans cause légitime résultant du caractère d'intérêt commun du contrat (*supra* n° 667).

<sup>2984</sup> Com. 23/04/2003 : *op. cit.* – Com. 03/10/2006 : n° 05-10127 ; JCP E 2007, 1443, L. Leveneur – Com. 21/10/2008 : n° 08-10578 ; CCC 2008, 268, N. Mathey.

En revanche, « *l'assujettissement à l'impôt de l'indemnité de cessation de contrat ne constitue pas un préjudice réparable* » (Com. 15/09/2009 : n° 08-16696 ; B. n° 108 ; RTD com. 2009, 802, B. Bouloc). Les cours d'appel étaient divisées (HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *op. cit.*, n° 62).

<sup>2985</sup> Dans ce sens : Com. 09/12/2014 : n° 13-23309 ; à paraître au Bulletin ; CCC 2015, 36, N. Mathey, « *le préjudice subi par l'agent commercial qui cesse ses fonctions, sans agrément par le mandant du successeur présenté par lui, est déjà réparé par l'indemnité de fin de contrat, laquelle, étant destinée à réparer le préjudice résultant pour lui de la cessation de ses fonctions, prend nécessairement en compte la perte du droit de présentation d'un successeur du fait de la non-transmission du contrat* ».

<sup>2986</sup> Dans ce sens : Com. 20/03/2007 : n° 06-11987, « *l'arrêt énonce justement que si la clause d'évaluation a priori de l'indemnisation n'est pas valable dans la mesure où elle a un caractère forfaitaire, il n'en est pas de même de la clause qui permet à l'agent d'obtenir, en cas de rupture, une indemnité compensatrice du préjudice subi égale ou supérieure à ce préjudice* ».

<sup>2987</sup> Com. 08/10/2013 : n° 12-26544 ; CCC 2014, 9, N. Mathey – Com. 26/03/2008 : n° 07-10286 ; CCC 2008, 154, N. Mathey – Com. 07/06/2006 : n° 04-15534 – V. aussi : Com. 10 févr. 2009 : n° 07-21386 ; CCC 2009, 126, N. Mathey ; RLDA 45/10, 2675, P. Grignon – Com. 31/01/2006 : n° 04-20683 – V. également les nombreux arrêts d'appel cités par HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Fin du contrat d'agence - Conséquences et contentieux de la rupture*, JCl. Distrib., fasc. 3515, 2012, n° 61. – En revanche, si le contrat n'a pu donner lieu au paiement d'aucune commission, l'indemnité ne peut être calculée en référence aux opérations au titre desquelles le principe d'une commission était acquise : Com. 04/11/2014 : n° 13-18024 ; à paraître au Bulletin ; CCC 2015, 4, M. Malaurie-Vignal.

<sup>2988</sup> Com. 08/10/2013 : n° 12-26544 ; CCC 2014, 9, N. Mathey – Com. 21/10/2008 : n° 08-10578 ; CCC 2008, 268, N. Mathey – Com. 26/03/2008 : n° 07-10286 ; CCC 2008, 154, N. Mathey – Com. 07/06/2006 : n° 04-15534.

<sup>2989</sup> Dans ce sens : Com. 03/04/2013 : n° 11-25528 ; CCC 2013, 155, N. Mathey, « *l'indemnité de cessation de contrat due [...] ayant pour objet de réparer le préjudice subi qui comprend la perte de toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties, peu important que certaines d'entre elles soient destinées à couvrir les frais et charges exposés au titre de l'exécution du mandat* », en l'espèce il s'agissait des commissions versées aux sous-agents – V. aussi : Com. 31/01/2006, 2 arrêts : n° 04-20683 et 04-20684 – Com. 25/01/1994 : n° 92-11446.

<sup>2990</sup> Com. 05/04/2005 : n° 03-15228 ; B. n° 76 ; JCP 2005.II.10102, S. Rouquié ; D. 2005, 1150, E. Chevrier ; CDE 6/2005, 31, P. Grignon ; CCC 2005, 146, L. Leveneur ; JCP E 2005, 1177, n° 8, J.-L. Respaud – Com. 05/04/2005, 3 arrêts : n° 03-15230, 03-15242 et 03-15316 – Com. 31/01/2006, 2 arrêts : n° 04-20683 et 04-20684 – Com. 01/12/1981 : n° 80-14162 ; B. n° 418 – Com. 10/05/1977 : n° 76-10551 ; JCP 1979.II.19048, J. Hémar.

<sup>2991</sup> *Supra* n° 763.

<sup>2992</sup> Dans ce sens : HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *op. cit.*, n° 62 – LELOUP (J.-M.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 88.

<sup>2993</sup> Dans ce sens : Com. 03/03/2009 : n° 07-21586 – Com. 04/01/2000 : n° 96-22372 – Com. 23/12/1969 : B. n° 395 – Com. 20/05/1969 : B. n° 188 ; JCP 1970.II.16189 bis, P. L. ; D. 1969, 642, J. L. ; RTD com. 1969, 1074, J. Hémar.

<sup>2994</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 233 – DISSAUX (N.), *Agent commercial*, JCl. Com., fasc. 324, 2012, maj. 2014, n° 68 – LELOUP (J.-M.), *Agent commercial*, *op. cit.*, n° 87 – HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *op. cit.*, n° 61 – BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 145.

<sup>2995</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 1016.

procédé en rejetant systématiquement les pourvois qui reprochent la référence à cet usage<sup>2996</sup>, qu'il soit fondé sur la méconnaissance du principe de réparation intégrale en raison d'une évaluation forfaitaire ou abstraite du préjudice<sup>2997</sup> ou sur la violation de l'article 5 du Code civil<sup>2998</sup>.

Les juges du fond s'écartent parfois de ce montant en attribuant une indemnité supérieure en raison de la longue durée de la relation ou, au contraire, une indemnité inférieure en raison de sa brièveté<sup>2999</sup>.

**770. Comparaisons.** L'indemnité apparaît plus intéressante que celle du VRP, elle-même plus intéressante que l'indemnité de licenciement. S'agissant des conditions d'octroi, l'indemnité de l'agent commercial est, à la différence de celle du VRP, due en cas de décès et indépendamment de la durée de la relation et de l'apport, de la création ou du développement de la clientèle du mandant et de toute condition de préjudice, celui-ci étant présumé. Son montant est également potentiellement beaucoup plus important que celui de l'indemnité de clientèle du VRP car si le taux généralement admis est identique, l'assiette inclut les rémunérations fixes et les remboursements de frais.

Cette indemnité est également beaucoup plus intéressante que celle prévue pour les gérants-mandataires.

## **b.2 - L'indemnité de résiliation du gérant-mandataire du Code de commerce**

**771. Conditions.** Le gérant-mandataire relevant du Code de commerce bénéficie d'une indemnité qui devrait être d'ordre public<sup>3000</sup> et qui est due en cas de « *résiliation du contrat par le mandant* », qu'elle qu'en soit la cause, sauf faute grave du gérant<sup>3001</sup>. L'indemnité est donc due du seul fait de la rupture de la relation.

Cependant, le texte faisant référence à la « *résiliation* » d'un « *contrat* » et non à une cessation de relation, la rupture d'un contrat à durée indéterminée est visée et, sans doute, la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, celle-ci étant généralement qualifiée de résiliation unilatérale<sup>3002</sup>, mais pas le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée<sup>3003</sup>. Le législateur donne ainsi aux mandants le moyen d'éluder l'indemnité légale en fondant la relation de gérance-mandat sur une succession de contrats à durée déterminée.

Une même difficulté existait pour les agents commerciaux relevant du statut de 1958<sup>3004</sup>. La doctrine analysait la succession de contrat à durée déterminée comme une fraude au statut et dénonçait cette

---

<sup>2996</sup> Com. 03/03/2009 : n° 07-21586 – Com. 03/10/2000 : n° 97-21294.

<sup>2997</sup> Com. 10/02/2009 : n° 07-21058 – Com. 14/10/1974 : n° 73-12189 ; B. n° 244.

<sup>2998</sup> Com. 14/10/1997 : n° 95-16937.

<sup>2999</sup> V. les nombreuses décisions de cour d'appel citées par HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *op. cit.*, n° 58. – V. également : Com. 24/05/1971 : n° 70-11113 ; B. n° 142.

<sup>3000</sup> Même si le législateur a omis de préciser le caractère impératif de cette indemnité et, plus généralement du statut du gérant-mandataire, il paraît logiquement se déduire de la précision que son montant est fixé par la loi « *sous conditions plus favorables fixées par les parties* » (C. com. art. L. 146-4) – Dans ce sens : FERRIER (N.), *Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005*, PA 26/05/2006, p. 4 s., n° 36 s.

<sup>3001</sup> C. com. art. L. 146-4.

<sup>3002</sup> Dans ce sens : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 453 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 892 – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 481-1 – CORGAS-BERNARD (C.), *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Préf. C. Jamin, PUAM, 2006 – SIMLER (P.), *L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, JCP 1971.I.2413 – *Contra* : BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 310 et 393, préférant les termes de « *cessation anticipée* » ou « *résolution unilatérale* ».

<sup>3003</sup> Dans ce sens : FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat*, JCl. Com., fasc. 323, 2008, n° 109.

<sup>3004</sup> Décret n°58-1345 du 23/12/1958, art. 3, « *les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties. [al. 2] Leur résiliation par le mandant, si elle n'est pas justifiée par une faute du mandataire, ouvre droit au profit de ce dernier, nonobstant toute clause contraire, à une indemnité compensatrice du préjudice subi* ».



disparité injustifiée entre les VRP et les agents commerciaux<sup>3005</sup>. La jurisprudence avait parfois utilisé la théorie de l'abus de droit objectif pour indemniser les non-renouvellements<sup>3006</sup> avant que le statut de 1991 fasse référence à une cessation des relations, intégrant ainsi le non-renouvellement des contrats à durée déterminée<sup>3007</sup>. Le même scénario pourrait se reproduire avec le gérant-mandataire.

**772. Montant.** L'indemnité due au mandataire est égale « *au montant des commissions acquises, ou à la commission minimale garantie [...], pendant les six mois précédant la résiliation du contrat, ou pendant la durée d'exécution du contrat si celle-ci a été inférieure à six mois* »<sup>3008</sup>. En considérant que la commission minimale est une somme fixe<sup>3009</sup>, l'indemnité a un montant minimal égal à cette somme multipliée par le nombre de mois d'exécution du contrat dans une limite de six mois.

La loi prévoit que les parties peuvent fixer des « *conditions plus favorables* » au mandataire mais, à défaut, indique qu'elle est « *égale [...] au montant* » précité<sup>3010</sup> et non qu'elle est *au moins* égale à ce montant ou, *a fortiori*, qu'elle doit correspondre au préjudice subi et être au moins égale à ce montant. L'indemnité légale semble ainsi avoir un montant forfaitaire que le juge ne devrait pouvoir modifier à la hausse comme à la baisse. En revanche, il n'est pas précisé si les commissions servant d'assiette à l'indemnité incluent une éventuelle rémunération fixe, des rémunérations spéciales et des remboursements de frais.

**773. Comparaisons.** L'indemnité se révèle nettement moins intéressante que l'indemnité de clientèle des VRP et que l'indemnité des agents commerciaux car elle n'est due qu'en cas de résiliation d'un contrat à durée indéterminée et inférieure aux deux années de commissions généralement accordée à ces mandataires. Au-delà de deux années et demie de contrat, elle est aussi moins intéressante que l'indemnité de licenciement accordée notamment aux gérants de succursales et aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire puisque celle-ci est alors supérieure à six mois de rémunération<sup>3011</sup>.

### **b.3 - L'indemnité de cessation de relation des agents généraux d'assurance**

**774. Conditions.** Le statut des agents généraux d'assurance de 1996 prévoit que « *sauf en cas de rétablissement ou lorsque la cessation résulte d'une cession de gré à gré, la cessation de mandat ouvre droit à indemnité au bénéfice de l'agent général ou de ses ayants droit* »<sup>3012</sup>.

---

<sup>3005</sup> La doctrine avait constaté que la succession de contrats à durée déterminée, qui à la différence du droit du travail, n'était pas susceptible de requalification en contrat à durée indéterminée, permettait de contourner l'indemnisation et constituait ainsi une fraude au statut : VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986, n° 308 – MOUSSERON (J.-M.) et autres, *Droit de la distribution*, BDE, t. 4, Libr. tech., 1975, n° 500 – CATONI (J.), *La rupture du contrat d'agent commercial*, Préf. J. Gaultier, BDE, t. 22, Sirey, 1969, n° 146 s. – HEMARD (J.), *Les agents commerciaux*, RTD com. 1959, p. 599 s., n° 69.

<sup>3006</sup> V. par ex. : Com. 09/10/1990 : n° 88-19706 ; B. n° 232 ; JCP E 1991.II.211, J.-J. Hanine – Com. 28/03/1995 : n° 93-16748 – Com. 22/10/1996 : n° 94-20488 ; B. n° 246 ; CCC 1996, 21, L. Leveneur ; D. 1998, 511, D. Arlie ; Defr. 1997, 330, P. Delebecque ; RTD civ. 1997, 653, J. Mestre – Com. 17/06/1997 : n° 95-15981 – *Contra* : Com. 31/03/1998 : n° 96-11011 – Com. 22/11/1994 : n° 93-13437 ; CCC 1995, 28, L. Leveneur

<sup>3007</sup> *Supra* n° 766.

<sup>3008</sup> C. com. art. L. 146-4.

<sup>3009</sup> Sur la question : *supra* n° 554.

<sup>3010</sup> C. com. art. L. 146-4 « *en cas de résiliation du contrat par le mandant, sauf faute grave de la part du gérant-mandataire, le mandant lui verse une indemnité égale, sauf conditions plus favorables fixées par les parties, au montant des commissions acquises, ou à la commission minimale garantie mentionnée à l'article L. 146-3, pendant les six mois précédant la résiliation du contrat, ou pendant la durée d'exécution du contrat si celle-ci a été inférieure à six mois* ».

<sup>3011</sup> 6 mois de rémunération ÷ 1/5<sup>ème</sup> de mois de rémunération = 30 mois soit 2 années et 6 mois.

<sup>3012</sup> Décret n° 96-902 du 15/10/1996, article annexe, art. 1, alinéa dernier, il est précisé qu'« *au cas où le mandat est exercé par une société, seule la dissolution de celle-ci ouvre droit à indemnité* » – Ce statut est nettement plus favorable à l'agent que les règles minimales prévues par la loi puisque le Code des assurances reprend le régime réservé au contrat de travail dans le Code civil (C. ass. art. L. 540-1 reprenant les termes de l'article 1780 du Code civil et y renvoyant) – Sur le régime de la résiliation du contrat de travail dans le Code civil : *supra* n° 729.

Le statut IARD<sup>3013</sup> et le statut VIE<sup>3014</sup> prévoient également une indemnité d'ordre public due à l'agent ou à ses ayants droit en cas de cessation des fonctions qu'elle qu'en soit la cause (cessation volontaire, décès, faute, etc.) et la forme (révocation, non-renouvellement<sup>3015</sup>, etc.) à moins que l'agent ou ses ayants droit ne présente un successeur qui soit accepté par la société d'assurance<sup>3016</sup>. Le statut IARD précise que l'indemnité est également due « *pour la partie des commissions dont l'agent général ne bénéficie plus* » en cas de « *modification dans l'organisation de l'agence générale, qui restreint le champ de l'activité* »<sup>3017</sup>.

L'indemnité est cumulable avec des dommages et intérêts réparant le préjudice causé par les conditions de la rupture<sup>3018</sup> ; il s'agit donc bien d'une indemnité due en raison de la rupture elle-même.

**775. Montant.** La détermination du montant de l'indemnité varie selon le statut applicable à l'agent d'assurance et, le cas échéant, l'entreprise d'assurance à laquelle il est lié.

**Le statut de 1996** a abandonné la question aux organisations professionnelles<sup>3019</sup> qui ont décidé que les modalités de calcul seraient négociées par chaque entreprise d'assurance avec le syndicat professionnel des agents généraux<sup>3020</sup>.

**Le statut IARD** prévoit que « *l'indemnité [...] est déterminée par accord amiable entre les parties ou, à défaut, à dire d'experts* » et renvoie à un règlement déterminant « *les principales bases sur lesquelles les experts doivent fonder leur appréciation pour fixer le montant de l'indemnité* »<sup>3021</sup>. Ce règlement n'a jamais été adopté mais les fédérations professionnelles ont fixé les bases de l'évaluation par une convention de 1959<sup>3022</sup>. Bien que caduque depuis 1961, cette convention est devenue un usage dans la profession<sup>3023</sup>. Elle prend comme référence « *l'agence moyenne normalement constituée* » et calcule l'indemnité en appliquant un coefficient de un à deux fonction des catégories de risques à une base constituée par les commissions sur primes échues et au comptant de la dernière année d'activité de l'agent. Divers abattements sont ensuite

---

<sup>3013</sup> Statut des agents généraux d'assurances (accidents, incendie, risques divers) homologué par le décret n° 49-317 du 5/03/1949 portant homologation du, modifié par le décret n° 66-771 du 11/10/1966.

<sup>3014</sup> Statut des agents généraux d'assurance sur la vie homologué par le décret n° 50-1608 du 28/12/1950 et modifié par le décret n° 66-771 du 11/10/1966. – Sur le caractère d'ordre public de l'indemnité : Civ. 1 01/07/1986 : n° 85-11356 ; B. n° 186.

<sup>3015</sup> V. par ex. : Civ. 1 06/06/1990 : n° 88-18675.

<sup>3016</sup> Statut IARD, art. 20, « *l'agent général d'assurances qui, pour une cause quelconque, et même en cas de révocation, cesse de représenter une société d'assurances dans la circonscription déterminée par son traité de nomination a le droit, à son choix : - soit de présenter à la société un successeur [...]; - soit d'obtenir de la société une indemnité compensatrice [...]. En cas de décès de l'agent général d'assurances, la même prérogative est accordée à ses ayants droit.* » et art. 21 « *si la société refuse d'agréer le successeur présenté, l'agent général d'assurances ou ses ayants droit bénéficient de l'indemnité* » – Statut VIE art. 17, « *en cas de cessation de fonctions pour quelque cause que ce soit, l'agent général ou ses ayants droit ont droit à une indemnité, due par la société, laquelle peut la récupérer sur le nouvel agent. Toutefois, ce droit n'existe pas si la société a agréé le successeur présenté par l'agent général ou ses ayants droit, ces derniers traitant de gré à gré avec le successeur* ».

<sup>3017</sup> Statut IARD, art. 16 – Pour une application : Civ. 1 27/11/1990 : n° 88-14038.

<sup>3018</sup> Dans ce sens : Civ. 1 27/05/1997 : n° 94-21579, « *en allouant à M. X... une somme de 500 000 francs à titre de dommages-intérêts, la cour d'appel n'a pas indemnisé un préjudice déjà réparé par le versement de l'indemnité compensatrice en contrepartie de la perte des commissions; qu'elle a [...] fondé ces dommages-intérêts sur le préjudice moral et commercial éprouvé par l'agent général discrédité auprès de sa clientèle qui lui a nécessairement imputé la résiliation des contrats et qui s'est vu proposer, par l'intermédiaire d'un courtier d'assurance, des tarifs et des conditions de souscription nettement plus avantageux que les précédents* ».

<sup>3019</sup> Décret n° 96-902 du 15/10/1996, article annexe, art. 2., revoyant cette question aux « *conventions entre les organisations professionnelles des entreprises d'assurances et des agents généraux* » et aux « *accords qui en découlent au sein de chaque entreprise concernée intervenus entre leurs adhérents, entreprises d'assurances et syndicats d'agents généraux des entreprises concernées* ».

<sup>3020</sup> Convention du 16/04/1996 conclue entre la Fédération Française des Sociétés d'Assurance (FFSA) et la Fédération Nationale des Syndicats d'Agents Généraux d'Assurances (FNSAGA), art. II, 5). (<http://medias.agea.fr/AgeaProd/medias/DOC/946218/conventionfnsaga-ffsa96.pdf>, consulté le 24/02/2015).

<sup>3021</sup> Statut IARD, art. 22.

<sup>3022</sup> Convention du 01/07/1959 conclue entre la FFSA et la FNSAGA, II-D, « *chaque entreprise déterminera avec le syndicat professionnel des agents généraux les modalités de calcul [...] de cette indemnité* ».

<sup>3023</sup> Dans ce sens : Civ 1 04/01/1995 : n° 92-17728, ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui statue « *sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si l'application de la convention, qui n'avait pas été renouvelée, n'était pas devenue un usage en vigueur dans la profession* » – Bordeaux 29/11/2005 : JurisData n° 2005-290538, se référant à la « *convention du 1<sup>er</sup> juillet 1959 conclue entre la FFSA et la FNSAGA devenue usage dans la profession et donc règle de droit* ».

déduits pour prendre notamment en compte l'écart pouvant exister entre l'agence en cause et la définition de l'agence moyenne normalement constituée<sup>3024</sup>.

**Le statut VIE** prévoit une indemnité variant selon la durée des fonctions. Au-delà de cinq années, elle est égale « *au triple des commissions annuelles d'encaissement prévues par le traité de nomination de l'agent pour les contrats en cours, dont il assure l'encaissement pendant les quatre trimestres de calendrier ayant précédé la date de cessation de ses fonctions* ». Pour un mandat de moins de cinq années, l'indemnité correspond à un cinquième de cette somme par année<sup>3025</sup>.

**776. Comparaisons.** Par leurs conditions d'octroi, ces indemnités apparaissent comme les plus intéressantes de toutes puisqu'elles sont même dues en cas de cessation du mandat pour faute lourde de l'agent. La variabilité des modalités de calcul rend difficile la comparaison des montants mais celles du statut VIE sont plus favorables que celles de l'agent commercial puisqu'elles conduisent à accorder une indemnité représentant trois années de commissions calculées sur la dernière année de relation contre deux années de commission calculées sur les deux ou trois dernières années de relation pour l'agent commercial.

## CONCLUSION

**777. Différences dans les cas d'ouverture.** Finalement, il existe des différences de traitement entre les distributeurs bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation, dans les cas d'ouverture du droit à indemnité qui apparaissent dans les tableaux suivants :

| <b>Droit à indemnité</b>                                                          | <b>Salariés et gérants du Code du travail</b>                                              | <b>VRP</b>                                                                                 | <b>Agents commerciaux</b> | <b>Gérants-mandataires du Code de commerce</b> | <b>Agent général d'assurance</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|------------------------------------------------|----------------------------------|
| Rupture de période d'essai par le fournisseur                                     | NON                                                                                        | <b>OUI ?</b><br>(indemnité de clientèle)                                                   | NON                       | <b>OUI ?</b>                                   | <b>OUI</b>                       |
| Résiliation de CDI par le fournisseur                                             | OUI<br>(indemnité de licenciement)                                                         | OUI<br>(indemnité de licenciement ou de clientèle)                                         | OUI                       | OUI                                            | OUI                              |
| Rupture anticipée de CDD par le fournisseur                                       | OUI<br>(indemnité de fin de contrat)                                                       | OUI<br>(indemnité de clientèle ou indemnité de fin de contrat ?)                           | OUI                       | OUI<br>(si s'analyse en une résiliation)       | OUI                              |
| Non-renouvellement de CDD par le fournisseur non suivi par la conclusion d'un CDI | OUI<br>(indemnité de fin de contrat)                                                       | OUI<br>(indemnité de clientèle ou/et (?) indemnité de précarité)                           | OUI                       | <b>NON</b>                                     | OUI                              |
| Accord de rupture / rupture conventionnelle                                       | OUI<br>(indemnité de rupture conventionnelle au moins égale à l'indemnité de licenciement) | OUI<br>(indemnité de rupture conventionnelle au moins égale à l'indemnité de licenciement) | NON ?                     | NON                                            | OUI                              |
| Mise à la retraite du distributeur                                                | OUI<br>(indemnité spécifique égale à l'indemnité de licenciement)                          | OUI                                                                                        | OUI                       | OUI<br>si s'analyse en une résiliation         | OUI                              |

NB : les points d'interrogation correspondent aux solutions incertaines en droit positif.

<sup>3024</sup> Sur la question : LANGE (D.), *Intermédiaires d'assurances - Règles particulières aux agents généraux - L'entreprise d'agence générale d'assurance*, JCl. Ass., fasc. 635-20, 2004, maj. 2014, n° 131 s. – KULLMANN (J.) (dir.) et autres, *Le Lamy Assurance*, Lamy, 2014, n° 4788.

<sup>3025</sup> Statut VIE, art. 17, al. 2 et 3.

| <b>Droit à indemnité</b>                         | <b>Salariés et gérants du Code du travail</b>                                                                                               | <b>VRP</b>                                                                                                                      | <b>Agents commerciaux</b>                                                                                | <b>Gérants-mandataires du Code de commerce</b> | <b>Agent général d'assurance</b> |
|--------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------|----------------------------------|
| Rupture par le distributeur / démission          | NON                                                                                                                                         | NON                                                                                                                             | NON                                                                                                      | NON                                            | OUI                              |
| Départ volontaire à la retraite du distributeur  | NON<br>(sauf indemnité de départ à la retraite si ancienneté de 10 années)                                                                  | NON<br>(sauf indemnité de départ à la retraite si ancienneté de 10 années)                                                      | OUI<br>si l'âge ne permet pas d'exiger raisonnablement la poursuite de l'activité                        | NON                                            | OUI                              |
| Décès du distributeur                            | NON                                                                                                                                         | NON                                                                                                                             | OUI                                                                                                      | NON                                            | OUI                              |
| Incapacité permanente de travail du distributeur | OUI<br>(indemnité de licenciement doublée si due à une maladie ou un accident professionnel, indemnité de licenciement dans les autres cas) | OUI<br>(indemnité de clientèle ou de licenciement ou de licenciement doublée si due à une maladie ou un accident professionnel) | OUI<br>(âge, infirmité ou maladie ne permettant pas d'exiger raisonnablement la poursuite de l'activité) | NON                                            | OUI                              |
| Force majeure ne résidant pas dans un sinistre   | NON                                                                                                                                         | NON                                                                                                                             | ?                                                                                                        | ?                                              | OUI ?                            |
| Force majeure résidant dans un sinistre          | OUI<br>(indemnité spécifique égale à l'indemnité de licenciement)                                                                           | OUI<br>(indemnité spécifique égale à l'indemnité de licenciement)                                                               | ?                                                                                                        | ?                                              | OUI ?                            |
| Cession d'activité par le distributeur           | NON                                                                                                                                         | NON                                                                                                                             | NON                                                                                                      | NON ?                                          | NON                              |
| Faute grave ou lourde du distributeur            | NON                                                                                                                                         | NON                                                                                                                             | NON                                                                                                      | NON                                            | OUI                              |

NB : les points d'interrogation correspondent aux solutions incertaines en droit positif.

**778. Différence dans les montants.** Il existe également des différences de traitement dans le montant des indemnités en raison des différents taux et assiettes retenus qui apparaissent dans le tableau suivant :

| <b>Montant minimal de l'indemnité</b> | <b>Salarié de droit commun<br/>Gérants du Code du travail</b>                                                                                                                                                                                                                                                         | <b>VRP</b>                                                                                                                                                                                                                             | <b>Agent commercial</b>                                                                                                                          | <b>Gérant-mandataire<br/>(Code de commerce)</b>                                                                                                                                                                                     | <b>Agents généraux d'assurance</b>                                                                                                                                                                                                                                |
|---------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Assiette</b>                       | <b>Indemnité de licenciement :</b> rémunération mensuelle brute (hors remboursement de frais professionnels) calculée sur la moyenne des 12 ou 3 derniers mois d'activité, selon ce qui est le plus favorable au salarié<br><br><b>Indemnité de précarité :</b> rémunération brute totale (hors frais professionnels) | <b>Indemnité de clientèle :</b> moyenne annuelle des commissions (hors remboursement de frais professionnels et rémunérations fixes) des 2 ou 3 dernières années<br><br><b>Indemnité de licenciement ou de précarité :</b> id. salarié | Moyenne annuelle de l'ensemble des rémunérations (remboursement de frais professionnels et rémunération fixe inclus) des 2 ou 3 dernières années | Montant des commissions ou de la commission minimale garantie, des 6 derniers mois ou de la durée d'exécution du contrat si elle est inférieure.<br><br>NB : incertitude sur l'inclusion des remboursements de frais professionnels | <b>Statut IARD et statut de 1996 :</b> aucun minimum légal ou réglementaire<br><br><b>Statut VIE :</b><br>- au-delà de 5 années : 3 années de commissions calculées sur les quatre derniers trimestres<br>- en deçà : 1/5 <sup>ème</sup> de cette somme par année |
| <b>Taux</b>                           | <b>Indemnité de licenciement :</b> 1/5 par année d'ancienneté<br>2/5 pour les années au-delà de 10<br><br><b>Indemnité de précarité :</b> 1/10                                                                                                                                                                        | <b>Indemnité de clientèle :</b> 2 années<br><br><b>Indemnité de licenciement ou de précarité :</b> id. salarié                                                                                                                         | 2 années                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                   |

NB : les points d'interrogation correspondent aux solutions incertaines en droit positif. L'indemnité de départ à la retraite n'est pas reprise dans ce tableau.

Mais au-delà de ces différences de traitement, ces distributeurs restent privilégiés par rapport à ceux qui ne bénéficient d'aucune indemnité de cessation de relation.

## **2 – Les distributeurs sans indemnité légale de cessation de relation**

**779. Présentation.** Les distributeurs dont la fin de relation relève exclusivement du droit commun des contrats ne bénéficieront, en principe, d'aucune indemnité légale de cessation de relation. Tel est le cas des gérants-mandataires du Code de commerce liés à leurs mandants par un contrat à durée déterminée, des

franchisés, des concessionnaires, des distributeurs sélectifs, des courtiers, des commissionnaires, des commissionnaires-affiliés, des représentants n'entrant pas dans le champ des statuts de l'agent commercial et des agents généraux d'assurance (agents de voyages<sup>3026</sup>, courtiers ou mandataires en assurance n'ayant pas le statut d'agents généraux<sup>3027</sup>) ou encore des locataires-gérants<sup>3028</sup>.

**780. Contrat à durée déterminée.** Lorsque la relation de ces distributeurs est fondée sur un contrat à durée déterminée, la Cour de cassation juge que « *sauf abus, le refus de [...] renouvellement n'ouvre pas droit à indemnité* »<sup>3029</sup>, l'abus ne pouvant logiquement résider dans le non-renouvellement en lui-même<sup>3030</sup>.

**781. Contrat à durée indéterminée.** De même, lorsque la relation est fondée sur un contrat à durée indéterminée, la résiliation n'ouvre pas droit à indemnité<sup>3031</sup> sauf abus ne pouvant résider dans la résiliation elle-même<sup>3032</sup>.

**782. Courant d'affaires.** *A fortiori*, la rupture d'un simple courant d'affaires n'ouvre pas non plus, en elle-même, un droit à indemnisation.

**783. Droit de la concurrence.** Par ailleurs, le droit de la concurrence, s'il prenait parfois compte de l'existence d'une indemnité de cessation de relation<sup>3033</sup>, n'a jamais eu pour effet de l'imposer.

**784. Conclusion.** Il existe ainsi une différence de traitement importante entre les distributeurs bénéficiant d'une indemnité légale de cessation de relation et ceux qui en sont privés.

## CONCLUSION

**785. Différences entre distributeurs sur l'existence d'une indemnité.** Finalement, il existe des différences de traitement entre les distributeurs bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation et ceux n'en bénéficiant pas.

**786. Différences entres distributeurs bénéficiant d'une indemnité.** Il existe également des différences de traitement entre les distributeurs bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation à la fois dans les cas d'ouverture du droit à indemnité et dans le montant de l'indemnité.

Pour savoir si ces différences constituent des inégalités, il faut rechercher leurs justifications.

---

<sup>3026</sup> Constatant l'exclusion des agents de voyages du statut de l'agent commerciale : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 195.

<sup>3027</sup> Sur ces intermédiaires : BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *L'intermédiation d'assurance*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009, n° 698 s.

<sup>3028</sup> Le Code de commerce prévoit seulement pour le locataire-gérant qui a pris à bail le fonds et le local auprès d'un même propriétaire, « *une indemnité correspondant au profit qu'il peut retirer de la plus-value apportée soit au fonds, soit à la valeur locative de l'immeuble par les améliorations matérielles effectuées par le locataire avec l'accord exprès du propriétaire* » (C. com. art. L. 145-46). – Sur la question l'absence d'indemnité de cessation de relation pour le locataire-gérant malgré les améliorations qu'il a réalisées et l'augmentation de la valeur du fonds due à son travail et à ses investissements : DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, n° 31614 – PÉDAMON (M.) et KENFACK (H.), *Droit commercial*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 363 – DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), *Droit commercial*, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2010, n° 692.

<sup>3029</sup> Com. 15/01/2008 : n° 06-14698 ; B. n° 4 – V. également : Com. 29/10/2002 : n° 99-18796.

<sup>3030</sup> *Supra* n° 675 s.

<sup>3031</sup> V. par ex. : Com. 13/11/1972 : n° 71-11702 ; B. n° 286.

<sup>3032</sup> *Supra* n° 680 s.

<sup>3033</sup> Pour les concessionnaires automobiles intégrés dans un réseau suffisamment important pour que ses pratiques soient susceptibles d'affecter le commerce entre Etats-membres de l'Union européenne, l'ancien règlement avait prévu que l'exemption d'interdiction des ententes était conditionnée à ce que le contrat de distribution à durée indéterminée prévoit un délai de préavis d'au moins deux ans qui pouvait être ramené à un an si le fournisseur était « *tenu de verser une indemnité appropriée en vertu de la loi ou d'une convention particulière s'il est mis fin à l'accord* » (Règlement (CE) n° 1400-2002 de la Commission du 31/07/2002, art. 3).

## **B – La recherche des justifications des différences d'indemnisation de la cessation de la relation de distribution**

**787. Plan.** L'identification des fondements des indemnités de cessation de relation (1), permettra d'apprécier s'ils permettent de justifier les différences de traitement observées (2).

### **1 – Les fondements des indemnités de cessation de relation**

**788. Plan.** L'étude individuelle de chacune des indemnités légales de cessation de relation permettra d'en dégager le fondement téléologique (a). L'étude de ces indemnités considérées ensemble, globalement, permettra d'identifier leur fondement technique (b).

#### **a - Le fondement téléologique des indemnités de cessation de relation révélé par leur analyse individuelle**

**789. Plan.** Sera successivement recherché le fondement téléologique de l'indemnité de licenciement et de ses substituts (a.1), celui de l'indemnité de fin de contrat (a.2), celui de l'indemnité de cessation de relation de l'agent commercial (a.3), celui de l'indemnité de clientèle du VRP (a.4), celui de l'indemnité de résiliation du gérant-mandataire du Code de commerce (a.5) et enfin celui des indemnités des agents généraux d'assurance (a.6).

##### **a.1 - Le fondement téléologique de l'indemnité de licenciement**

**790. Contrepartie au droit de résiliation unilatéral.** Une partie de la doctrine soutient que l'indemnité de licenciement due en cas de résiliation d'un contrat de travail à durée indéterminée est une « *contrepartie du droit de résiliation unilatéral de l'employeur* »<sup>3034</sup>. Ce fondement doit être rejeté.

Tout d'abord, l'indemnité de licenciement n'est pas due si le salarié a une ancienneté inférieure à une année<sup>3035</sup> alors que le droit de résiliation unilatéral de l'employeur existe pourtant.

Ensuite, si l'indemnité est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale du contrat de travail, il est étonnant que le droit de résiliation du salarié<sup>3036</sup> n'ait pas pour contrepartie une indemnité due à l'employeur.

Enfin, le droit de résiliation unilatéral de l'employeur n'est nullement exorbitant puisqu'il existe pour toutes les parties dans tous les contrats à durée indéterminée et procède d'une garantie constitutionnelle de la liberté individuelle<sup>3037</sup>. Admettre un tel fondement devrait ainsi conduire à prévoir une indemnisation pour toute résiliation d'un contrat à durée indéterminée et non, seulement, pour la résiliation d'un contrat de travail par l'employeur. Le fondement de l'indemnité est donc ailleurs.

**791. Analyse salariale.** Une autre partie de la doctrine a soutient que l'indemnité de licenciement est un salaire différé, un complément de rémunération.

**Prise en compte différée du profit généré.** Pour certains auteurs, il s'agit d'une rémunération

---

<sup>3034</sup> AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 569.

<sup>3035</sup> *Supra* n° 758.

<sup>3036</sup> Il dispose d'un droit à la démission (C. trav. art. L. 1237-1).

<sup>3037</sup> *Supra* n° 680 s.

permettant de prendre en compte de façon différée le profit que le travail du salarié a permis de générer<sup>3038</sup>.

Cette analyse est critiquable car ni les conditions, ni le calcul de l'indemnité de licenciement ne sont liés à un quelconque profit généré par le travail du salarié. L'indemnité reste due si l'entreprise subit des pertes depuis le recrutement du salarié ou s'il est licencié pour une cause réelle et sérieuse tirée d'une absence ou insuffisance de résultats<sup>3039</sup>.

**Prise en compte des besoins futurs du salarié.** Pour d'autres auteurs, il s'agit de prendre en compte des besoins futurs du salarié<sup>3040</sup>.

Cependant, ce fractionnement de la rémunération en une partie immédiate et une partie différée paraît particulièrement arbitraire.

De plus, ces deux conceptions s'accordent mal avec la prise en compte de périodes non rémunérées dans le calcul de l'indemnité (notamment des périodes de suspension du contrat<sup>3041</sup>).

Mais surtout, si l'indemnité était une rémunération supplémentaire correctrice d'un déséquilibre entre le salaire du travail et le profit généré ou prenant en compte des besoins futurs du salarié, elle devrait également être due en cas de démission du salarié ou de licenciement pour faute grave<sup>3042</sup>. En effet, la démission ne fait pas disparaître le déséquilibre ou les besoins futurs et la faute grave, même si elle a causé un préjudice à l'entreprise, n'anéantit pas nécessairement la totalité du profit généré, pas plus qu'il ne fait pas disparaître les besoins futurs du salarié.

**792. Rejet jurisprudentiel de l'analyse salariale et analyse indemnitaire.** Après l'avoir retenue pendant un temps<sup>3043</sup>, la Cour de cassation a rejeté l'analyse salariale de l'indemnité de licenciement. Elle a jugé que l'indemnité de licenciement « *n'est pas la contrepartie d'un travail fourni et ne constitue donc pas un salaire* »<sup>3044</sup> mais est destinée « *à réparer le préjudice subi par le salarié du fait de son départ de l'entreprise* »<sup>3045</sup>. Elle ne lui applique donc pas les règles spéciales aux salaires : l'indemnité se cumule avec les indemnités chômage, n'est pas imposée comme un revenu<sup>3046</sup>, n'est pas soumise aux cotisations sociales<sup>3047</sup> (sauf CSG et CRDS<sup>3048</sup>) et était exclue de la prescription quinquennale des salaires<sup>3049</sup>.

---

<sup>3038</sup> Dans ce sens : REVET (I.), *La force de travail*, Préf. F. Zénati, BDE, t. 28, Litec, 1992, n° 264 s., « le salaire étant la contrepartie de la mise à disposition de la force de travail, il est indépendant du profit procuré par sa mise en œuvre », « cette situation est susceptible de créer, au détriment du salarié, un déséquilibre », « l'indemnité de licenciement a pour fonction de corriger cette distorsion, exactement comme l'indemnité de clientèle » et « a donc une finalité rémunératoire, ayant pour cause le travail fourni ». L'auteur rattache indirectement l'indemnité à l'enrichissement sans cause (n° 268). – V. également : DUPOUX (L.), *L'indemnité de licenciement*, thèse Rennes, 1942, l'indemnité de licenciement est « une matérialisation de la reconnaissance patronale à l'égard d'un employé qui a contribué à la prospérité de l'entreprise » car « les initiatives qu'il a prises, la clientèle qu'il a constituée pour sa maison continueront à rapporter de l'argent à un patron après son départ » (n° XV), il s'agit d'un « complément de salaire », d'un « accessoire de salaire », d'une sorte de « gratification » (n° XLV). L'auteur soutient qu'« il est juste de reconnaître les services travailleurs qui, durant de longues années, ont accompli avec zèle et dévouement une tâche parfois ingrate. Par leur activité, ils ont contribué à la prospérité de l'entreprise. L'indemnité de licenciement correspond à la dette de reconnaissance contractée par le patron vis-à-vis du travailleur » (n° XXVII).

<sup>3039</sup> *Supra* n° 758 et 657.

<sup>3040</sup> Dans ce sens : DURAND (P.) et VITU (A.), *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, n° 485, la rémunération du travail « ne comprend pas seulement les salaires, remis périodiquement au salarié pour son entretien et celui de sa famille ; une autre partie permet au salarié de subvenir à des besoins futurs » à laquelle appartiendrait l'indemnité de licenciement.

<sup>3041</sup> Dans ce sens : CAMERLYNCK (G. H.), *L'indemnité de licenciement*, JCP 1957.I.1391.

<sup>3042</sup> Dans ce sens : *ibid.*

<sup>3043</sup> Soc. 19/07/1945 : GP 1945.II.126, « l'indemnité de licenciement, allouée cumulativement avec le salaire, constitue un complément de salaire en rémunération d'un travail accompli dans le passé ; elle constitue un accessoire du salaire principal ».

<sup>3044</sup> Soc. 22/05/1986 : n° 83-42341 ; B. n° 245.

<sup>3045</sup> Soc. 29/01/1975 : n° 74-40071 ; B. n° 39.

<sup>3046</sup> CE 13/10/1971 : n° 79252 ; Lebon, 603, « une telle indemnité [de licenciement] était destinée à compenser pour l'intéressé la perte de sa situation ; qu'elle est dès lors assimilable à des dommages-intérêts et ne doit pas, par suite, être prise en compte pour la détermination de son revenu imposable ».

<sup>3047</sup> Soc. 04/05/1988 : n° 85-15322 ; B. n° 268, « l'indemnité de licenciement [...] [a] le caractère de dommages-intérêts compensant le préjudice né de la rupture du contrat de travail en sorte qu'elle ne devait pas à être incluse dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale ».

L'analyse indemnitaire est cependant étonnante car l'indemnité de licenciement ne suppose ni un acte illicite (elle est due en cas de licenciement non fautif) ni un préjudice (elle est uniquement liée à l'ancienneté et est due même si le salarié retrouve immédiatement un emploi<sup>3050</sup>).

**793. Responsabilité objective.** Une partie de la doctrine analyse ainsi l'indemnité de licenciement comme procédant d'une responsabilité objective fondée sur le risque, réparant un préjudice présumé<sup>3051</sup> et évalué forfaitairement, à l'instar d'une clause pénale<sup>3052</sup>. Camerlynck présente ainsi l'indemnité de licenciement comme « *une technique originale dans le cadre d'une politique systématique de sécurité de l'emploi* » : « *d'une part [...], en pesant sur la volonté de l'employeur, elle encourage la prévention même du risque de licenciement ; d'autre part, si le risque néanmoins se réalise, elle en assure l'indemnisation* »<sup>3053</sup>.

Cependant, comme l'a fait remarquer Savatier, cette analyse sous-estime le fait que l'indemnité « *apparaît d'abord comme un avantage lié à l'ancienneté et donc comme une récompense de la fidélité du travailleur, qui est profitable à l'employeur* » et pénalise l'employeur pour l'usage pourtant légitime de son droit de résiliation<sup>3054</sup>.

**794. Exécution d'une obligation légale de stabilité.** Une partie de la doctrine a ainsi préféré analyser l'indemnité de licenciement comme l'exécution d'une obligation légale ou conventionnelle de garantir le salarié contre une rupture de son contrat qui ne lui est pas imputable<sup>3055</sup>, obligation qui s'analyserait en un avantage salarial<sup>3056</sup> mais dont l'exécution serait traitée comme une indemnité par la Cour de cassation pour favoriser le salarié en le soustrayant à l'impôt sur le revenu et aux cotisations sociales<sup>3057</sup>.

Dans une variante de ce raisonnement, une partie de la doctrine a analysé l'indemnité de licenciement comme l'exécution par équivalent d'une obligation légale de stabilité dont le salarié serait créancier à l'égard de son employeur<sup>3058</sup>. L'indemnité compenserait une « *atteinte au droit à la stabilité du salarié* » et une telle protection ne pourrait « *se justifier que par l'idée que le contrat de travail le met à l'abri de l'instabilité* »

---

<sup>3048</sup> CSS art. L. 136-2.

<sup>3049</sup> Soc. 20/10/1988 : n° 85-45511 ; B. n° 536, « *l'indemnité de licenciement n'étant pas la contrepartie d'un travail fourni et ne constituant donc pas un salaire, l'action tendant à son paiement se prescrit par trente ans* »

<sup>3050</sup> DURAND (P.) et VITU (A.), *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950, n° 485.

<sup>3051</sup> Comp. : RADÉ (C), *Droit du travail et responsabilité civile*, Préf. J. Hauser, LGDJ, 1997, n° 33, p. 25 remarquant à propos des forfaits en droit du travail que « *le seul constat de la faute ou de l'évènement dommageable suffit la plupart du temps à entraîner le droit au versement du forfait, indépendamment de toute discussion sur le montant du préjudice réellement subi* ».

<sup>3052</sup> CAMERLYNCK (G. H.), *op. cit.*, le licenciement ne doit plus s'analyser comme une « *prérogative discrétionnaire* » mais comme « *un pouvoir reconnu au chef responsable dans l'intérêt présumé de l'entreprise* » et qui comporterait dès lors comme limite « *le droit – consacré par l'usage ou la convention collective – à la stabilité et à la sécurité du travailleur dont la collaboration prolongée a démontré par ailleurs l'aptitude à tenir l'emploi, et auquel le renvoi sans faute porte injustement atteinte* ». L'usage de ce droit s'analyse ainsi comme un « *fait de l'employeur* » qui « *déclenche au détriment du travailleur confirmé la réalisation d'un risque dont l'entreprise supporte la responsabilité objective* ». L'auteur soutient qu'il existerait nécessairement un préjudice moral et matériel dû à la « *mutation imposée* » au travailleur et que l'indemnité de licenciement devrait être analysée comme une clause pénale car « *la prise en charge d'un tel risque, à l'échelle de l'entreprise, implique-t-elle, dans l'organisation technique de l'indemnité, une détermination forfaitaire de son montant* », indemnité dont le nombre d'années passées au service de l'entreprise serait le « *seul critère forfaitaire satisfaisant du double point de vue des droits acquis et de la prime à la stabilité : plus le travailleur avance en âge et plus le prix du renvoi est élevé* ».

<sup>3053</sup> CAMERLYNCK (G. H.), *op. cit.*

<sup>3054</sup> SAVATIER (J.), *Réflexions sur les indemnités de licenciement*, DS 1989, p. 125 s., p. 126.

<sup>3055</sup> *Ibid.*, « *si l'indemnité ne sanctionne pas la violation d'une obligation contractuelle, c'est qu'elle constitue l'exécution d'une obligation découlant du contrat* », il s'en déduit que « *l'employeur est tenu, légalement ou conventionnellement selon les cas, de garantir le salarié contre la rupture du contrat qui n'est pas imputable à ce dernier* » si bien que l'indemnité s'analyse en une « *garantie [...] forfaitaire [...] subordonnée à certaines conditions relatives à l'ancienneté ou au motif de la rupture* » qui vient « *compléter la rémunération périodique du travailleur* » en constituant « *comme elle, une contrepartie du travail fourni* ».

<sup>3056</sup> *Ibid.*, l'indemnité de licenciement se rattache à « *l'évolution des modes de rémunération qui a conduit à compléter le salaire de base, versé périodiquement en fonction des services accomplis, par des avantages récompensant une qualité particulière de la prestation du salarié, ou destinés à compenser une perte de revenu salarial due à une diminution de la durée du travail ou à la suspension de l'exécution du travail* » (primes d'assiduité, les indemnités compensatrices de la réduction de la durée du travail).

<sup>3057</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>3058</sup> LE GALLOU (C.), *La notion d'indemnité en droit privé*, Préf. A. Sériaux, LGDJ, 2007, n° 659 s.



engendrée par le chômage »<sup>3059</sup>.

Cependant, on comprend mal pourquoi cette obligation de stabilité naîtrait seulement au bout d'une année de relation et pourquoi elle jouerait également si le salarié licencié retrouve immédiatement ou rapidement un emploi en particulier grâce au délai de préavis.

**795. Garantie légale d'un risque.** Au-delà de sa nature salariale ou indemnitaire, que l'indemnité de licenciement s'analyse en l'exécution d'une obligation légale de garantie forfaitaire d'un risque lié au licenciement, en une responsabilité objective fondée le risque de licenciement ou en une compensation de l'inexécution d'une obligation légale de stabilité, l'objectif est, à chaque fois, d'obliger l'employeur à verser une somme d'argent au salarié en raison du risque généré par le licenciement.

L'indemnité de licenciement peut donc s'analyser comme un mécanisme assurantiel du risque de perte involontaire d'une activité professionnelle. Le législateur a estimé que l'employeur devait obligatoirement assumer, forfaitairement, ce risque encouru par le salarié à partir d'une année de relation à durée indéterminée. C'est l'exposition à ce risque qui est indemnisée et non sa réalisation. Ainsi, le fait que le salarié bénéficie éventuellement de revenus de substitution grâce à l'assurance chômage, retrouve immédiatement un nouvel emploi après son licenciement ou ne puisse plus travailler à cause d'une maladie ne fait pas disparaître le droit à une indemnité au moins égale à l'indemnité de licenciement.

Cette idée se concilie également avec l'analyse de l'indemnité comme correspondant aux besoins futurs du salarié pour son entretien et celui de sa famille. En effet, le risque de perte d'emploi représente un risque de ne plus disposer de revenus réguliers permettant cet entretien.

L'ancienneté minimale requise peut alors s'expliquer par l'idée qu'il faudrait nécessairement que la relation ait une certaine durée pour qu'elle puisse être considérée comme une source de revenus réguliers<sup>3060</sup>. L'indemnité augmente ensuite proportionnellement à l'établissement dans la durée de la relation avec un palier à 10 années d'ancienneté. Cette augmentation progressive du montant de l'indemnité peut aussi être analysée comme la prise en compte de l'accroissement du risque de ne plus disposer d'une source de revenus réguliers. En effet, la reconversion est généralement d'autant plus difficile que l'ancienneté du salarié est importante<sup>3061</sup> et la perte de revenus d'autant plus sensible puisque l'absence d'ancienneté dans la nouvelle entreprise privera le salarié d'un certain nombre d'avantages qui y sont liés<sup>3062</sup>.

**796. Conclusion.** Finalement, l'indemnité de licenciement paraît trouver son fondement téléologique dans une obligation légale de l'employeur de garantir les salariés ayant une certaine ancienneté contre le risque de ne plus disposer de revenus réguliers dans l'avenir.

## **a.2 - Le fondement téléologique de l'indemnité de précarité**

**797. Compensation de la précarité.** L'indemnité de fin de contrat accordée au salarié à chaque terme

---

<sup>3059</sup> *Ibid.*, n° 662.

<sup>3060</sup> La règle peut d'ailleurs être mise en parallèle avec les sanctions du licenciement sans cause réelle et sérieuse qui n'ont un caractère minimal (6 mois de salaire) qu'à compter d'une ancienneté de 2 années (*supra* n° 658), qui correspondait, avant 2008, à l'ancienneté nécessaire pour ouvrir le droit à l'indemnité de licenciement (*supra* note n° 2877).

<sup>3061</sup> Dans ce sens : DUPOUX (L.), *op. cit.*, n° XV, « l'indemnité de licenciement en faveur des employés anciens apparaît [...] comme une compensation au préjudice que subi l'employé du fait du congédiement à un âge qui rend difficile la recherche d'une nouvelle situation ».

<sup>3062</sup> Dans ce sens : LE GALLOU (C.), *op. cit.*, n° 679, il est justifié de prendre en compte l'ancienneté « car le licenciement ne fait pas seulement perdre au salarié son emploi, il lui fait également perdre son statut dans l'entreprise et les avantages attachés à son ancienneté ».

d'un contrat à durée déterminée non poursuivi par un contrat à durée indéterminée est selon la loi, « destinée à compenser la précarité de sa situation »<sup>3063</sup>. Cette rédaction découle de la loi du 12 juillet 1990 « favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires »<sup>3064</sup>.

Une indemnité identique est prévue pour les travailleurs temporaires (intérimaires) qui, « à l'issue d'une mission [...], ne bénéficient pas immédiatement d'un contrat de travail à durée indéterminée avec l'entreprise utilisatrice »<sup>3065</sup>.

**Précarité et contrat à durée déterminée.** En principe, est précaire une situation « dont on ne peut garantir la durée, la solidité, la stabilité ; qui, à chaque instant peut être remis[e] en cause »<sup>3066</sup>. Il apparaît donc critiquable de qualifier de précaire un contrat de travail à durée déterminée alors que sa durée est garantie. En effet, pendant la durée stipulée en cas de terme précis ou la durée minimale devant être obligatoirement prévue en cas de terme imprécis<sup>3067</sup>, la situation du travailleur ne peut être remise en cause : toute rupture anticipée même pour une cause réelle et sérieuse<sup>3068</sup> donnera lieu, au versement d'une indemnité représentant, au minimum, l'ensemble des salaires dus jusqu'au terme prévu ou prévisible du contrat<sup>3069</sup>. Au contraire, la loi et même le bloc de constitutionnalité imposent la précarité du contrat à durée indéterminée en offrant à chaque partie une faculté de résiliation unilatérale à tout moment<sup>3070</sup>. Par conséquent, le seul contrat de travail garantissant une situation stable au salarié serait un contrat conclu pour une durée déterminée avec comme terme le départ à la retraite. Or, la loi prohibe la conclusion d'un tel contrat, le contrat de travail à durée déterminée ne pouvant avoir « pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise »<sup>3071</sup> et ne pouvant excéder, en principe, une durée de 18 mois, renouvellement compris<sup>3072</sup>.

**Précarité et situation globale du salarié à durée déterminée.** La précarité pourrait renvoyer à la situation d'une personne à la fois contrainte de vivre du louage de sa force de travail et de multiplier les contrats de courte durée faute de trouver un emploi lié à l'activité normale et permanente d'une entreprise. Elle viserait alors la situation globale du travailleur et non son contrat.

Cependant, inférer cette précarité à partir de l'échéance d'un contrat à durée déterminée est critiquable. En effet, une précarité identique peut exister avec des contrats à durée indéterminée utilisés, de façon licite, pour pourvoir à des emplois temporaires sachant que l'indemnisation du licenciement en cas d'ancienneté inférieure à une année est potentiellement moins onéreuse que la fin d'un contrat à durée déterminée de

---

<sup>3063</sup> C. trav. art. L. 1243-8.

<sup>3064</sup> Loi n° 90-613 du 12/07/1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires. – Anciennement, elle résultait de l'ordonnance n° 82-130 du 05/02/1982 dont la circulaire précisait que l'indemnité tendait « à compenser, pour les salariés, la précarité du lien contractuel, dans les cas où la possibilité de recourir au contrat à durée déterminée s'analyse comme une facilité offerte à l'entreprise » (Circ. 23/02/1982 : D. 1982, 150).

<sup>3065</sup> C. trav. art. L. 1251-32.

<sup>3066</sup> Le Trésor de la Langue Française informatisé (<http://atilf.atilf.fr/>, consulté le 16/05/2015) « précaire » – CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, Vocabulaire juridique, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « précarité », sens 2 « caractère de ce qui est librement révocable au gré du maître d'une chose », sens 4 « ce qui est fragile, instable, incertain. Ex. précarité de l'emploi ».

<sup>3067</sup> C. trav. art. L. 1242-7.

<sup>3068</sup> A l'exception de la faute grave, de la force majeure et de l'inaptitude médicalement constatée du salarié (C. trav. art. L. 1243-4).

<sup>3069</sup> C. trav. art. L. 1243-4 – Soc. 13/12/2006 : n° 05-41232 ; B. n° 372 ; DS 2007, 645, C. Roy-Loustanaud, « les dommages-intérêts doivent être évalués en fonction de la durée prévisible du contrat de travail à durée déterminée conclu sans terme précis ».

<sup>3070</sup> *Supra* n° 680 s.

<sup>3071</sup> C. trav. art. L. 1242-1.

<sup>3072</sup> *Supra* n° 653.

moins d'une année<sup>3073</sup>. Certaines entreprises n'hésitent pas à recourir à un tel procédé.

De plus, cette précarité n'existe pas si le salarié parvient, à l'issue de chaque contrat à durée déterminée, à trouver un nouvel emploi. Or, l'indemnité de précarité est due dans cette hypothèse. Inversement, l'indemnité n'est pas due pour les travailleurs saisonniers et dans les secteurs d'activités dans lesquels « *il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois* »<sup>3074</sup>. Ainsi, les travailleurs ayant une situation globale précaire en raison de la spécificité même de leur activité sont privés d'indemnité destinée à compenser la précarité de leur situation<sup>3075</sup>.

**798. Dissuasion du recours au contrat à durée déterminée.** L'indemnité de précarité pourrait alors plutôt avoir pour fondement un objectif de ne pas encourager le recours au contrat à durée déterminée dans les secteurs où ce type de contrat n'est pas d'usage<sup>3076</sup>.

Cependant, le recours au contrat à durée déterminée est déjà limité par la loi à des tâches temporaires dans les secteurs où il n'est pas d'usage d'y recourir<sup>3077</sup>. Par ailleurs, l'indemnité concerne essentiellement les contrats conclus en raison d'un « *accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise* » ou pour le remplacement temporaire de salariés, de chefs d'entreprise ou d'exploitation ou de leurs conjoints, aides familiaux ou associés<sup>3078</sup>. Il est alors paradoxal d'autoriser le recours à des contrats à durée déterminée pour des tâches temporaires et parallèlement de dissuader, par l'indemnité de précarité, le recours à ces contrats au motif qu'ils ne correspondraient pas à des emplois stables.

**799. Réparation d'un préjudice.** L'indemnité pourrait encore être analysée comme réparant un préjudice. La conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée sans proposition d'un contrat à durée indéterminée constituerait, en lui-même, un fait générateur de responsabilité de l'employeur l'obligeant à réparer le préjudice causé du salarié. Cette analyse est cependant critiquable.

Tout d'abord, elle révélerait l'existence d'un droit, pour toute personne souhaitant vivre du louage de sa force de travail, de conclure un contrat de travail à durée indéterminée. Or, si l'employeur est limité dans le choix du type de contrat qu'il peut conclure avec un salarié, l'absence de conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée avec un salarié précédemment employé en contrat à durée déterminée peut difficilement être analysée comme une faute car il n'existe pas de droit subjectif à un contrat travail<sup>3079</sup> et, *a fortiori*, à un

---

<sup>3073</sup> Le procédé est plutôt intéressant pour l'employeur. En effet, lorsque le salarié a moins d'une année d'ancienneté dans l'entreprise, la rupture de son contrat à durée indéterminée ne donne pas lieu au versement d'une indemnité de licenciement (*supra* n° 758) et l'indemnité sanctionnant l'absence de cause réelle et sérieuse n'a pas de minimum forfaitaire légal égal à 6 mois de rémunération mais doit correspondre au préjudice subi (*supra* n° 658), ce qui limite le risque contentieux, le salarié ne sachant pas ce qu'il obtiendra. Par ailleurs, le contrat à durée indéterminée peut être rompu sans indemnité pendant une période d'essai pouvant aller de deux à huit mois (C. trav. L. 1221-19 et -21) alors que la période d'essai d'un contrat à durée déterminée ne peut excéder 1 mois (L. 1242-10).

<sup>3074</sup> C. trav. art. L. 1242-2, 3° et L. 1243-10, 1°.

<sup>3075</sup> Ces exceptions sont vraisemblablement motivées par la volonté de ne pas accroître le coût du travail dans certains secteurs particuliers mais cet objectif économique ciblé introduit une différence de régime dont le caractère discriminatoire est critiqué par une partie de la doctrine (AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 246).

<sup>3076</sup> Le rapport introduisant l'ordonnance du 05/02/1982 indiquait clairement l'intention du législateur de limiter le recours aux contrats à durée déterminée (Rapport au président de la république sur l'ordonnance n° 82-130 du 05/02/1982 *modifiant les dispositions du Code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi que certaines dispositions du Code civil*) et l'exposé des motifs de la loi du 12/07/1990 précisait que ces dispositions devaient « *avoir pour effet de faire reculer la proportion d'emplois précaires en facilitant leur transformation en emplois stables, sous contrat à durée indéterminée* ». – Dans ce sens : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *op. cit.*, n° 814.

<sup>3077</sup> C. trav. art. L. 1242-1 et 2. – *Supra* n° 653.

<sup>3078</sup> C. trav. art. L. 1242-2 et L. 1243-10.

<sup>3079</sup> Si le préambule de la Constitution du 27/10/1946 prévoit que « *chacun a [...] le droit d'obtenir un emploi* », le Conseil constitutionnel n'en fait pas un droit subjectif mais un droit objectif devant être poursuivi par la loi (CC n° 83-156 DC, 28/05/1983 : D. 1984, 159, L. Hamon) –

contrat de travail à durée indéterminée.

Ensuite, le préjudice devrait correspondre à une perte de chance de conclure un contrat à durée indéterminée or l'indemnité présente un caractère forfaitaire dont le calcul a pour assiette la rémunération qui a été perçue et non les rémunérations qui auraient été perçues grâce à la conclusion du contrat à durée indéterminée.

Enfin, l'absence de caractère indemnitaire est reconnue par la loi qui précise que l'indemnité de précarité est due « à titre de complément de salaire »<sup>3080</sup>. Contrairement à l'indemnité de licenciement dont le caractère indemnitaire a été admis par la jurisprudence, l'indemnité de fin de contrat, en dépit de sa dénomination, n'a donc pas une nature indemnitaire mais salariale. L'indemnité obéit ainsi aux règles applicables aux salaires : elle est imposée comme un salaire et soumise aux cotisations sociales<sup>3081</sup>.

**800. Avantage salarial.** L'indemnité peut encore être analysée comme un avantage salarial accordé aux salariés qui accomplissent une tâche temporaire et qui ne se verront pas proposer, en cours de contrat ou à l'issue du contrat, une tâche liée à l'activité normale et permanente d'une entreprise susceptible de leur procurer des revenus réguliers permettant leur entretien et celui de leur famille.

Cependant, dans ce cas, l'indemnité ne devrait pas être due si, immédiatement à l'issue du contrat de travail à durée déterminée, le salarié conclut un contrat à durée indéterminée avec un autre employeur ou fait valoir ses droits à la retraite.

**801. Garantie légale d'un risque.** Ce n'est donc pas l'absence de proposition d'un contrat permettant des revenus réguliers qui est indemnisée mais le risque de ne pas conclure un tel contrat. Le mécanisme est aussi totalement indépendant des revenus de substitution qui pourraient être perçus par l'ancien salarié grâce à l'assurance chômage.

L'absence d'indemnité si le salarié rompt de façon anticipée son contrat pour conclure un contrat à durée indéterminée avec un autre employeur peut alors s'expliquer par la disparition totale de ce risque et la réduction de l'indemnité si des contreparties en termes de formation professionnelle sont offertes au salarié<sup>3082</sup>, par une réduction de ce risque.

L'indemnité de précarité peut donc s'analyser, à l'instar de l'indemnité de licenciement, comme un mécanisme assurantiel légalement à la charge de l'employeur et indépendant de l'assurance chômage, garantissant, de manière forfaitaire sous la forme d'un complément de salaire, le risque de ne pas conclure un contrat à durée indéterminée, conçu par le droit du travail comme une source régulière de revenus permettant l'entretien du salarié et de sa famille car lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

**802. Conclusion sur les indemnités de licenciement et de précarité.** Finalement, les indemnités de licenciement et de précarité apparaissent comme la traduction d'une obligation légale de l'employeur de garantir le salarié contre le risque de ne plus disposer d'une source de revenus permettant son entretien et celui de sa famille. Ce risque naît soit de la perte d'une activité professionnelle pérenne (rupture d'un contrat

---

Sur la question voir : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 680 – GAUDU (F.), *L'organisation du marché du travail*, DS 1992, p. 945 – BAUGARD (D.), *Le droit à l'emploi*, DS 2014, p. 332 s. – Soutenant que l'Etat peut partiellement répercuter cette charge sur les employeurs : FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 52, LGDJ, 2010, n° 279.

<sup>3080</sup> C. trav. art. L. 1243-8.

<sup>3081</sup> Dans ce sens : Soc. 17/01/2002 : n° 00-14709 ; B. n° 19.

<sup>3082</sup> C. trav. art. L. 1243-9 – *Supra* note n° 2873.

à durée indéterminée avec une ancienneté d'une année) soit de l'exercice d'une activité professionnelle non pérenne (contrat à durée déterminée sans proposition d'un contrat à durée indéterminée).

A partir du moment où le salarié a renoncé volontairement à une telle activité professionnelle en refusant ou en rompant un contrat à durée indéterminée ou en commettant une faute grave, la garantie n'est plus applicable, le salarié ayant accepté le risque ou provoqué la réalisation de l'événement redouté.

Le fait que le montant dû au titre de la garantie augmente avec la durée de la relation<sup>3083</sup> révèle également cette volonté du législateur de garantir une activité professionnelle pérenne à ceux qui souhaitent vivre du louage de leur force de travail.

Une analyse comparable peut fonder l'indemnité de cessation de relation de l'agent commercial.

### **a.3 - Le fondement téléologique de l'indemnité de cessation de relation de l'agent commercial**

**803. Intérêt commun et critique.** Une partie de la doctrine rattache l'indemnité de cessation de l'agent commercial au caractère d'intérêt commun de son mandat<sup>3084</sup>. Ce fondement est critiquable.

D'abord, l'intérêt commun d'un mandat a pour effet d'introduire une obligation de justification de la rupture supplétive de volonté et non une indemnité de fin de relation d'ordre public<sup>3085</sup>.

Ensuite, le régime du mandat d'intérêt commun est inapplicable au non-renouvellement d'un mandat à durée déterminée alors que l'indemnité de l'agent commercial est due dans cette hypothèse<sup>3086</sup>.

Enfin, l'intérêt commun ne conduit à une indemnisation de la résiliation du mandat à durée indéterminée qu'en l'absence de cause légitime, cause qui recouvre des hypothèses plus larges que la faute grave<sup>3087</sup>. Or l'indemnité de l'agent commercial est due en cas de résiliation du mandat à durée indéterminée, même en présence d'une cause légitime à moins qu'elle ne réside dans une faute grave de l'agent<sup>3088</sup>.

**804. Prix d'une cession de clientèle.** Il a également été soutenu que l'indemnité révélerait l'existence d'un droit de l'agent commercial sur la clientèle créée, maintenue ou développée au nom et pour le compte du mandant. La clientèle prospectée a ainsi été analysée comme une clientèle commune à l'agent et au mandant. L'agent aurait sur cette clientèle un droit de propriété<sup>3089</sup> ou un droit d'usufruit (la nue-propriété de la clientèle revenant au mandant)<sup>3090</sup>. L'indemnité correspondrait alors au prix d'une cession forcée du droit du mandataire sur la clientèle commune provoquée par la cessation du mandat<sup>3091</sup>.

Ce fondement n'est pas pertinent car l'indemnité est due même en l'absence développement de la

---

<sup>3083</sup> Le montant de l'indemnité de précarité est fonction de la durée de la relation puisqu'il s'agit d'une fraction de la rémunération totale versée (*supra* n° 757).

<sup>3084</sup> V. par ex. : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 1002. – Comp. : GRIGNON (P.), *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution*, in Mél. M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 127 s., n° 14 s., soutenant qu'il s'agit d'un concept d'intérêt commun qui a été adapté.

<sup>3085</sup> *Supra* n° 662 s.

<sup>3086</sup> *Supra* n° 662 et 766.

<sup>3087</sup> *Supra* n° 664.

<sup>3088</sup> *Supra* n° 766. – Sur l'ensemble de la question : GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 203 à 214. – V. aussi : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 202, la référence à l'intérêt commun n'a plus d'intérêt, la directive n° 86/653/CCE du Conseil de 1986 n'y faisant pas référence.

<sup>3089</sup> Rappr. RIPERT (G.), *Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce*, D. 1939, chron. p. 1 s.

<sup>3090</sup> ISSELE (L.), *Fondement juridique de l'indemnité de clientèle des voyageurs, représentants, placiers*, GP 1944.I.13.

<sup>3091</sup> Sur l'ensemble de la question : GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 145 à 163.

clientèle<sup>3092</sup>. De plus, il a clairement été jugé que l'agent commercial n'avait pas de clientèle propre car il prospecte une clientèle au nom et pour le compte du mandant et qui est donc, par l'effet de la représentation, attachée au mandant, seul engagé envers elle<sup>3093</sup>.

**805. Enrichissement sans cause.** L'indemnité de l'agent commercial ne peut pas non plus s'analyser comme une manifestation légale de la théorie de l'enrichissement sans cause. En effet, à supposer qu'existe un appauvrissement du mandataire résidant dans la perte des commissions tirées de l'exploitation de la clientèle qu'il a contribué à créer ou développer et un enrichissement corrélatif du mandant du fait de l'apport de clientèle généré par l'activité de l'agent, cet enrichissement trouve sa source dans le contrat d'agence dont l'exécution conduit à attacher au mandant la clientèle démarchée en son nom et pour son compte par le mandataire<sup>3094</sup>. Ainsi, sauf à considérer que le contrat d'agence commerciale est sans cause et donc nul, l'enrichissement est causé et la théorie de l'enrichissement sans cause ne peut s'appliquer<sup>3095</sup>.

**806. Responsabilité pour faute.** A partir des termes légaux d'« *indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* » due par le mandant, l'indemnité a également été analysée par une partie de la doctrine comme la mise en œuvre d'une responsabilité du mandant<sup>3096</sup>. Le préjudice réparé correspondrait à la perte pour l'avenir des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle que la jurisprudence présume de façon irréfragable en cas de cessation du contrat. Ce préjudice serait distinct de celui généré par une rupture abusive et évalué, en pratique, de façon forfaitaire puisque la jurisprudence l'estime à un multiple d'une moyenne de rémunérations précédemment perçues.

S'agissant du fait générateur de la responsabilité, l'indemnité est due par la seule survenance du terme d'un contrat à durée déterminée, le seul usage du droit de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée ou encore en raison du décès, de l'infirmité ou de la maladie de l'agent commercial. Or, l'existence et la survenance du terme extinctif du contrat n'est que l'expression de la volonté des parties qui l'ont convenu et procède de l'exécution normale du contrat. De même, la faculté de résiliation unilatérale est une liberté individuelle constitutionnellement protégée<sup>3097</sup> et procède d'un choix des parties de ne pas stipuler de terme extinctif. L'usage de cette faculté est donc parfaitement légitime.

Par ailleurs, le décès, l'infirmité, la maladie de l'agent commercial sont des événements totalement étrangers au mandant. Par conséquent, si la responsabilité du mandant ne procède pas d'une faute, elle s'analyse en une responsabilité objective, en une garantie. Il s'agirait donc d'une garantie objective du mandant pour un préjudice présumé et forfaitairement évalué par rapport aux rémunérations précédemment perçues. Le fait générateur ne reposant pas sur la faute, il a été proposé de le rattacher à un risque.

**807. Garantie d'un risque d'enrichissement moralement injuste du représenté.** Dans sa thèse, Monsieur Grignon, après avoir constaté que la responsabilité fondée sur la faute (inexécution d'une obligation, abus de droit), la cession d'un droit sur la clientèle et l'enrichissement sans cause ne pouvaient constituer le fondement de l'indemnité de fin de contrat de l'agent commercial, se résout à retenir un

---

<sup>3092</sup> *Supra* n° 767.

<sup>3093</sup> *Supra* n° 191.

<sup>3094</sup> *Infra* n° 863.

<sup>3095</sup> Sur l'ensemble de la question et pour une critique détaillée des différentes propositions d'analyse de l'indemnité comme une manifestation de la théorie de l'enrichissement sans cause : GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 136 à 145.

<sup>3096</sup> Sur l'ensemble de la question : GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 20 à 144.

<sup>3097</sup> *Supra* n° 676.

fondement qu'il qualifie d'*idéologique* car provenant d'une certaine conception de l'équité : prévenir un risque d'enrichissement moralement injuste du représenté<sup>3098</sup>.

Pour parvenir à cette conclusion, l'auteur constate que l'exécution d'un contrat de prospection commerciale connaît généralement deux phases successives. Dans une première phase d'une durée d'environ deux années<sup>3099</sup>, le représentant déploie des efforts de prospection importants sans en tirer les fruits puisqu'il crée la clientèle et perçoit donc peu ou pas de commissions. Les fruits de la prospection ne seront perçus qu'au cours de la seconde phase puisque la clientèle étant alors créée, elle générera des commandes régulières donnant lieu à commissions. Il existe ainsi une phase d'investissement et une phase de retour sur investissement. Si la relation est rompue par le mandant au début de la phase de retour sur investissement, le représentant est privé des fruits de son activité<sup>3100</sup> et ce, alors même qu'il n'a commis aucune faute. Au contraire, le mandant, titulaire juridique de la clientèle par l'effet de la représentation, perçoit intégralement les fruits de l'activité de prospection du représentant et économise le montant des commissions<sup>3101</sup>. Face à de telles situations, l'abus de droit avait montré ses limites puisqu'il obligeait le mandataire à démontrer que la rupture était fautive et procédait de la volonté de profiter des fruits de la prospection sans payer les commissions<sup>3102</sup> alors que le régime du mandat autorisait la révocation *ad nutum* par le mandant. L'abus était difficile à démontrer et les indemnités rares<sup>3103</sup>. La théorie du mandat d'intérêt commun était aussi inefficace en raison de son caractère supplétif<sup>3104</sup>. C'est précisément cette situation que le législateur a trouvée moralement choquante et a voulu éviter en prévoyant une indemnité de cessation des relations au profit de l'agent commercial. C'est ce même objectif que poursuivait la jurisprudence pour les agents commerciaux avant l'adoption du statut et pour les représentants non statutaires, par l'élargissement de la notion de mandat d'intérêt commun aux cas où un mandataire intervient « *dans la création ou le développement de la clientèle de son mandant* »<sup>3105</sup>. Ainsi, Monsieur Grignon soutient que l'indemnité de fin de contrat a une fonction préventive d'abus et qu'en ne la subordonnant pas à une faute du mandant, le législateur a voulu faire assumer ce risque d'abus par l'ensemble des mandants des agents commerciaux<sup>3106</sup>. Il s'agirait de palier l'iniquité liée à la difficulté de prouver l'abus du mandant par une indemnisation systématique.

Cependant, pour l'auteur, le fondement idéologique n'est pas suffisant car l'équité est potentiellement extensive et ne ferait qu'inspirer la règle juridique qui, ensuite existerait en tant que telle et révélerait un « *fondement technique* » à travers ses conditions d'application<sup>3107</sup>. L'auteur constate alors que l'effet commun de la cessation de la relation pour les VRP et agents commerciaux est la conservation, par le mandant, de la

---

<sup>3098</sup> GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 215 à 234.

<sup>3099</sup> *Ibid.*, n° 179 – V. également : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 1016.

<sup>3100</sup> V. par ex. : Com. 20/05/1969 : B. n° 188 ; JCP 1970.II.16189 bis, P. Level, « *la cour d'appel, après avoir rappelé la progression des affaires réalisées par Chary, d'abord insignifiantes pendant deux ans, puis notables au cours de l'année ayant immédiatement précédé la résiliation, a constaté que "la résiliation a eu pour effet de le priver, au moment où ils commençaient à devenir rémunérateurs, des résultats qu'il était en droit d'attendre de ses efforts et frais de prospection"* ; qu'elle a ainsi précisé quel était le préjudice dont elle ordonnait la réparation et dont elle a souverainement évalué l'importance »

<sup>3101</sup> GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 179 s. – HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris 2, 1973, n° II-161.

<sup>3102</sup> GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 182 s.

<sup>3103</sup> *Ibid.*, n° 182.

<sup>3104</sup> *Ibid.*, n° 183.

<sup>3105</sup> *Supra* n° 705 et 730.

<sup>3106</sup> GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 182.

<sup>3107</sup> *Ibid.*, n° 190, 233 et 185 à 190.

clientèle révélée par l'activité de prospection<sup>3108</sup>. Il propose donc de retenir comme fondement technique « *la conservation juridique d'une clientèle* », fondement qui serait confirmé par le fait que l'indemnité n'est accordée qu'aux personnes exerçant une activité de représentation commerciale (prospection d'une clientèle et prise d'ordres) parfaite (les courtiers et commissionnaires étant exclus) à titre principal<sup>3109</sup>. Le fondement de l'indemnité serait ainsi de « *réparer la perte de revenus de l'agent commercial [...] après la cessation d'une relation contractuelle que l'on présume donner lieu à un enrichissement injuste du représenté* » car celui-ci conserve juridiquement la clientèle prospectée<sup>3110</sup>.

Ce fondement est critiquable. En effet, l'indemnité est due même lorsqu'aucune clientèle n'a été créée ou développée par l'argent<sup>3111</sup> et inclut des rémunérations non tirées de la clientèle (rémunération des prestations logistiques par exemple)<sup>3112</sup>. Or, la conservation juridique de la clientèle par le mandant et l'enrichissement injuste qui en résulterait ne permet pas de justifier ces solutions.

**808. Garantie légale d'un risque de ne plus disposer de revenus en raison d'une cessation involontaire de la relation.** Plutôt que d'analyser l'indemnité du côté du mandant, il paraît plus pertinent de la considérer du côté de l'agent et de constater qu'elle le garantit contre un risque de ne plus disposer de revenus suite à un événement indépendant de sa volonté : la cessation de la relation à l'initiative du mandant, un âge, une infirmité ou une maladie rendant non raisonnable la poursuite de son activité. La référence à un enrichissement injuste du représenté est alors inutile et le fondement apparaît résider dans une obligation légale imposée au mandant de garantir l'agent contre le risque de ne plus disposer de revenus en raison d'une cessation subie de sa relation, garantie qui, en cas de décès, couvre les ayants droit<sup>3113</sup>. La jurisprudence analyse d'ailleurs l'indemnité comme un substitut de rémunération ce qui entraîne son assujettissement à l'impôt<sup>3114</sup>. Pour l'administration fiscale « *l'indemnité [...] représente pour l'agent commercial l'indemnisation de la perte de ses recettes professionnelles à la suite de la rupture de son contrat* », si bien qu'elle « *doit être, en principe, imposée comme un produit courant* »<sup>3115</sup>. Il est de même pour le VRP.

#### **a.4 - Le fondement téléologique de l'indemnité de clientèle du VRP**

**809. Intérêt commun.** Le fondement de l'indemnité de clientèle du VRP ne réside pas dans l'intérêt commun, puisqu'elle est due en cas de non renouvellement d'un contrat à durée déterminée et en cas de résiliation d'un contrat à durée indéterminée pour une cause légitime distincte de la faute grave.

**810. Enrichissement sans cause.** Le fondement de l'enrichissement sans cause doit également être écarté

---

<sup>3108</sup> *Ibid.*, n° 215 s.

<sup>3109</sup> *Ibid.*, n° 216 à 234.

<sup>3110</sup> *Ibid.*, n° 236.

<sup>3111</sup> *Supra* n° 767.

<sup>3112</sup> *Supra* n° 769.

<sup>3113</sup> Le fait que l'indemnité soit due en cas de suicide de l'agent est compatible avec ce raisonnement. En effet, il peut être soutenu que le suicide, s'il est une cessation volontaire de la vie, n'est pas une cessation volontaire de la relation de distribution. En se suicidant, l'agent cherche, *a priori*, à mettre fin à sa vie et non à la relation de distribution. La cessation de la relation n'est qu'une conséquence involontaire du suicide, comme elle est une conséquence involontaire de l'incapacité totale de travail. Par ailleurs, en raisonnant à partir des ayants droit, il n'est pas distingué selon que le décès de l'agent est volontaire ou non et le risque de perte de revenus est identique.

<sup>3114</sup> La Cour de cassation a jugé que cet assujettissement ne constituait pas un préjudice réparable susceptible de justifier la prise en compte de frais de remploi dans le calcul de l'indemnité ce qui renforce le caractère de substitut de rémunération : Com. 15/09/2009 : n° 08-16696 ; B. n° 108 ; D. 2009, 2279, E. Chevrier ; CCC 2009, 263, N. Mathey ; RLDA 2009, 2628, M. Bourdeau et P. Grignon.

<sup>3115</sup> Rescrit n° 2006/26 (FP) du 28/03/2006 : LELOUP (J.-M.), *La patrimonialité du contrat d'agence commerciale*, D. 2006, p. 1882.



car l'enrichissement du mandant trouve sa cause dans le contrat<sup>3116</sup>.

**811. Prix d'une cession de clientèle.** De même, contrairement à ce que pourrait laisser croire les termes d'« *indemnité de clientèle* » et de « *clientèle apportée* » utilisées par la loi<sup>3117</sup>, le VRP n'a aucune clientèle propre car, par l'effet de la représentation, la clientèle qu'il prospecte est directement et exclusivement attachée au mandant<sup>3118</sup>. La Cour de cassation a ainsi jugé que « *l'indemnité n'est pas le prix de la cession d'une clientèle qui serait passée du patrimoine du représentant dans celui de son employeur* »<sup>3119</sup>.

**812. Conservation juridique d'une clientèle.** Pour Monsieur Grignon l'indemnité du VRP et de l'agent commercial procédaient d'un même fondement. Il soutient que malgré la distinction juridique apparente des préjudices réparés par les indemnités, l'indemnité de l'agent commercial « *n'est pas une "indemnité compensatrice du préjudice subi" mais, désormais, "une indemnité de clientèle"* » depuis que le statut l'accorde en cas de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée et en cas de cessation des relations à l'initiative de l'agent en raison de son âge, de son infirmité ou de sa maladie<sup>3120</sup>. Les préjudices seraient économiquement identiques<sup>3121</sup>, les indemnités ayant une unité de calcul (des années de commissions) et un *quantum* identique (2 années)<sup>3122</sup>. Les deux indemnités auraient ainsi un même fondement tiré de l'équité – la prévention d'un risque d'enrichissement moralement injuste du représentant – et un même fondement technique – la conservation juridique d'une clientèle par le mandant –<sup>3123</sup>. Ce raisonnement est critiquable.

Tout d'abord, le rapprochement n'apparaît pas pertinent puisque l'indemnité du VRP suppose l'apport, la création ou le développement d'une clientèle alors que l'indemnité de l'agent commercial est due même en l'absence de création de clientèle<sup>3124</sup>.

Ensuite, alors que le préjudice résulte de la cessation même du contrat pour l'agent commercial, l'indemnité de clientèle du VRP suppose un préjudice spécifique qui a conduit notamment la jurisprudence à l'exclure pour les VRP rémunérés exclusivement par des appointements fixes et ceux qui ont pu continuer la représentation pour des produits identiques ou similaires auprès de la même clientèle<sup>3125</sup>.

Par ailleurs, l'assiette des indemnités est différente puisque l'indemnité de clientèle du VRP est exclusivement calculée sur les commissions hors frais professionnels et rémunération fixe<sup>3126</sup> alors que l'indemnité de l'agent commercial est calculée sur l'ensemble des sommes perçues (commissions, rémunération fixe, remboursement de frais, etc.)<sup>3127</sup>.

---

<sup>3116</sup> Monsieur Revet analyse l'indemnité comme la correction d'un déséquilibre entre la rémunération versée au salarié pour son travail et le résultat de son travail (REVEL (F.), *La force de travail*, BDE, t. 28, Litec, 1992, n° 260). Le contrat de travail ayant comme objet la force de travail et non le résultat du travail, l'enrichissement de l'employeur par la clientèle créée serait donc sans cause. Cependant, comme le note Monsieur Grignon, « *en admettant que l'indemnité de clientèle ait pour objet la correction d'un déséquilibre entre le profit procuré par le travail du salarié et le salaire qui rémunère sa mise en œuvre, son bénéfice devrait, alors, être accordé au représentant de commerce qu'elles que soit les causes de la rupture de la relation contractuelle* » (GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 143) or ce n'est pas le cas (*supra* n° 761).

<sup>3117</sup> C. trav. art. 7313-13 – *Supra* n° 761.

<sup>3118</sup> Dans ce sens : PASQUIER (I), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 182 – Sur la question : *supra* n° 119 et 170.

<sup>3119</sup> Soc. 16/07/1998 : n° 93-20489 – Soc. 02/12/1964 : B. n° 811 – Soc. 21/10/1964 : B. n° 689 – Soc. 17/06/1964 : B. n° 521 – Soc. 17/06/1960 : B. n° 656.

<sup>3120</sup> GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 32 s. et n° 84 s.

<sup>3121</sup> *Ibid.*, n° 89 s.

<sup>3122</sup> *Ibid.*, n° 92 s.

<sup>3123</sup> *Ibid.*, n° 235.

<sup>3124</sup> *Supra* n° 761 et 767.

<sup>3125</sup> *Supra* n° 761 et 767.

<sup>3126</sup> *Supra* n° 763.

<sup>3127</sup> *Supra* n° 769.

Le fondement de la conservation juridique de la clientèle n'explique pas non plus l'exclusion de l'indemnité pour le VRP rémunéré exclusivement par des appointements fixes<sup>3128</sup> et pour le VRP qui a pu continuer à prospecter la même clientèle pour des produits et services identiques ou similaires<sup>3129</sup>. Dans ces deux cas, la clientèle est bien juridiquement conservée par le mandant et l'indemnité est pourtant écartée<sup>3130</sup>.

Enfin, ce fondement n'explique pas la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui retient que l'indemnité de clientèle du VRP, l'indemnité de licenciement et l'indemnité de mise à la retraite, réparent le même préjudice subi par le salarié du fait de son départ de l'entreprise<sup>3131</sup>.

**813. Mode de calcul alternatif de l'indemnité de licenciement.** Lors de la création de l'indemnité des VRP, l'intention du législateur était clairement de lutter contre les pratiques qu'il jugeait abusives consistant pour des mandants, dans le but d'économiser les commissions, à rompre les contrats de représentation commerciale au moment où ils commençaient à porter leurs fruits pour les représentants<sup>3132</sup>. Ainsi, comme le retient la Cour de cassation, indemnité de clientèle et indemnité de licenciement, même si leur quantum et assiette diffèrent, ont toutes les deux pour objet de compenser un préjudice résultant d'une perte de rémunérations dans l'avenir. L'indemnité de clientèle et l'indemnité de licenciement peuvent donc être analysées comme des modes de calcul alternatifs d'une même indemnité. L'indemnité de clientèle est ainsi la traduction d'un avantage salarial conféré au VRP en raison de son apport, de sa création ou de son développement de clientèle au profit de l'employeur<sup>3133</sup>, avantage qui réside dans la possibilité d'obtenir une indemnité supérieure à l'indemnité de licenciement ou de percevoir une indemnité alors qu'aucune indemnité de licenciement n'est due faute d'ancienneté suffisante.

**814. Conclusion.** Finalement, l'indemnité de clientèle des VRP peut s'analyser en une modalité particulière d'exécution de l'obligation légale imposée à l'employeur de garantir son salarié contre le risque de ne plus disposer, de façon involontaire, de revenus réguliers dans l'avenir. Ce fondement se retrouve également dans l'indemnité de résiliation du gérant-mandataire du Code de commerce.

#### **a.5 - Le fondement téléologique de l'indemnité de résiliation du gérant-mandataire du Code de commerce**

**815. Ambiguïté.** Les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption du statut du gérant mandataire ne précisent pas expressément les raisons de l'indemnité du en cas de résiliation par le mandant, sauf faute

---

<sup>3128</sup> *Supra* n° 761. – Monsieur Grignon reconnaît l'échec de son fondement à expliquer cette solution et critique donc la solution (GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 237).

<sup>3129</sup> *Supra* n° 761.

<sup>3130</sup> Etrangement, si Monsieur Grignon admet que le fondement ne permet pas d'expliquer le refus de l'indemnité au VRP rémunéré exclusivement par des appointements fixes (GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 237), il voit dans son exclusion pour le représentant continuant à prospecter pour un autre employeur la même clientèle pour les mêmes produits (n° 234), une confirmation de ce fondement. Or, dans ce cas, il y a bien une conservation juridique de la clientèle par le mandant.

<sup>3131</sup> *Supra* n° 762. – Monsieur Grignon explique cette solution par une simple règle technique de conciliation entre les indemnités (GRIGNON (P.), *Le fondement...*, *op. cit.*, n° 50).

<sup>3132</sup> Sénat JO Déb. 16/03/1937, p. 302 et 331, Monsieur G. Rogé indiquait : « nous avons des employeurs qui ont exploité les voyageurs et représentants de commerce en les envoyant prospecter pendant quelque temps dans une région déterminée et en accordant ensuite la représentation soit à des parents, soit à des amis qui n'avaient fait aucun effort pour créer la clientèle [...] c'est contre ces abus que nous voulons réagir » – Sur la question : COLICHE (E.), *La condition des représentants, voyageurs et palciers du Commerce et d'Industrie*, SAIEN, 1938, p. 185 – Le préambule de l'accord interprofessionnel des VRP du 03/10/1975 reprend cette idée en présentant l'indemnité de clientèle comme une « garantie [qui] [...] permet à certains représentants de commerce licenciés avant d'avoir, par une exploitation d'une durée raisonnable, tiré les fruits de leur apport, de leur création ou d'un développement notable de clientèle, d'être équitablement dédommagés » (4°).

<sup>3133</sup> Lorsque le VRP a moins d'une année d'ancienneté, seule l'indemnité de clientèle sera due.

grave du mandataire.

Malgré son objectif d'éviction du droit du travail<sup>3134</sup>, le statut semble y tirer son inspiration : il prévoit une indemnité forfaitaire de résiliation sauf faute grave, une rémunération minimale et la conclusion d'accords-cadres dont la ressemblance avec conventions collectives a été soulignée<sup>3135</sup>.

Mais le législateur avait surtout à l'esprit le droit de l'agence commerciale. En effet, dans les travaux préparatoires la situation du gérant-mandataire est comparée à celle de l'agent commercial<sup>3136</sup> et alors que le projet de loi initial prévoyait d'exclure l'indemnité de résiliation en cas de faute lourde, un amendement qualifié par ses auteurs de « *purement rédactionnel* » a été adopté pour lui substituer la notion de faute grave au motif qu'elle serait « *plus appropriée au droit commercial* » par rapport à « *la notion de "faute lourde", très spécifique au droit du travail et, du reste, reconnue comme telle par la jurisprudence* »<sup>3137</sup>. Les arguments sont erronés<sup>3138</sup> mais l'amendement révèle que le législateur, s'agissant de l'indemnité de résiliation, a eu l'intention de s'écarter du droit du travail et de se rapprocher du droit de l'agence commerciale puisqu'il s'agit des seules dispositions du Code de commerce faisant référence à une notion de *faute grave* à propos de l'indemnisation d'une résiliation<sup>3139</sup>.

Finalement, le législateur aboutit sur ce point, sans doute malgré lui, à aligner le régime de la gérance-mandat autant sur le droit de l'agence commerciale que sur celui du travail. L'indemnité se rapproche en effet de celle de l'agent commercial et de l'indemnité de licenciement puisqu'elle est automatique et détachée de tout rapport avec la création, le maintien ou le développement de la clientèle de la succursale. Elle s'en distingue néanmoins car elle n'est prévue qu'en cas de résiliation<sup>3140</sup>.

**816. Conclusion.** L'indemnité peut en tout cas être analysée *a minima* comme procédant d'une obligation légale à la charge du mandant de garantir le gérant contre le risque de ne plus disposer de revenus réguliers suite à une résiliation de son contrat qu'il n'a ni voulue, ni provoquée (faute grave).

Cette obligation de garantie est cependant moins étendue que celle due aux agents généraux d'assurance.

#### **a.6 - Le fondement téléologique des indemnités de cessation de relation des agents généraux d'assurance**

**817. Compensation de la perte des commissions futures.** L'indemnité de l'agent général d'assurance ne peut être rattachée à l'intérêt commun puisqu'elle est due même en cas de cessation du mandat pour une cause légitime. Elle ne procède pas non plus d'un enrichissement sans cause puisque l'enrichissement du

---

<sup>3134</sup> *Supra* n° 206.

<sup>3135</sup> DISSAUX (N.), *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, D. 2010, p. 667 s., n° 20 et s.

<sup>3136</sup> « *il convient de relever que si l'indépendance de l'agent commercial est reconnue en égard au fait qu'il assure la négociation de contrats dont l'exécution incombe principalement au mandant, il est pourtant contraint de suivre strictement des directives contraignantes que celui-ci lui fixe et qui ne sont guère éloignées de celles fixées au gérant-mandataire* » (Rapport fait au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan du Sénat sur le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises par M. Gérard CORNU, 11/05/2005, p. 88).

<sup>3137</sup> Rapport fait au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan du Sénat sur le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises par M. Gérard CORNU, 11/05/2005, p. 91.

<sup>3138</sup> Tout d'abord, la notion de faute lourde n'est pas spécifique du droit du travail puisqu'elle est connue depuis longtemps en droit commun des contrats pour rendre inefficaces les clauses limitatives de responsabilité (voir par exemple : Com. 29/06/2010, *Forecia 3* : n° 09-11841 ; B. n° 115). Ensuite, la faute grave correspond justement à la faute permettant, en droit du travail, de faire exception à l'octroi de l'indemnité de licenciement (*supra* n° 758). Enfin, les notions de faute grave et de faute lourde ne sont identiques si bien que l'amendement n'est pas purement rédactionnel mais, au contraire, substantiel.

<sup>3139</sup> Dans ce sens : FERRIER (N.), *Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005*, PA 26/05/2006, p. 4 s., n° 32, « *par cette disposition, le nouveau statut rappelle celui de l'agent commercial et montre encore son caractère hybride* ».

<sup>3140</sup> *Supra* n° 771.

mandant trouve sa cause dans le traité de nomination de l'agent. Les statuts prévoient d'ailleurs expressément un « *droit de propriété de la société [d'assurance] sur le portefeuille de l'agence générale* »<sup>3141</sup> et le protègent généralement en prévoyant une obligation de non-concurrence post mandat qui ne peut disparaître qu'en cas de renoncement à l'indemnité<sup>3142</sup>. L'agent n'ayant aucun droit de propriété sur la clientèle, l'indemnité ne peut pas non plus correspondre à sa cession ou perte.

Comme le précise expressément le statut IARD, il s'agit pour l'agent général d'une « *indemnité compensatrice des droits de créances qu'il abandonne sur les commissions afférentes au portefeuille de l'agence générale d'assurances dont il est titulaire* » lorsqu'il cesse de représenter la société d'assurance sans céder son agence<sup>3143</sup>. Comme pour les autres indemnités, cette perte de commission est présumée car il n'est pas tenu compte de la situation réelle de l'agent après la cessation d'activité. Or l'agent peut parfaitement cesser son activité pour la remplacer par une autre qui compensera cette perte.

**818. Conclusion.** L'indemnité procède d'une obligation du fournisseur de garantir l'agent d'assurance contre un risque de perte de revenus en raison de la cessation de son activité de distribution sans cession.

## CONCLUSION

**819. Fondement téléologique des indemnités.** Finalement, les indemnités de fin de relation procèdent d'un même fondement téléologique : obliger le fournisseur à garantir le distributeur contre le risque de ne plus disposer de revenus réguliers à l'avenir en raison de la cessation d'une relation de distribution, cessation qu'il n'a, en principe, ni voulue (absence de cessation à son initiative par démission, résiliation, refus de conclusion d'un contrat, incapacité, etc.), ni provoquée (faute grave).

Cette garantie est cependant plus ou moins large selon les indemnités : la moins étendue est octroyée seulement au distributeur en cas de résiliation par le fournisseur non justifiée par une faute grave (indemnité du gérant-mandataire du Code de commerce et la plus étendue l'est à la fois au distributeur et à ses ayants droit dans tous les cas de cessation de la relation sauf si l'activité a pu être cédée (indemnité de l'agent général d'assurance). La mise en évidence du fondement technique des indemnités de cessation de relation révélera que ces différences caractérisent des degrés différents de compensation de l'impossibilité de patrimonialiser l'activité de distribution.

### **b - Le fondement technique des indemnités de cessation de relation révélé par leur analyse globale**

**820. Présentation.** L'analyse des indemnités de fin de relation prises individuellement a fait apparaître un même fondement téléologique résidant dans une garantie légale du risque du distributeur de ne plus disposer de revenus réguliers en raison de la cessation involontaire de la relation de distribution, voire dans toutes les hypothèses de cessation de cette relation. L'analyse de ces indemnités considérées ensemble permettra de faire émerger leur fondement technique, c'est-à-dire les raisons qui ont conduit le législateur ou

---

<sup>3141</sup> Statut IARD, art. 28, statut VIE, art. 22 et Convention de 1996, II-D, 1) « *l'entreprise d'assurances détient la propriété du portefeuille confié à l'agent général* ».

<sup>3142</sup> Statut IARD, art. 26 et Convention de 1996, II-D-5-c.

<sup>3143</sup> Statut IARD, art. 20 et 21.

la jurisprudence à imposer une telle garantie.

**821. Plan.** Après avoir constaté l'indifférence de nombreuses circonstances sur l'octroi des indemnités de cessation de relation (b.1) il apparaîtra que leur fondement technique réside dans l'impossibilité juridique de patrimonialiser l'activité de distribution (b.2).

### **b.1 - Les éléments indifférents à l'octroi d'une indemnité**

**822. Personnalité morale.** L'existence d'une personne morale est sans incidence sur l'octroi d'une indemnité de cessation de relation, celle-ci existant pour l'agent commercial, le gérant-mandataire du Code de commerce et l'agent général d'assurance alors qu'ils peuvent être des personnes morales<sup>3144</sup>. Par ailleurs, l'existence d'une personne morale n'exclut pas l'octroi d'une indemnité par le droit du travail aux personnes physiques qui la gèrent<sup>3145</sup>.

**823. Nature du contrat.** La nature du contrat est également indifférente. Ainsi, la qualité de gérant de succursale suppose la réunion de facteurs de dépendance indépendamment de la qualification du contrat liant le distributeur ou fournisseur<sup>3146</sup>. L'indemnité n'est donc pas réservée au louage de services et au mandat, elle peut également s'appliquer à la commission ou à la revente.

**824. Lien de subordination.** Par ailleurs, une indemnité est accordée à la fois à des distributeurs liés par un contrat de travail de droit commun, à d'autres soumis au droit du travail sans lien de subordination (gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaires, VRP)<sup>3147</sup> et à des distributeurs considérés comme indépendants, ne pouvant être liés par un contrat de louage de services (agents commerciaux, gérants-mandataires du Code de commerce et agents généraux d'assurance)<sup>3148</sup>.

**825. Statut de commerçant et risques assumés.** Il a été soutenu que l'absence d'indemnité de cessation de relation était justifiée par la soumission aux risques inhérents à toute activité commerciale<sup>3149</sup>.

Cependant une indemnité de cessation de relation est accordée aux gérants de succursales et aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire alors même qu'ils peuvent avoir la qualité de commerçants<sup>3150</sup>. Par ailleurs, si l'activité d'agence commerciale a été qualifiée d'activité civile par la jurisprudence, le fait qu'elle devienne commerciale car elle est exercée par une personne morale commerciale par la forme<sup>3151</sup> n'exclut pas l'indemnité. La qualité de commerçant est donc indifférente dans l'attribution de l'indemnité de cessation de relation.

La charge des risques n'est pas non plus pertinente. En effet, une indemnité de cessation de relation est prévue à la fois aux distributeurs salariés de droit commun ne courant pratiquement aucun risque<sup>3152</sup> et aux agents commerciaux qui peuvent courir, outre l'ensemble des risques liés à leur activité professionnelle

---

<sup>3144</sup> *Supra* n° 184 et 202.

<sup>3145</sup> *Supra* n° 81 et 225.

<sup>3146</sup> *Supra* n° 224.

<sup>3147</sup> *Supra* n° 234 (gérant de succursale), 265 (gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire) et 289 (VRP).

<sup>3148</sup> *Supra* n° 181 (agent commercial), 202 (agents généraux d'assurance) et 206 s. (gérant-mandataire du Code de commerce).

<sup>3149</sup> BUHAGIAR (T.), *Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive ?*, JCP CI 1975.II.11636, n° 4.

<sup>3150</sup> *Supra* n° 240 (gérant de succursale) et 268 s. (gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire).

<sup>3151</sup> Sur la question : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 938 s.

<sup>3152</sup> Leur rémunération peut être totalement fixe, ils sont remboursés de l'ensemble de leurs frais professionnels et n'engagent leur responsabilité à l'égard de l'employeur et des tiers qu'à des conditions très strictes (*supra* n°113 s. et 539 s.).

d'agence<sup>3153</sup>, des risques liés aux contrats conclus notamment s'ils se sont portés du croire<sup>3154</sup>.

Inversement, le locataire-gérant court les risques de l'exploitation et de l'entreprise sans bénéficier d'une indemnité de cessation de relation. De même, un franchiseur ou concédant, qu'il prenne à sa charge une partie des risques de l'exploitation et de l'entreprise de son distributeur (prêts gratuits des éléments d'exploitation au distributeur, aides diverses pour couvrir les pertes, reprise des invendus, etc.) ou, au contraire, lui les laisse l'ensemble de ces risques, n'a pas à lui verser une indemnité de cessation de relation.

**826. Influence du distributeur sur la clientèle du fournisseur.** Le rôle du distributeur dans la création ou le développement de la clientèle du fournisseur n'a pas non plus d'incidence sur l'octroi d'une telle indemnité. En effet, une indemnité de cessation de relation est due aux distributeurs salariés de droit commun, aux gérants de succursales, aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire, aux gérants-mandataires du Code de commerce et aux agents commerciaux sans condition d'apport, de création ou de développement de la clientèle. Une indemnité de licenciement est également due au VRP qui n'a pas développé la clientèle de son mandant. Même une destruction de clientèle, à condition qu'elle ne puisse être rattachée à une faute grave ou lourde, ne prive pas ces distributeurs d'une indemnité de cessation de relation mais est seulement susceptible de réduire indirectement son montant.

Inversement, le concessionnaire, le franchisé, le commissionnaire-affilié ou le locataire-gérant qui auront développé la clientèle du fournisseur et, en particulier, la clientèle liée aux signes distinctifs de celui-ci, ne bénéficient d'aucune indemnité de cessation de relation.

**827. Facteurs de dépendance du distributeur.** L'existence d'une indemnité de fin de contrat ne procède pas non plus de la réunion de facteurs de dépendance spécifiques.

En effet, l'exclusivité ou quasi-exclusivité d'activité pour un seul fournisseur requise pour les gérants de succursale ne se retrouve pas pour les agents commerciaux, les VRP et les gérants-mandataires du Code de commerce. L'agent commercial, le VRP et le gérant-mandataire du Code de commerce pourra travailler pour plusieurs fournisseurs non concurrents et même concurrents avec l'autorisation du mandant<sup>3155</sup>, sans perdre son droit à une indemnité de cessation de relation. De plus, l'agence commerciale ou la gérance-mandat du Code de commerce n'ont pas à être l'activité principale du distributeur<sup>3156</sup>.

De même, l'imposition des prix et conditions de ventes n'est pas une condition nécessaire à l'indemnité de l'agent commercial, la jurisprudence exige, au contraire, qu'il ait un pouvoir de négociation avec les clients sur ces éléments pour relever du statut<sup>3157</sup>. Elle n'est pas non plus une condition nécessaire au statut de gérant-mandataire du Code de commerce qui peut parfaitement rester maître de ses prix de vente.

L'absence de fourniture ou d'agrément d'un local est encore totalement indifférente à l'octroi de l'indemnité de l'agent commercial et du VRP.

Considérons par exemple la situation d'un revendeur franchisé soumis aux obligations suivantes : utiliser

---

<sup>3153</sup> Le contrat peut valablement exclure tout remboursement des frais professionnels et des pertes, à l'exception de celles qui trouvent leur origine dans un élément d'exploitation dont la maîtrise a été conservée par le mandant (*supra* n° 194).

<sup>3154</sup> *Supra* n° 194 et 307.

<sup>3155</sup> Pour l'agent commercial : C. com. art. L. 134-3 – Pour le VRP : C. trav. art. L. 7313-6.

<sup>3156</sup> Pour l'agence commerciale, l'exercice à titre accessoire ouvre simplement une possibilité de renonciation au statut (C. com. art. L. 134-15). Rien n'est prévu pour les gérants-mandataires du Code de commerce (*supra* n° 210). En revanche, pour les gérants de succursale et les VRP, l'activité doit être exercée à titre principal (*supra* n° 228 et 292).

<sup>3157</sup> *Supra* n° 186.

l'enseigne, le nom commercial et la marque de son franchiseur, distribuer exclusivement les produits (non alimentaires) fournis par ce dernier dans le respect des normes de commercialisation et de gestion imposées par le respect du savoir-faire et dans un local qu'il loue ou dont il est propriétaire, aménagé selon ces normes, pratiquer des prix inférieurs aux prix maximaux fixés par le franchiseur et se soumettre aux contrôles de ce dernier. Ce distributeur ne pourra être qualifié de salarié en raison notamment de sa liberté d'embauchage, de sa liberté d'organisation de ses horaires de travail et de son assumption des risques de l'activité. Il ne pourra pas non plus être qualifié de gérant de succursale, faute de prix imposés ; d'agent commercial, faute de mandat ; de gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire, faute de distribution de produits alimentaires et de gestion d'une succursale ; de VRP, faute d'activité de représentation commerciale et d'itinérance et enfin de gérant-mandataire du Code de commerce, faute de mandat, de versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires et en raison de sa propriété de certains éléments du fonds (stocks, matériel, aménagements, etc.). Ce distributeur ne bénéficiera pas d'une indemnité de fin de relation alors qu'il réunit autant voire plus de facteurs de dépendance qu'un agent commercial ou qu'un gérant-mandataire du Code de commerce.

En effet, l'agent commercial peut être libre du choix et de l'aménagement de son local, ne pas être soumis à des prix, normes et conditions de vente imposés, ne pas être tenu à une exclusivité de représentation, ne pas être tenu d'utiliser les signes distinctifs du mandant, ne pas être soumis à un contrôle de ce dernier, pouvoir librement recruter des salariés, se substituer des sous-agents et déterminer ses conditions de travail. L'ensemble de ces éléments n'excluent pas la qualification d'agent commercial et contribuent, au contraire, à son indépendance expressément posée par la loi<sup>3158</sup>.

S'agissant des gérants-mandataires, le Code de commerce n'impose pas que la « mission » fixée, le « cadre [...] tracé » par le mandant soit plus contraignant que celui imposé à un franchisé ou concessionnaire. Le statut prévoit la possibilité de normes de gestion et d'exploitation et de contrôles effectués par le mandant mais ces éléments ne sont pas des conditions de la qualification et ne modifient pas la nature du contrat<sup>3159</sup>. Il n'impose pas non plus d'exclusivité d'activité ou d'approvisionnement.

L'octroi d'une indemnité de cessation de relation apparaît ainsi déconnecté du degré de dépendance du distributeur. La constatation que l'indemnité concerne essentiellement des salariés et des mandataires conduit cependant à s'interroger si elle ne trouve pas son fondement dans l'impossibilité juridique du distributeur de patrimonialiser son activité de distribution.

## **b.2 - L'élément déterminant : l'impossibilité juridique de patrimonialiser l'activité**

**828. Hypothèse.** Les salariés et les mandataires ont en commun d'être considérés comme n'ayant pas de clientèle propre en raison de leur agissement nom et pour le compte d'autrui. Il peut ainsi être posée l'hypothèse que l'indemnité de cessation de relation serait accordée aux distributeurs ne pouvant juridiquement être titulaires d'un fonds de commerce et viendrait donc compenser leur impossibilité de

---

<sup>3158</sup> C. com. art. L. 134-1.

<sup>3159</sup> C. com. art. L. 146-1, les « normes de gestion et d'exploitation » sont précisées « le cas échéant », tout comme les « modalités du contrôle susceptible d'être effectué » (al. 2).

transformer leur travail en capital, de patrimonialiser leur activité<sup>3160</sup>. Cette hypothèse est renforcée par le fait que l'indemnité est écartée lorsque le mandant a permis au mandataire de céder son activité en lui présentant un successeur qu'il a accepté. C'est le cas pour le VRP<sup>3161</sup>, l'agent commercial<sup>3162</sup> et les agents généraux d'assurance<sup>3163</sup>.

**829. Méthode de vérification.** Cette hypothèse est vérifiée si les distributeurs bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation ne peuvent être titulaires de fonds de commerce et si, au contraire, les distributeurs n'en bénéficiant pas, peuvent être considérés comme exploitant une clientèle qui leur est propre et ainsi être reconnus propriétaire d'un fonds de commerce.

L'absence de clientèle propre des distributeurs salariés de droit commun et des mandataires relevant ou non du droit du travail (VRP, gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire, agents commerciaux, agents généraux d'assurance, gérants-mandataires du Code de commerce) est généralement admise par la jurisprudence et une grande partie de la doctrine<sup>3164</sup>.

Reste cependant à la vérifier pour les exploitants non mandataires remplissant les conditions du statut des gérants de succursales ou du statut des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire et pour les autres distributeurs. Se pose alors la question délicate et incertaine des critères d'attribution de la propriété du fonds de commerce. En effet, la doctrine raisonne généralement à partir de l'arrêt *Trévisan* que la jurisprudence semble pourtant avoir remis en cause<sup>3165</sup>.

**830. Modes d'attribution du fonds de commerce.** Deux modes d'attribution du fonds s'opposent donc.

Le premier, découlant de l'arrêt *Trévisan*, attribue la propriété d'un fonds à tout distributeur qui crée une clientèle locale par son activité, avec des moyens corporels (matériel, stock etc.) et incorporels (bail, marque, etc.) dont il est propriétaire ou qui sont simplement mis à sa disposition et qu'il met en œuvre à ses risques et périls, en contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, à la condition peut-être que le fournisseur leur reconnaisse le droit de disposer des éléments constitutifs de ce fonds<sup>3166</sup>.

Le second mode, découlant de la jurisprudence classique, maintenue après l'arrêt *Trévisan*, attribue la propriété d'un fonds à tout distributeur disposant d'une clientèle propre et ne subissant pas de contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité, c'est-à-dire disposant d'une autonomie de gestion<sup>3167</sup>.

Les deux modes seront successivement appliqués.

**831. Application du premier mode d'attribution du fonds de commerce.** En appliquant le second mode d'attribution du fonds de commerce, les distributeurs non mandataires remplissant les conditions du statut des gérants de succursales ne devraient pas être reconnus titulaires d'un fonds de commerce même

---

<sup>3160</sup> Rapp. : LELOUP (J.-M.), *Intervention du Bâtonnier Jean-Marie Leloup*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4176, « la distinction fondamentale est celle des opérateurs qui agissent pour leur propre compte et des opérateurs qui agissent pour le compte d'autrui. Les seconds sont bien des opérateurs du marché mais ne peuvent prétendre à la maîtrise de la part de marché qu'ils constituent. Ils ne peuvent donc, quand ils se retirent du marché, battre monnaie de la cession de la part de marché créée par leur activité. Il faut donc qu'ils soient indemnisés par l'entreprise au profit de laquelle ils ont oeuvré. Le principe général de cette indemnisation n'est pas affirmé explicitement, mais les efforts créateurs de la loi et de la jurisprudence concourent à imposer que celui qui a agi pour le compte d'autrui et se trouve donc en fin de contrat dépossédé du résultat de ses efforts reçoive une indemnisation ».

<sup>3161</sup> *Supra* n° 761.

<sup>3162</sup> *Supra* n° 766.

<sup>3163</sup> *Supra* n° 774.

<sup>3164</sup> *Supra* n° 117 s., 170, 191, 204 et 210.

<sup>3165</sup> *Supra* n° 452 s.

<sup>3166</sup> *Supra* n° 429 s.

<sup>3167</sup> *Supra* n° 397 s. et 453.



s'ils sont titulaires du bail du local, propriétaires du matériel, des stocks et des signes distinctifs. En effet, l'exigence de conditions et prix de vente imposés, condition d'application du statut, devrait être analysée comme des contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité<sup>3168</sup>.

S'agissant des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire, l'absence de propriété des éléments corporels et incorporels composant la succursale<sup>3169</sup> devrait s'opposer à la reconnaissance d'une propriété du fonds de commerce<sup>3170</sup> surtout si s'ajoutent des prix de vente imposés, possibilité expressément envisagée par le statut<sup>3171</sup>.

Tous les distributeurs bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation ne pourraient donc avoir de clientèle propre et patrimonialiser leur activité en créant un fonds de commerce.

Cependant, ce mode d'attribution conduit également à reconnaître l'absence propriété d'un fonds de commerce à un certain nombre de distributeurs – les franchisés et les concessionnaires en particulier – en raison des multiples contraintes sur leur activité<sup>3172</sup>. Par ailleurs, par définition, le locataire-gérant n'est pas propriétaire du fonds de commerce qu'il exploite et ne bénéficie pourtant pas d'une indemnité de cessation de relation. L'hypothèse doit donc être infirmée.

**832. Application du second mode d'attribution du fonds de commerce.** Il reste donc à savoir si l'application des critères de l'arrêt *Trévisan* permet de valider l'hypothèse.

Les distributeurs satisfaisant les conditions des statuts travailistes des gérants sans avoir la qualité de mandataires remplissent une partie de ces critères puisqu'ils contractent à titre personnel avec leurs fournisseurs et prêteurs de deniers et mettent en œuvre des moyens dont ils sont propriétaires ou qui sont mis à leur disposition.

Les critères déterminants résident alors dans la mise en œuvre de ces moyens à leurs risques et périls et, peut-être, dans la reconnaissance de la libre disposition du fonds par le fournisseur. Il a été constaté que ces deux critères étaient incertains, le degré de risques et périls requis n'étant notamment pas précisé<sup>3173</sup>. Il peut néanmoins être remarqué que l'application des statuts travailistes réduisent considérablement les risques et périls encourus par les gérants en leur garantissant notamment un revenu minimal égal au SMIC pouvant seulement être amputé, pour les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire, d'un éventuel déficit d'inventaire mis contractuellement à leur charge, et, peut-être, de charges relatives aux remplaçants et salariés qu'ils ont embauchés librement<sup>3174</sup>. Le degré de risques et périls est ainsi nettement inférieur à celui des franchisés<sup>3175</sup> et pourrait donc s'opposer à la propriété du fonds.

L'ensemble des distributeurs bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation seraient ainsi dans l'impossibilité d'être juridiquement propriétaires d'un fonds de commerce.

Au contraire, l'application des critères de l'arrêt *Trévisan* conduit à reconnaître la propriété d'un fonds aux franchisés, aux concessionnaires, voire aux courtiers et commissionnaires, sous réserve que la condition

---

<sup>3168</sup> *Supra* n° 405 s.

<sup>3169</sup> *Supra* n° 263.

<sup>3170</sup> *Supra* n° 405 s.

<sup>3171</sup> *Supra* n° 265.

<sup>3172</sup> *Supra* n° 457.

<sup>3173</sup> *Supra* n° 435 s. et 450.

<sup>3174</sup> *Supra* n° 547 s.

<sup>3175</sup> *Supra* n° 152 s. et 558 s.

incertaine de reconnaissance de la libre disposition des éléments constitutifs du fonds ne s'y oppose pas. La validation de l'hypothèse se heurte cependant au locataire-gérant car il remplit tous les critères de l'arrêt *Trévisan* mais peut difficilement être considéré comme propriétaire d'un fonds qu'il loue, la condition de libre disposition a d'ailleurs été analysée comme permettant de réserver cette hypothèse<sup>3176</sup>.

**833. Conclusion.** Finalement, en retenant le raisonnement classique d'attribution de la propriété du fonds de commerce, l'hypothèse est infirmée et il semble impossible de trouver un fondement technique expliquant les indemnités de cessation de relation octroyées à certains distributeurs. En retenant le raisonnement de l'arrêt *Trévisan*, l'hypothèse ne peut être validée qu'en réservant la situation du locataire-gérant.

## CONCLUSION

**834. Fondements.** Pour apprécier la justification des différences de traitement constatées, il sera donc considéré que l'indemnité de cessation de clientèle a pour fondement technique l'impossibilité juridique de patrimonialiser une activité de distribution non exercée en location-gérance et pour fondement téléologique de garantir le distributeur contre le risque de ne plus disposer de revenus réguliers à l'avenir en raison d'une cessation involontaire de la relation de distribution, voire dans tous les cas de cessation. L'impossibilité de transformer le travail en capital valorisable par exploitation, cession ou location – d'être titulaire d'un fonds de commerce – est ainsi compensée par le versement d'un capital calculé en fonction du travail accompli (une indemnité de cessation de relation ayant pour assiette les revenus perçus en contrepartie du travail).

### ***2 – L'appréciation de la justification des différences de traitement au regard des fondements de l'indemnité de cessation de relation***

**835. Plan.** Il sera successivement apprécié l'aptitude des fondements dégagés à justifier les différences d'existence (1) et de modalités (2) des indemnités de cessation de relation.

#### **a - L'absence de justification des différences de traitement tenant à l'existence d'une indemnité de cessation de relation**

**836. Présentation.** Eu égard à ses fondements, l'absence d'indemnité de cessation de relation peut être justifiée par la possibilité pour les distributeurs concernés de patrimonialiser leur activité. Disposant d'un fonds de commerce qu'ils peuvent continuer à exploiter, faire exploiter (location-gérance) ou céder malgré la cessation de la relation de distribution, ils ne courraient pas un risque de perte de revenus pour l'avenir comparable à celui d'un distributeur ne pouvant être propriétaire d'un fonds de commerce.

En effet, un distributeur qui conserve sa clientèle malgré la cessation de la relation, peut continuer à l'exploiter (exploitation personnelle ou location-gérance) et donc continuer à percevoir des revenus réguliers. Il peut également la céder et percevoir alors un capital représentant l'espoir de revenus qu'il aurait pu tirer de cette exploitation. Au contraire, un salarié ou un mandataire, en cas de cessation de sa relation avec le donneur d'ordre, perd en même temps le droit d'exploiter la clientèle du donneur d'ordre et ne peut

---

<sup>3176</sup> *Supra* n° 440.

évidemment pas la céder, il est ainsi exposé à un risque de perte de revenus bien supérieur.

**837. Variétés des situations.** Il est vrai que certains distributeurs auxquels est reconnue la propriété d'un fonds de commerce pourront continuer à exploiter leur clientèle malgré la cessation d'une relation de distribution et ainsi de ne pas courir un risque important de perte de revenus.

Par exemple, un distributeur de fruits et légumes exerçant sous sa propre enseigne sans être affilié à une centrale d'achat qui subirait une cessation de sa relation avec un de ses fournisseurs pourra, en principe, en trouver un autre et conserver sa clientèle. L'octroi d'une indemnité de cessation de relation n'est alors pas justifié car le distributeur dispose d'un fonds de commerce substantiel que la cessation de la relation de distribution n'affecte pas.

Cependant, d'autres distributeurs se trouvent en réalité dans l'impossibilité de continuer à exploiter ou de céder le fonds dont ils sont pourtant juridiquement propriétaires. Tel est notamment le cas de nombreux franchisés, concessionnaires, commissionnaires-affiliés ou encore de certains courtiers.

**838. Cas des distributeurs intégrés.** En effet, il a déjà été exposé que le recours à la franchise, à la concession ou encore à la commission-affiliation plutôt qu'au succursalisme était d'ouvrir de multiples unités de distribution uniformes sans engager de fonds propres<sup>3177</sup>. Or, par l'effet de l'intégration des distributeurs, le client qui traite avec une unité de distribution exploitée en concession, franchise ou commission-affiliation ne perçoit pas de différence avec une succursale du fournisseur : il y retrouve les mêmes signes distinctifs, les mêmes produits, les mêmes services, la même présentation, des prix identiques ou comparables, etc. Il a l'impression de traiter avec le fournisseur et non avec le distributeur, comme s'il était dans une succursale. Ce n'est qu'en étudiant avec attention son ticket de caisse ou son contrat qu'il découvrira, souvent en dessous de l'enseigne ou du nom commercial du fournisseur, la précision qu'il a en réalité traité avec une personne juridique distincte. Le décret imposant au franchisé de faire mention de sa qualité à l'entrée de l'unité de distribution<sup>3178</sup> en dit long sur cette situation mais n'est d'aucun effet pour y remédier car le client n'a souvent que faire de cette mention et du statut de son distributeur. Il cherche avant tout le produit ou service répondant à son besoin et sait qu'il pourra, en principe, bénéficier de la garantie du fournisseur.

Par conséquent, en cas de cessation de la relation, la situation de ces distributeurs est économiquement comparable à celle d'un gérant de succursale, d'un gérant-mandataire, d'un agent commercial ou encore d'un VRP. L'exploitation ayant été intégralement conçue, organisée et gérée conformément aux normes du fournisseur, identifiée par ses signes distinctifs et les produits ou services distribués étant exclusivement ou quasi exclusivement ceux du fournisseur, la cessation de la relation remettra en cause l'ensemble de l'activité du distributeur<sup>3179</sup>. Celui-ci ne pourra plus distribuer les produits ou services du fournisseur ni utiliser ses

---

<sup>3177</sup> *Supra* n° 126.

<sup>3178</sup> C. com. art. A. 441-1, « toute personne vendant des produits ou fournissant des services, liée par un accord de franchise à un franchiseur, informe le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente ».

<sup>3179</sup> Dans ce sens notamment : BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37 s., p. 41, « si le contrat est rompu ou n'est pas renouvelé à son terme, il est rare que le concessionnaire ou le franchisé puisse se reconvertir facilement, ou même survivre (économiquement) » – CHAMPAUD (C.), *La concession commerciale*, RTD com. 1963, p. 451 s., n° 13 « le non-renouvellement du contrat signifiera peut-être sa ruine et en tous cas, la perte de la plus grande partie de sa propre clientèle ». – Voir également : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, n° 205 s.

signes distinctifs. Il devra détruire ses stocks à moins que le fournisseur n'ait accepté de les reprendre<sup>3180</sup>, faire disparaître les aménagements, le mobilier, le matériel et les outillages spécifiques à l'enseigne<sup>3181</sup> et cesser d'utiliser le savoir-faire qui lui a été transmis<sup>3182</sup>. Le distributeur n'aura donc plus la disposition de la plupart des éléments corporels (stocks, aménagements, mobilier, matériel) et incorporels (signes distinctifs) de son fonds de commerce. La poursuite de l'activité, si elle est possible, nécessitera une reconversion quasi totale puisqu'au mieux, seul le local, aménagements exclus, restera identique.

**839. Effet de la cessation de la relation sur la clientèle.** Ces changements affecteront nécessairement la clientèle. Celle-ci résulte en effet de la mise en œuvre des moyens d'exploitation et est liée à ceux-ci, en particulier, aux signes distinctifs et aux produits ou services distribués. Par conséquent, si les produits ou services, les signes distinctifs, l'aménagement et les conditions de commercialisation changent, la clientèle sera devra être reconstituée. Comme l'explique Monsieur de Boüard, « *pour déterminer à quel commerçant se rattache une clientèle déterminée, rien ne sert d'interroger le droit. C'est à l'économie et à la sociologie qu'il faut recourir, selon une démarche empirique. Appliquée en matière de contrat de distribution intégrée, une telle démarche révélera que dans la plupart des cas, c'est à l'intégrateur [le fournisseur] et non au distributeur intégré que se rattache la quasi-totalité de la clientèle exploitée par ce dernier* »<sup>3183</sup>.

La perte de la clientèle sera évidente si le fournisseur installe un nouveau distributeur à proximité de l'ancien. La perte sera certaine si une clause de non-concurrence post-contractuelle a été stipulée, ce qui est très fréquent<sup>3184</sup>.

Une partie de la doctrine conteste cependant l'importance donnée aux signes distinctifs<sup>3185</sup> et soutient ainsi que le distributeur garde « *une chance appréciable de conserver sa clientèle, car il est faux de dire que la clientèle suivra systématiquement le produit : [...] il n'est pas rare de voir un concessionnaire, auquel on*

---

<sup>3180</sup> Sur l'impossibilité du distributeur d'écouler des stocks de produits marqués en fin de relation, voir notamment : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 747 s. – DIAS (C.), *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Préf. I. Urbain-Parléani, PUAM, 2014, n° 1052 s. – LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012, n° 547 s. – LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, op. cit., n° 193 – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 674 s. – DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, n° 610 s. – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur...*, op. cit., p. 589 s. – BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 191 – MOUSSERON (J.-M.) et autres, *Droit de la distribution*, BDE, t. 4, Libr. tech., 1975, n° 331 s. – CABRILLAC (M.), *Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente*, D. 1964, chron. p. 181 s.

<sup>3181</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), op. cit., n° 741 s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 690 et 751 – DE BOÜARD (F.), op. cit., n° 272 s. – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, op. cit., n° 676 s. – V. également : STOFFEL-MUNCK (P.), *L'après-contrat*, RDC 2004, p. 159 s. – PASQUIER (I.), op. cit., n° 182.

<sup>3182</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 751 – Sur les clauses d'inutilisation du savoir-faire : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 681.

<sup>3183</sup> DE BOÜARD (F.), op. cit., n° 207 – Dans ce sens également : AMEEDÉ-MANESME (G.), *La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé et de l'impact de l'appartenance à un réseau en cas de cession de ce fonds de commerce*, JCP E 2010, 1110, n° 7 – MAZEAUD (D.), *Durées et ruptures*, RDC 2004, p. 129, spéc. n° 25, p. 148 – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré...*, op. cit., p. 564 – JAMIN (C.), *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 603, p. 466 – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 571 et n° 1404 – REVET (T.), *Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 s., n° 17 – LATI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, n° 541 – VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986, n° 297 – THREARD (J.), *Le statut légal du concessionnaire*, JCP CI 1977.II.12536, n° 22 s. – CHAMPAUD (C.), op. cit., n° 13. – V. également : GUYENOT (J.), *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, 1968, n° 391 s. – Pour la commission : DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 45, Litec, 2000, n° 827, « *il arrive, en fait, très fréquemment que la connaissance par les tiers-contractants de l'identité du commettant – que ce soit suite à une révélation du commissionnaire, suite à une apposition de marque sur le produit, ou autre – engendre un déplacement de la clientèle vers le commettant* » si bien que « *le commissionnaire dont le commettant vient de rompre le contrat n'est parfois plus en mesure de continuer à exploiter la clientèle développée faute de pouvoir lui vendre le produit auquel elle est attachée* ».

<sup>3184</sup> La clause de non-concurrence post-contractuelle est quasi systématiquement stipulée dans les franchises et très fréquemment dans les concessions (BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 50).

<sup>3185</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Préf. C. Jamin, BDP, t. 485, LGDJ, 2007, n° 669 et les références citées, soutenant notamment que l'équation « *marque = clientèle* » est « *primaire* ».

a retiré la vente d'un produit, réussir à imposer la marque qui lui aura été confiée par un nouveau concédant, et cela au résultat des contacts personnels qu'il aura su nouer avec la clientèle »<sup>3186</sup>.

Tout d'abord, si elle n'est pas impossible, cette situation n'est pas systématique et même rare. Elle sera peu probable en cas d'installation d'un nouveau distributeur à proximité et impossible en présence d'une clause de non-concurrence post-contractuelle.

Ensuite, cette clientèle ne peut constituer un fonds de commerce puisque le fonds caractérise justement le fait qu'une clientèle peut être conservée malgré un changement d'exploitant car elle est liée à l'exploitation et non attachée à personne, aux qualités du commerçant<sup>3187</sup>.

Enfin, cette hypothèse ne remet pas en cause l'analogie de situation avec les distributeurs bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation. En effet, en l'absence de clause de non-concurrence post-contractuelle, l'agent commercial, le gérant-mandataire du Code de commerce, le distributeur salarié, le VRP, le gérant de succursale ou le gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire, pourront, eux-aussi, profiter des contacts qu'ils ont su lier avec la clientèle de leur précédent fournisseur pour imposer les produits du nouveau. Ils n'en sont pas pour autant privés d'indemnité<sup>3188</sup>.

**840. Cession de l'activité et accord du fournisseur.** Par ailleurs, les franchisés, concessionnaires, commissionnaires, VRP et agents commerciaux sont dans une situation comparable pour la cession de leur activité. En effet, les contrats de distribution visant à organiser une diffusion sous enseigne ou nom commercial du fournisseur ou la diffusion de produits ou services marqués sont quasi systématiquement conclus *intuitu personae*<sup>3189</sup>. Ces distributeurs, même lorsqu'ils ne sont pas salariés ou mandataires, sont des

---

<sup>3186</sup> BUHAGIAR (T.), *Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive ?*, JCP CI 1975.II.11636, p. 46. – V. également : GUYENOT (J.), *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, 1968, n° 392, si le concessionnaire peut se voir spolier de la clientèle qu'« il a créée dans sa zone est transférée de facto au concessionnaire », « cette forme de spoliation licite peut être également le fait d'un concessionnaire à l'égard du concédant. Le concessionnaire qui décide de ne pas renouveler le contrat venu à expiration, peut aussitôt offrir ses services à un concurrent du concédant, tout en gardant le bénéfice de l'expérience commerciale et technique qu'il a acquise » – SAYAG (A.), note ss Com. 13/05/1970, JCP 1971.II.16891 – Comp. : FERRIER (D.), *La patrimonialisation des contrats de l'entreprise*, in *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ?*, dir. E. Blary-Clément et F. Planckel, Larcier, 2014, p. 93 s., n° 9, soutenant que « la clientèle attirée par les éléments d'attraction du fournisseur se retournera vers celui, fournisseur ou nouveau distributeur, qui les utilisera désormais, et celle qui a aura été attirée par l'activité du distributeur lui restera attachée » mais reconnaissant que « la solution est certaines contrariété lorsqu'un engagement de non-concurrence post-contractuelle empêche le distributeur de poursuivre l'activité au service de sa clientèle » – Rappr. : AMEDEV- MANESME (G.), *La vraie nature juridique...*, op. cit., JCP E 2010, 1110, n° 7, l'admettant pour la franchise de coiffure car la « notoriété commerciale de la marque-enseigne est moins forte » et « "le savoir-faire métier" du franchisé peut l'emporter sur le savoir-faire métier et organisationnelle du franchise ; c'est le talent du franchisé qui fidélise alors la clientèle ».

<sup>3187</sup> Dans ce sens : ASTEGIANO-LA RIZZA (A.) et autres, *Droit et pratique des baux commerciaux*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 710.150 s. – COLLOMB (P.), *La clientèle du fonds de commerce*, RTD com. 1979, p. 15 s., n° 24 – Sur les clientèles attachées à la personne : LECLERCQ (P.), *Les clientèles attachées à la personne*, Préf. P. Catala, BDP, t. 55, LGDJ, 1965 – Sur la notion de fonds : *supra* n° 389 s.

<sup>3188</sup> *Supra* n° 753 s. – Le VRP ne pourra prétendre à l'indemnité de clientèle mais percevra l'indemnité de licenciement (*supra* n° 761 s.).

<sup>3189</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.) et KRAJESKI (D.), *Contrat "intuitu personae"*, JCl. Distrib., fasc. 200, 2012, n° 51 « Les contrats par lesquels la distribution est organisée, grâce à des intermédiaires, sont presque toujours animés d'un intuitu personae : celui-ci est de leur nature (et parfois bilatéral, surtout dans le franchisage). Le fabricant, importateur exclusif, sélectionneur, ou auteur d'un système franchisé, en bref le titulaire d'un réseau de distribution, entend exercer un choix des distributeurs de ses produits ou des prestataires de ses services, commissionnaires, agents commerciaux, distributeurs agréés ou sélectionnés (distribution sélective), concessionnaires, franchisés. Cette désignation est fondée sur divers paramètres, variables d'un réseau à l'autre : compétence des candidats (ou leur aptitude à acquérir celle-ci après une formation), parfois leur expérience, leurs capitaux, le fait qu'ils disposent d'un emplacement (en tant que propriétaire ou locataire), etc. » – V. également : MALAURIE-VIGNAL (M.), op. cit., n° 167 s., « les contrats de distribution des produits ou services sont marqués par un intuitu personae, plus ou moins marqué selon la nature du contrat. Cet intuitu personae est important dans les contrats de distribution exclusive en raison de l'exclusivité de revente accordée au concessionnaire ; il l'est aussi pour les contrats de franchisage qui comportent une licence de marque et d'enseigne, une communication de savoir-faire et une assistance technique. [...] L'intuitu personae est moins marqué dans les contrats de distribution sélective, qualifiés de réseaux « ouverts », car, en raison des exigences du droit de la concurrence, le fournisseur ne peut refuser d'agréer un distributeur qui répond aux critères de sélection. » – FERRIER (D.), *La patrimonialisation des contrats de l'entreprise*, op. cit., n° 14s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., soutenant que la franchise est, en principe, conclue *intuitu personae* (n° 749) mais que le contrat de concession n'est pas toujours en lui-même *intuitu personae* (n° 684) – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Intuitu personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution*, JCP E 1998, p. 260, p. 262, « l'intuitu personae est [...] de l'essence des contrats de distribution qui s'intègrent dans des relations de partenariat » – OUDIN (M.), *La transmission des contrats de distribution*, RTD com. 2011, p. 447 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), op. cit., n° 573 s. – ANDRE (M.-E.), *L'intuitu personae dans les contrats entre professionnels*, in Mél. M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 23 s. – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 72 s..

représentants du fournisseur auprès des clients, au sens mercatique du terme : ils utilisent ses signes de reconnaissance, diffusent ses produits ou services marqués et, le cas échéant mettent en œuvre son savoir-faire. De leur sélection dépend donc la préservation de l'image du fournisseur, de ses produits ou services et de l'ensemble du réseau. Par ailleurs, les distributeurs sont amenés à collaborer durablement avec le fournisseur<sup>3190</sup> et, le cas échéant, avec les autres membres du réseau. Le fournisseur doit donc s'assurer qu'ils partagent les exigences de l'enseigne, sont capables de promouvoir les produits ou services en respectant leur image, ont les compétences pour gérer et animer une unité de distribution et, le cas échéant, de recruter et diriger des salariés dans cet objectif.

Cet *intuitu personae* est reconnu par la jurisprudence et même parfois consacré par la loi, pour les mandataires<sup>3191</sup>, en particulier les agents commerciaux<sup>3192</sup> et VRP, mais également pour les revendeurs et, en particulier, les franchisés<sup>3193</sup>. L'*intuitu personae* est également souvent expressément stipulé. Il se traduira notamment par des clauses d'exploitation personnelle<sup>3194</sup> et par des clauses d'agrément<sup>3195</sup> qui s'opposeront à toute cession, à tout changement de contrôle de la société du distributeur et à toute substitution de gérant sans l'accord du fournisseur sur la personne du cessionnaire ou du nouveau gérant<sup>3196</sup>.

La cession d'un contrat de distribution par le distributeur, qu'il soit gérant-mandataire, agent commercial, VRP, franchisé ou concessionnaire ne peut ainsi s'envisager sans l'accord du fournisseur<sup>3197</sup>.

Le fournisseur peut donc à la fois librement rompre le contrat de distribution par non-renouvellement ou résiliation et s'opposer à sa transmission. En l'absence de tout engagement du fournisseur au maintien du contrat avec le cessionnaire, le distributeur ne pourra céder de droit d'usage, de jouissance et, *a fortiori*, de disposition sur les éléments attractifs de la clientèle et se trouvera, en fait, dans l'impossibilité de céder cette clientèle. Tout au plus, pourra-t-il céder un droit au bail.

---

<sup>3190</sup> FERRIER (D.), *La rupture du contrat de franchisage*, JCP CI 1977.II.12441, n° 5, l'« *animus cooperandi* postule fréquemment la prise en considération subjective de la personne du co-contractant. Le contrat va ainsi se voir fondé sur un *intuitu personae* ».

<sup>3191</sup> Sur le caractère en principe *intuitu personae* du mandat : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 550 s. – DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, n° 31114 s.

<sup>3192</sup> Dans ce sens : Com. 29/10/2002 : n° 01-03987 ; D. 2003, 2231, J.-P. Brill et C. Koering ; RTD civ. 2003, 295, J. Mestre et B. Fages ; CCC 2003, 9, L. Leveneur.

<sup>3193</sup> Rappr. : CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, pt 20, « l'interdiction pour le franchisé de céder les droits et obligations résultant du contrat sans l'accord du franchiseur sauvegarde le droit pour celui-ci de choisir librement les franchisés dont les qualifications professionnelles sont une condition pour établir et préserver la réputation du réseau ».

<sup>3194</sup> LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 570 s., « l'exploitation personnelle paraît de la nature du contrat de franchisage ».

<sup>3195</sup> Sur la question, voir notamment : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *op. cit.*, n° 363 s.

<sup>3196</sup> C'est également cet objectif qui généralement poursuivi par le fournisseur lorsqu'il entre au capital de la société du distributeur : DONDERO (B.), *L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative*, JCP E 2012, 1671 – CILLERO VALDELVIRA (D.), *La prise de participation de la tête de réseau dans le capital de la société distributrice*, CDE 4/2010, p. 37 s. – V. également : BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Les obstacles à la sortie du franchisé*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4180, n° 25 s.

<sup>3197</sup> Sur la nécessité de l'accord du cédé pour toute cession de contrat : LACHIEZE (C.), *La cession de contrat, entre objectivisme et subjectivisme*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 867 s., n° 17 s. – JEULAND (E.), *Cession de contrat*, Rep. civ. Dalloz, 2010, n° 36 s. – KRAJESKI (D.), *L'intuitu personae et la cession du contrat*, D. 2001, p. 1345 s. – Sur la nécessité du consentement du fournisseur : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 773 – FERRIER (D.), *La patrimonialisation des contrats de l'entreprise*, *op. cit.*, n° 13 – OUDIN (M.), *La transmission des contrats de distribution*, RTD com. 2011, p. 447 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 584 s. – Même les auteurs soutenant que le contrat peut être cédé comme un bien reconnaissent qu'en présence d'un *intuitu personae* une telle cession suppose l'accord du cédé : AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, Préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984, n° 226 s.

Pour la franchise : DISSAUX (N.), *Franchise*, Rép. com., 2014, n° 56

Pour le VRP : Soc. 17/12/2002 : n° 01-01188 ; B. n° 397 ; DS 2003, 335, J. Mouly ; JCP 2003.II.10157, S. Vincente

Pour l'agence commerciale : Com. 29/10/2002 : n° 01-03987 ; D. 2003, 2231, J.-P. Brill et C. Koering ; RTD civ. 2003, 295, J. Mestre et B. Fages ; CCC 2003, 9, L. Leveneur.

**841. Caractère artificiel de la propriété du fonds de commerce.** Par conséquent, en cas de cessation de la relation de distribution, le revendeur franchisé, concessionnaire ou commissionnaire-affilié, à l'instar d'un salarié ou mandataire, ne pourra économiquement ou juridiquement (en raison d'une clause de non-concurrence post-contractuelle) continuer à exploiter la clientèle qu'il a créée, développée ou maintenue pour les produits ou services du fournisseur et ne pourra pas non plus la céder.

Or il faut rappeler que la clientèle et le fonds de commerce sont des notions juridiques construites à partir de l'observation économique empirique que l'ensemble des éléments matériels et immatériels (hors clientèle, par hypothèse) d'exploitation d'un commerçant représentait une valeur vénale supérieure à la somme des valeurs vénales de ces éléments pris isolément<sup>3198</sup>. La clientèle représente cette survaleur de cession. Elle traduit la probabilité de réaliser un certain chiffre d'affaires en continuant l'exploitation des éléments réunis pour attirer les clients et révèle que les relations d'affaires subsistent malgré le changement de la personne du commerçant car une part importante des clients est attachée à l'exploitation elle-même (désignée par un nom commercial ou une enseigne) et aux produits ou services offerts (désignés par des marques) plus qu'à la personne de l'exploitant<sup>3199</sup>. La clientèle est la qualification juridique d'une probabilité de chiffre d'affaires tirée d'observations économiques empiriques.

En l'absence de droit au maintien de la relation de distribution ou d'indemnisation de la perte de revenus générée par la fin de relation, l'attribution de la propriété d'un fonds de commerce au franchisé, au concessionnaire, au commissionnaire-affilié ou au courtier apparaît donc artificielle.

Elle est juridiquement artificielle car si on admet que la clientèle est l'élément essentiel du fonds et est liée à ses éléments constitutifs corporels et incorporels, l'absence de droit libre et stable d'usage, de jouissance et de disposition de la plupart de ces éléments et notamment des plus attractifs (signes distinctifs, savoir-faire, stocks de produits marqués, aménagements, matériels et outillages spécifiques) rend artificielle la propriété de la clientèle et donc du fonds de commerce<sup>3200</sup>. La situation est encore plus artificielle lorsqu'existe une clause de non-concurrence puisque l'exploitation de la clientèle sera alors juridiquement interdite<sup>3201</sup>.

Cette propriété est également économiquement artificielle puisqu'il a été constaté que la clientèle disparaissait souvent avec la cessation de la relation de distribution. La jurisprudence a toujours constaté,

---

<sup>3198</sup> *Supra* n° 389.

<sup>3199</sup> *Supra* n° 389.

<sup>3200</sup> *Supra* n° 445.

<sup>3201</sup> Une partie de la doctrine dénonce ainsi une contradiction entre, d'une part, le refus de toute indemnisation d'une perte de clientèle en fin de contrat au motif que le distributeur est titulaire d'un fonds de commerce et, d'autre part, l'admission d'un intérêt légitime du fournisseur à interdire au distributeur de poursuivre l'exploitation de cette clientèle par une clause de non-concurrence post-contractuelle : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 271 et 700 – GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *Droit de la franchise*, Litec, 2011, n° 220, il est « contradictoire de considérer d'un côté que le franchisé est propriétaire de sa clientèle et de l'autre que celui-ci puisse la perdre sans indemnité du fait de l'application d'une clause de non-concurrence post-contractuelle » – DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 586 s., « la clientèle exploitée par l'intégré est considérée lui appartenir lorsqu'il s'agit de régler la question de l'indemnité d'éviction à laquelle il prétend, alors qu'elle est considérée appartenir à l'intégrateur, lorsque se pose celle de la légitimité de l'obligation post-contractuelle de non-concurrence qui lui est imposée » – LE TOURNEAU (P.), *Le franchisage*, JCP CI 1980.II.13362, n° 94, il y a « une contradiction fondamentale dans le droit français actuel sur la question. D'une part, il prétend que la clientèle reste attachée au franchisé et non pas à la marque (donc au concédant) d'où il n'a pas le droit à une indemnité de clientèle. D'autre part, il valide les clauses qui interdisent au franchisé de continuer à exercer son activité, ce qui revient à lui faire perdre son fonds avec sa clientèle. De deux choses l'une : ou bien le franchisé est soumis à une obligation de non-concurrence et reçoit une indemnité de clientèle ; ou bien il ne reçoit, en fin de contrat, aucune indemnité, mais peut continuer d'exercer son activité » – FERRIER (D.), *La rupture du contrat de franchisage*, JCP CI 1977.II.12441, n° 29, « on ne peut, à la fois, révoquer comme dénuée de fondement l'indemnité pour perte de clientèle réclamée par le franchise, et admettre le bien-fondé d'une clause de non-concurrence ayant précisément pour effet de l'empêcher de conserver, dans la poursuite de son activité, la clientèle qui serait attachée à sa personne. Cette clientèle se verrait alors récupérée gratuitement par le franchiseur au profit éventuel d'un nouveau franchisé substitué à celui qui, désormais, va se trouver contraint soit de s'éloigner, soit de changer au moins partielle d'activité, donc de clientèle » – V. également : LATITI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, n° 541.

avant et après l'arrêt *Trévisan*, l'attachement de la clientèle à la marque ou à l'enseigne<sup>3202</sup> et la réduction de la valeur du fonds en l'absence de maintien du contrat de distribution<sup>3203</sup>. De même, les praticiens valorisent le fonds de commerce d'un franchisé à une valeur inférieure à celui d'un fonds comparable non franchisé, en raison de l'absence de droit au maintien du contrat et donc de certitude du maintien des éléments d'exploitation essentiel à la conservation de la clientèle<sup>3204</sup>. Ces fonds sont souvent réduits à la valeur du droit au bail<sup>3205</sup>, valeur découlant justement de la reconnaissance au locataire, par le statut des baux commerciaux, d'un droit au maintien du bail, c'est-à-dire des droits d'usage et de jouissance du local, et d'un droit de cession du bail en même temps que le fonds de commerce, sans que le bailleur ne puisse s'y opposer<sup>3206</sup>.

Ces artifices ont leur origine dans le raisonnement de l'arrêt *Trévisan* qui, en éludant la question de la dépendance a mis fin à la situation absurde qui privait les unités de distribution franchisées ou concessionnaires d'une protection de leur local en rendant applicable le statut des baux commerciaux mais au moyen d'une reconnaissance critiquable et artificielle d'un fonds de commerce à ces distributeurs<sup>3207</sup> dont la dépendance fait obstacle à une réelle propriété de la clientèle. Par ailleurs, la portée de l'arrêt semble en réalité réduite au seul abandon de l'exigence d'une clientèle personnelle prépondérante pour reconnaître la propriété d'un fonds de commerce<sup>3208</sup>.

**842. Conclusion.** Finalement, la reconnaissance de la propriété d'un fonds de commerce aux franchisés, concessionnaires, commissionnaires et courtiers ne permet pas de justifier leur différence de traitement par rapport aux distributeurs bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation. En effet, ce fonds de commerce sera rarement cessible librement, toute transmission supposant généralement un accord du fournisseur et, en cas de cessation de la relation de distribution, la clientèle disparaîtra souvent en même temps que la propriété ou la jouissance des éléments corporels (stocks de produits marqués, matériels, outillages et aménagements spécifiques) et incorporels (enseigne, marque, nom commercial, savoir-faire) du fonds de commerce, notamment par l'effet d'une clause de non-concurrence post-contractuelle. Ce fonds sera souvent réduit à un droit au bail. Par conséquent, si les distributeurs ne bénéficient pas d'une indemnité de cessation de relation ont la possibilité juridique d'être titulaire d'un fonds de commerce, cette propriété ne correspond pas à une réalité économique, elle est artificielle et sa reconnaissance ne trouve de fondement que

---

<sup>3202</sup> *Supra* n° 426 s. et 454 – V. également : Com. 09/03/1976 : n° 74-10889 ; B. n° 89, la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, relève « que la clientèle, était attachée non au concessionnaire mais à la marque, qu'ADG bénéficiait d'un quasi-monopole et que la société des établissements Debie aurait les plus grandes difficultés à constituer dans sa branche d'activité une nouvelle clientèle pour des produits similaires ».

<sup>3203</sup> V. par ex. : Com. 08/10/2013 : n° 12-22952 ; B. n° 148 ; CCC 2014, 1, L. Leveneur ; JCP E 2014, 1063, D. Mainguy et J-L. Respaud, la décision de résilier la concession « ôtait toute marge réelle de manœuvre [du concessionnaire] pour obtenir un prix raisonnable pour les cessions envisagées au regard de l'incidence d'une telle décision sur la valeur des éléments incorporels des fonds de commerce ».

<sup>3204</sup> Sur la question : BENSOUSSAN (M.), *Incidence du contrat de franchise et des autres formes de contrats de distribution sur la valeur du fonds de commerce*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4175.

<sup>3205</sup> Dans ce sens : BENSOUSSAN (M.), *Les clauses d'agrément et de préemption*, in *La protection du franchisé au début du XXIème siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 167 s., spéc. n° 4 – BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 41, constatant que « le concessionnaire qui perd sa concession ne peut céder un fonds de commerce puisque le fonds n'a pratiquement aucune valeur sans le contrat ». – Pour la commission-affiliation : VABRES (R.), *La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation*, RTD com. 2011, p. 215 s., n° 27, « le commissionnaire-affilié est réputé disposer d'un fonds de commerce, alors que celui-ci est quasiment vide, dans la mesure où il se limite au droit au bail » – AUQUE (F.), *La commission-affiliation*, AJDI 2001, p. 1059 s.

<sup>3206</sup> *Supra* n° 392 et 445.

<sup>3207</sup> Rappr. : DE BOUARD (F.), *op. cit.*, n° 208 s., « la réflexion théorique sur le problème du rattachement de la clientèle exploitée par le distributeur intégré s'est jusqu'à maintenant trouvée polluée par la question annexe du droit de ce dernier au renouvellement de son bail commercial ».

<sup>3208</sup> *Supra* n° 452 s. – La seule exigence de l'existence d'une clientèle propre, indépendamment de son importance, permet en pratique de reconnaître au franchisé la propriété d'un fonds et donc d'appliquer le statut des baux commerciaux alors même que ce fonds n'aurait que peu de consistance. – Sur la question : GRIGNON (P.), *A propos de la nouvelle codification « à droit constant » du statut des VRP*, RLDA 05/2007, p. 43 s.



dans la volonté de faire bénéficier ces commerçants de la protection du statut des baux commerciaux.

La différence de traitement n'est donc pas justifiée par une différence substantielle de situation mais par une distinction formelle et artificielle entre les mandataires et les revendeurs, critiquée par une partie importante de la doctrine<sup>3209</sup>.

Les différences de traitement entre distributeurs bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation ne peuvent pas plus être justifiées au regard des fondements dégagés.

## **b - L'absence de justification des différences de traitement tenant aux cas d'ouverture et au montant de l'indemnité de cessation de relation**

**843. Plan.** Les différences de traitement entre distributeurs bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation tiennent aux cas d'ouverture du droit à indemnité (a) et au montant de l'indemnité (b).

---

<sup>3209</sup> Dans ce sens : VABRES (R.), *op. cit.*, n° 27, « le commissionnaire est assimilé à un commerçant autonome de sorte qu'il ne peut bénéficier des dispositions propres à l'agent commercial ou gérant-mandataire. Cette situation est très critiquable, car elle repose sur une fiction. Le commissionnaire-affilié est réputé disposer d'un fonds de commerce, alors que celui-ci est quasiment vide, dans la mesure où il se limite au droit au bail. A l'encontre de ces arguments, il n'est pas inutile de rappeler que l'agent commercial perçoit une indemnité de « clientèle », alors qu'il n'est pas autonome, car mandataire et qu'il n'est pas commerçant ! En quoi, la prétendue autonomie du commissionnaire-affilié ou du courtier peut-elle être un obstacle à son indemnisation ? » – GAUTIER (P.-Y.), *Nature et régime juridique du mandat : Jeux croisés*, in *Le mandat, un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011, p. 89 s., n° 16, soutenant à propos de la distinction entre les mandataires et les autres distributeurs que « certes au niveau des qualifications, ce n'est pas complètement faux, de sorte que le concessionnaire n'a que ses yeux pour pleurer lorsque le concédant le quitte. Mais le droit est du bon sens, de la logique et aussi de l'équité : au fond qu'est-ce qui différencie le concessionnaire du mandataire ? C'est on peut trouver des différences : l'un agit pour son compte propre ; l'autre représente autrui. Très bien mais il n'empêche que la situation du concessionnaire, du franchisé, de tous les distributeurs économiques dans notre vie contemporaine est la même que celle du mandataire. » – PASQUIER (I.), *op. cit.*, n° 182, « le développement de la clientèle profite plus à la marque qu'à la personne qui l'utilise. Le droit – en l'occurrence l'absence de représentation – joue alors contre la réalité pratique » – DISSAUX (N.), *La protection du franchisé au début du XXIème siècle : pour quoi ? pour quoi ? comment ?*, in *La protection du franchisé au début du XXIème siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 47 s., p. 62, « on comprendrait d'ailleurs mal qu'un franchisé ne bénéficie pas d'une indemnité de rupture lorsque celle-ci se traduit pour lui par une perte de clientèle alors qu'un agent commercial ou un VRP jouissent d'une telle indemnité alors qu'ils ne sont même pas propriétaire de la clientèle qu'ils exploitent pour le compte d'autrui. Ce serait là un abus de byzantinisme juridique » – BEAUCHARD (J.), *Protection du franchisé : faut-il une réforme législative ?*, in *La protection du franchisé au début du XXIème siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 261 s., p. 277 s. « il y aurait deux logiques contraire. L'agent commercial doit être mis à part, parce qu'il est mandataire. [...] C'est intellectuellement très séduisant et Didier FERRIER était très brillant pour nous exposer cela. Mais cela me paraît être un peu un tour de passe-passe. En réalité, il me semble que les raisons qui ont poussé à accorder une indemnité de clientèle à l'agent commercial qui n'est qu'un mandataire qui va contribuer à créer une clientèle sur laquelle il est quand même rémunéré par des commissions, mais dont il n'est absolument pas propriétaire, se retrouvent avec plus de force encore, me semble-t-il, dans le cas de la franchise comme de la concession » – DE BOUARD (F.), *op. cit.*, n° 206 s. et n° 586, « l'entrepreneur intégré exploite la clientèle attachée à la marque de l'intégrateur et non une clientèle qui lui serait propre. Mais, afin d'accréditer la thèse de son indépendance juridique, sur laquelle reposent nombre d'avantages du contrat d'intégration, on recourt à une fiction : l'intégré est réputé titulaire de la clientèle afférente à son fonds de commerce » – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, n° 58, Litec, 2002, p. 83, « l'argument [...] selon lequel les situations ne seraient pas comparables, au motif que d'une part l'agent commercial agissant au nom et pour le compte du maître perdrait automatiquement le bénéfice de la clientèle créée après la rupture du contrat, alors que le concessionnaire, commerçant indépendant, agissant pour son propre compte, garderait "sa" clientèle attachée à son fonds de commerce, n'emporte pas la conviction car il est empreint d'un certain manichéisme. Malgré la différence de technique juridique, force est de constater que d'un point de vue économique la situation est la même, car la clientèle ne peut se constituer qu'en conjuguant l'attractivité de la marque et l'activité déployée par le distributeur, mais que la marque est en la matière prépondérante, si bien que sans marque à "représenter", le distributeur est ipso facto privé de clientèle » (voir également : p. 564 s.) – JAMIN (C.), note ss Com. 07/10/1997, D. 1998, p. 417, la différence entre les représentants et les revendeurs est « trop formelle, c'est-à-dire insuffisamment ancrée dans la réalité pour justifier une différence de traitement » – LATI (J.-B.), *op. cit.*, n° 538 s., « distinctes des classifications sociologiques ou économiques, les classifications juridiques sont rigides et inadaptées », « le refus jurisprudentiel de l'indemnité de clientèle en raison de la propriété conservée du fonds de commerce est inintelligible » (n° 541) – FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 292, « on voit sans mal les correspondances avec la situation du concessionnaire qui peut subir, en fin de contrat, les mêmes préjudices que le représentant et donc l'activité a pu, tout autant que celle du représentant, contribuer au développement de la clientèle. La seule objection est que le concessionnaire n'est pas un représentant puisqu'il achète en son nom les marchandises. Mais quelle est la valeur de cette objection ? Pourquoi le mélange des genres, réalisé pour une catégorie de salariés, pour une catégorie de représentants, ne serait-il pas étendu à une catégorie d'acheteurs-revendeurs ? » – GUYENOT (J.), *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, 1968, n° 391 s., qui après avoir comparé la situation de fait et de droit des VRP, des agents commerciaux et des concessionnaires conclut qu'en considérant que la clientèle du concessionnaire « lui appartient en droit, même en fait si elle lui échappe à l'expiration de la concession [...] on se trouve en pleine fiction juridique [...] due à l'inadaptation de notre droit aux créations de la pratique dans l'économie moderne. Les tribunaux utilisent des concepts traditionnels, alors qu'ils sont en présence d'une catégorie nouvelle d'intermédiaires du commerce intégré que le droit ignore » – Comp. : MOUSSERON (J.-M.) et autres, *Droit de la distribution*, BDE, t. 4, Libr. tech., 1975, n° 524, « les conséquences juridiques de la permanence de l'action du réseau peuvent conduire à instituer au-delà des V.R.P. et agents commerciaux une protection à tous ceux qui développent durablement les ventes et la marque d'autrui et courent le risque de se voir privés du résultat de leurs efforts » – DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 45, Litec, 2000, n° 826 s. – Rapp. : REVET (I.), *Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 s., n° 13, « demeurent [...] toujours vaines les demandes en paiement d'une indemnité au titre de la perte de clientèle qu'impliquerait, pour un distributeur, la cessation (par résiliation ou non-renouvellement) du contrat de distribution. Au nom, précisément, de l'indépendance de ce commerçant qui lui permettrait de conserver la clientèle attachée à son fonds de commerce. Pourtant, à supposer la chose exacte, le distributeur n'en dépend pas moins du fournisseur pour continuer à exploiter sa clientèle... ce qui pourrait, déjà, justifier pleinement une indemnisation. A condition, donc, de dépasser l'apparence d'indépendance du prestataire pour tirer les conséquences de sa réelle dépendance ».

## **b.1 - L'absence de justification des différences dans les cas d'ouverture de l'indemnité de cessation de relation**

**844. Indemnité et période d'essai.** Le droit du travail n'octroie pas d'indemnité en cas de cessation de la relation de distribution pendant une période d'essai<sup>3210</sup>. La même solution est retenue par la jurisprudence pour l'agent commercial<sup>3211</sup>. En revanche, une indemnité est toujours due à l'agent général d'assurance<sup>3212</sup> et, à la suite à d'une recodification prétendument à droit constant, l'indemnité de clientèle pourrait être due au VRP en cas de rupture sa période d'essai par le mandant<sup>3213</sup>.

Pour justifier l'absence d'indemnité en cas de rupture pendant une période d'essai, il peut être soutenu que la relation doit avoir acquis une certaine stabilité pour être considérée comme une source de revenus réguliers due au travail du distributeur et, par suite, que sa rupture fasse naître un risque de perte de ces revenus réguliers<sup>3214</sup>. La solution n'est donc pas incompatible avec le fondement téléologique de l'indemnité.

Cependant, les exceptions faites pour les agents généraux d'assurance et pour les VRP n'apparaissent pas cohérentes avec cette justification car, au cours de sa période d'essai, il n'est pas plus en mesure qu'un agent commercial de créer une source de revenus réguliers.

**845. Indemnité et durée minimale de la relation.** L'octroi de l'indemnité de licenciement suppose une ancienneté d'une année alors que l'indemnité du gérant-mandataire du Code de commerce, l'indemnité des agents généraux d'assurance, l'indemnité de l'agent commercial ou encore l'indemnité de clientèle du VRP sont dues sans condition minimale de durée de relation.

Comme pour la question de l'octroi de l'indemnité en cas de rupture au cours d'une période d'essai, l'exclusion de l'indemnité si la relation n'a pas acquis une durée minimale peut être justifiée par la nécessité d'une certaine durée pour considérer la relation comme une source de revenus réguliers liée au travail du distributeur.

Cependant, la limitation de cette exigence aux seuls salariés de droit commun en contrat de travail à durée indéterminée ne peut s'expliquer par les fondements de l'indemnité de cessation de relation.

**846. Indemnité et non-renouvellement de contrat à durée déterminée.** Seul le gérant-mandataire du Code de commerce est privé d'indemnité de cessation de relation en cas de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée<sup>3215</sup>.

Pourtant, le risque de ne plus disposer de revenus réguliers n'est pas moindre pour ce distributeur que pour un gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire duquel il ne se distingue parfois que par le caractère non alimentaire de son activité<sup>3216</sup>.

De plus, un gérant-mandataire du Code de commerce ne peut pas plus patrimonialiser son activité qu'un gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire.

Au regard des fondements identifiés, il semble impossible de justifier de distinguer la rupture d'une

---

<sup>3210</sup> *Supra* n° 755 s.

<sup>3211</sup> *Supra* n° 766.

<sup>3212</sup> *Supra* n° 774.

<sup>3213</sup> *Supra* n° 761.

<sup>3214</sup> *Supra* n° 795.

<sup>3215</sup> *Supra* n° 771 et 777.

<sup>3216</sup> *Supra* n° 272 s.

relation fondée sur une succession de contrats à durée déterminée et celle d'une relation à durée indéterminée pour les gérants-mandataires du Code de commerce sachant que cette distinction n'est plus faite pour les agents commerciaux, les agents généraux d'assurance et par le droit des pratiques restrictives de concurrence<sup>3217</sup>. Il s'agit manifestement d'une maladresse législative comparable à celle qui existait dans le statut des agents commerciaux de 1958 avant d'être corrigée par le statut de 1991<sup>3218</sup>.

**847. Indemnité et décès du distributeur.** En cas de cessation de la relation pour cause de décès du distributeur, seuls les statuts de l'agence commerciale et des agents généraux d'assurance prévoient le versement de l'indemnité aux ayants droit<sup>3219</sup>.

Pourtant, les ayants droit d'un VRP, d'un gérant de succursale, d'un gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire, d'un salarié de droit commun ou encore d'un gérant-mandataire du Code de commerce sont dans une situation identique car ils ne peuvent hériter d'un fonds de commerce, faute de possibilité pour leur auteur d'en constituer un. De plus, leur risque de perte des revenus que pouvait leur procurer cet auteur n'est pas moindre. La différence de traitement n'est donc pas justifiée.

**848. Indemnité et incapacité de travail ou retraite.** Une indemnité est due aux distributeurs relevant du droit du travail (salariés de droit commun, VRP et gérants) en cas de cessation de la relation pour incapacité de travail ou de mise à la retraite<sup>3220</sup>. Une indemnité qui n'est pas équivalente est aussi due si le distributeur quitte volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse<sup>3221</sup>.

Une indemnité est également due à l'agent commercial révoqué pour ces raisons ou qui cesse ses relations avec le mandant en justifiant cette cessation « *par des circonstances [...] dues à l'âge, l'infirmité ou la maladie [...] par suite desquels la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée* »<sup>3222</sup>. Cependant, si l'infirmité et la maladie rendant non raisonnable l'exigence d'une poursuite de l'activité peuvent être rapprochées de la notion d'incapacité de travail, en revanche, l'âge au-delà duquel la poursuite de l'activité ne peut plus être raisonnablement exigée ne recoupe pas nécessairement l'âge permettant de bénéficier d'une pension de vieillesse (âge permettant le départ volontaire à la retraite)<sup>3223</sup>.

Les agents généraux d'assurance perçoivent une indemnité dans toutes les hypothèses évoquées<sup>3224</sup>.

En revanche, rien n'est prévu par le statut du gérant-mandataire du Code de commerce.

Ces différences de traitement semblent difficilement justifiables par des degrés différents de risque de ne plus percevoir de revenus réguliers ou par une différence de patrimonialisation de l'activité. En particulier, tout comme l'agent commercial, le VRP ou les gérants relevant du Code du travail, le gérant-mandataire du Code de commerce n'est pas propriétaire d'un fonds de commerce et ne pourra donc pas le mettre en location-gérance ou le céder pour compenser son risque de ne plus disposer de revenus réguliers en raison d'une incapacité de travail due à son âge, à une maladie ou à un accident.

---

<sup>3217</sup> *Supra* n° 766 (agent commercial), 774 (agents généraux d'assurance) et 594 (pratiques restrictives de concurrence).

<sup>3218</sup> *Supra* n° 771.

<sup>3219</sup> *Supra* n° 766 (agent commercial), 774 (agents généraux d'assurance) et 777 (comparaison).

<sup>3220</sup> *Supra* n° 758 s.

<sup>3221</sup> *Supra* n° 758 s.

<sup>3222</sup> Ces termes sont ceux du statut de l'agence commerciale (*supra* n° 766) mais ils recourent largement l'hypothèse de l'incapacité permanente totale de travail du droit du travail. Pour les agents généraux d'assurance, toute cessation ouvre droit à indemnité (*supra* n° 774), ce qui vise donc ces hypothèses.

<sup>3223</sup> *Supra* note n° 2966.

<sup>3224</sup> *Supra* n° 774.

**849. Conclusion.** Finalement, les différences dans les cas d'ouverture des indemnités de cessation de relation ne peuvent être justifiées au regard des fondements de ces indemnités. Elles font apparaître que le droit positif compense toujours l'impossibilité d'un agent général d'assurance de patrimonialiser son activité, de constituer un capital qu'il pourra exploiter, faire exploiter, céder ou transmettre à ses ayants droit mais que cette compensation est partielle pour les autres distributeurs, à des degrés différents, sans justification.

Ces différences dans les conditions d'octroi se doublent de différences dans les montants des indemnités de cessation de relation.

## **b.2 - L'absence de justification des différences de montant de l'indemnité de cessation de relation**

**850. Différences de calcul.** Plusieurs logiques se combinent et concurrencent dans les modalités de calcul des différentes indemnités de cessation de relation des distributeurs.

Les indemnités de précarité et de licenciement sont calculées indépendamment de la clientèle qu'a pu apporter, créer ou développer le distributeur à la différence de l'indemnité du VRP qui a pour minimum l'indemnité de licenciement mais peut être supérieure si le VRP est à l'origine d'un accroissement de clientèle. En raison du calcul habituellement retenu (deux années de rémunération hors frais professionnels), l'indemnité de clientèle sera souvent supérieure à l'indemnité de licenciement puisqu'il faudrait soixante-cinq ans de relation pour qu'elle corresponde à deux années de rémunération<sup>3225</sup>. Par rapport aux autres distributeurs soumis au droit du travail, le VRP dispose donc d'un avantage significatif.

Par ailleurs, l'indemnité de précarité, en raison de la durée maximale de dix-huit mois des contrats à durée déterminée soumis au droit du travail, sera au maximum égale à 1,8 mois de rémunération<sup>3226</sup>. Elle offrira un avantage par rapport aux distributeurs licenciés avant d'avoir atteint une année d'ancienneté (l'indemnité de licenciement n'étant pas due) et sera, de toute façon plus intéressante, l'indemnité de licenciement n'atteignant le montant de 1,8 mois de rémunération qu'à compter d'une ancienneté de neuf années<sup>3227</sup>.

L'agent commercial dispose d'une des indemnités les plus importantes puisqu'elle correspond, en pratique, à l'indemnité de clientèle du VRP sans les diminutions relatives à la clientèle mais augmentée des remboursements de frais et des rémunérations fixes<sup>3228</sup>.

Les indemnités accordées aux agents généraux d'assurance obéissent également à des règles différentes mais potentiellement plus intéressantes. En particulier, le statut VIE offre une indemnité de trois années de commissions<sup>3229</sup>, à comparer aux deux années des VRP et agents commerciaux et aux six mois des gérants-mandataires du Code de commerce<sup>3230</sup>.

**851. Absence de justification.** Ces différences ne sont pas justifiées par rapport aux fondements mis en évidence. En effet, le risque de ne plus disposer de revenus réguliers n'est pas plus important pour un agent

---

<sup>3225</sup> *Supra* n° 760.

<sup>3226</sup> 18 mois x 10 % de rémunération mensuelle = 1,8 mois de rémunération

<sup>3227</sup> 1,8 mois de rémunération mensuelle / (1/5 de mois de rémunération) = 9 années.

<sup>3228</sup> *Supra* n° 770.

<sup>3229</sup> *Supra* n° 775 s.

<sup>3230</sup> *Supra* n° 763 (VRP), 769 (agent commercial) et 772 (gérant-mandataire du Code de commerce).

général d'assurance que pour un agent commercial, un VRP, un gérant de succursale, un gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire ou un gérant-mandataire du Code de commerce et tous ces distributeurs ne peuvent être propriétaires d'un fonds incluant la clientèle qu'ils prospectent.

En particulier, on perçoit mal pourquoi l'accroissement de clientèle dû au travail du distributeur devrait entraîner une indemnité plus importante pour le VRP et non pour salariés de droit commun chargé d'une mission de prospection de la clientèle ou pour les gérants relevant du droit du travail qui prennent également part au développement de la clientèle de leur fournisseur.

Par ailleurs, la prise en compte des remboursements de frais pour le calcul de l'indemnité de l'agent commercial travail n'apparaît pas justifiée. Le remboursement des frais de prospection n'est pas obligatoire pour les agents commerciaux<sup>3231</sup> alors qu'il l'est pour les distributeurs relevant du droit du travail (y compris pour les VRP) à l'exception des gérants<sup>3232</sup>. La prise en charge des frais professionnels pourrait donc être analysée, pour les agents commerciaux, comme un élément de rémunération, un avantage en nature, ce qui justifierait son intégration dans l'assiette de l'indemnité alors même que les frais disparaissent avec la cession de la relation. Cependant, ces frais devraient alors également être considérés comme tels à chaque fois que leur prise en charge par le fournisseur n'est pas imposée et, en particulier, pour les gérants relevant du droit du travail et pour les gérants-mandataires du Code de commerce<sup>3233</sup>.

#### CONCLUSION DU PARAGRAPHE 1

**852. Différences d'existence et de modalités des indemnités de cessation de relation.** Les distributeurs relevant du droit du travail (salariés de droit commun, gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire, VRP) ou de statuts spéciaux du droit économique (agents commerciaux, gérants-mandataires du Code de commerce, agents généraux d'assurance) bénéficient d'une indemnité en cas de cessation de leur relation avec un fournisseur, lorsqu'il ne l'ont pas voulue ou provoquée par une faute, voire dans tous les cas de cessation<sup>3234</sup>. Cependant, les cas d'ouverture de l'indemnité et ses modalités de calcul et donc son montant, varient selon les statuts et selon que le contrat est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée<sup>3235</sup>. Au contraire, aucune indemnité de cessation de relation n'est imposée par la loi pour les autres distributeurs (concessionnaires, franchisés, commissionnaires, locataires-gérants, etc.)<sup>3236</sup>.

**853. Fondements des indemnités.** L'indemnité de cessation de relation procède d'une obligation mise légalement à la charge du fournisseur de garantir son distributeur contre le risque même de ne plus disposer de revenus réguliers à l'avenir en raison d'une cessation subie de la relation de distribution, voire dans tous

---

<sup>3231</sup> *Supra* n° 194 et 557.

<sup>3232</sup> *Supra* n° 541 (salarié de droit commun), 545 (VRP), 548 (gérant de succursale) et 549 (gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire).

<sup>3233</sup> Il existe cependant des incertitudes sur l'existence et l'étendue de l'obligation de prise en charge des frais professionnels pour les gérants non salariés de succursales de commerce de détail alimentaire (*supra* n° 549) et la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur l'intégration des remboursements de frais dans l'assiette de l'indemnité du gérant-mandataire (*supra* n° 772).

<sup>3234</sup> *Supra* n° 753 s.

<sup>3235</sup> *Supra* n° 777.

<sup>3236</sup> *Supra* n° 779 s.

les cas de cessation de la relation sans cession du contrat (fondement téléologique)<sup>3237</sup> lorsqu'il est impossible au distributeur de patrimonialiser son activité de distribution en étant titulaire d'un fonds de commerce comportant la clientèle qu'il exploitait et qu'il aurait donc pu continuer à exploiter ou faire exploiter, céder ou le transmettre à l'issue de la relation (fondement technique)<sup>3238</sup>.

**854. Inaptitude de fondements à justifier les différences.** Or, il est apparu que si les distributeurs ne bénéficiaient pas d'une indemnité de cessation de relation – les franchisés et concessionnaires en particulier – pouvaient être reconnus propriétaires d'un fonds de commerce, cette reconnaissance était souvent artificielle car les conditions contractuelles et leur intégration économique (non propriété des signes distinctifs, du savoir-faire, impossibilité de continuer à distribuer les produits ou services marqués, clause de non-concurrence post-contractuelle, etc.) ne leur permettaient pas de conserver la clientèle à l'issue de la relation et donc de continuer à exploiter ou faire exploiter, céder ou transmettre leur fonds de commerce sans l'accord du fournisseur, ce qui est incohérent avec les notions même de propriété et de fonds de commerce et procède en réalité de la seule volonté de leur faire bénéficier du statut des baux commerciaux<sup>3239</sup>. La situation de ces distributeurs est ainsi comparable à celle de ceux bénéficiant d'une indemnité de cessation de relation. Ils ne sont pas plus en mesure de patrimonialiser leur activité et courent un risque similaire de perte de revenus réguliers en cas de cessation de la relation de distribution.

Il n'a pas non plus été possible de justifier au regard des fondements identifiés les différences dans les cas d'ouverture et les modalités de calcul des différentes indemnités<sup>3240</sup>.

Il existe ainsi des inégalités de traitement puisque le droit positif compense ou non, selon les cas et de façon plus ou moins importante, sans justification, le risque de perte de revenus réguliers créé par la cessation d'une relation de distribution pour les distributeurs qui ne peuvent patrimonialiser leur activité.

Cette inégalité de traitement est d'autant plus importante que la clause de non-concurrence post-contractuelle, qui constitue un obstacle juridique à la patrimonialisation de l'activité, est moins encadrée pour les distributeurs qui ne bénéficient pas d'une indemnité de cessation de relation.

## **§2 – Les inégalités d'encadrement des limitations de l'activité du distributeur à l'issue de la relation de distribution**

**855. Diversité des clauses, identité d'analyse.** Le distributeur étant directement au contact de la clientèle des produits et services du fournisseur, ce dernier aura tout intérêt, en fin de relation, à lui interdire de le concurrencer en distribuant les produits ou services d'un autre fournisseur<sup>3241</sup>. Différentes clauses sont ainsi utilisées par les fournisseurs pour limiter l'activité de leurs anciens distributeurs : clause de

---

<sup>3237</sup> *Supra* n° 789 s.

<sup>3238</sup> *Supra* n° 820 s.

<sup>3239</sup> *Supra* n° 836 s.

<sup>3240</sup> *Supra* n° 843 s.

<sup>3241</sup> Dans ce sens : SERRA (Y.), *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991, n° 161, « la place intermédiaire qu'occupe la distribution dans le circuit économique, la fonction qu'elle remplit pour la conquête de la clientèle et de la nécessaire collaboration entre les partenaires contractuels conduisent à ce que fréquemment une obligation de non-concurrence existe à la charge d'un contractant » – V. également : MOUSSERON (J.-M.) et autres, *op. cit.*, n° 399 s., « les clauses de non-concurrence après la fin du contrat de travail sont plus courantes et plus sévères [pour les commerciaux] que pour les autres catégories de salariés ».

non-concurrence, de non-réinstallation ou de non-rétablissement<sup>3242</sup>, clause de non-réaffiliation, clause de clientèle, de non-démarchage ou de non-sollicitation, etc.<sup>3243</sup>

La clause de non-concurrence a donné lieu à une jurisprudence abondante et le développement des autres clauses limitant l'activité post-contractuelle est lié à l'encadrement croissant de ses conditions de validité.

Cependant, si la chambre commerciale de la Cour de cassation a consacré la spécificité de la clause de non-réaffiliation<sup>3244</sup>, elle semble lui appliquer les conditions de validité de la clause de non-concurrence<sup>3245</sup>.

De même, si la chambre sociale de la Cour de cassation a semblé, un temps, distinguer les clauses de clientèle, de non-démarchage ou de non-sollicitation et les clauses de non-concurrence, elle n'a jamais clairement précisé le régime des premières<sup>3246</sup>, leur a appliqué les conditions de validité des clauses de non-concurrence<sup>3247</sup> et paraît finalement avoir choisi de les qualifier de clauses de non-concurrence<sup>3248</sup>. Elle semble analyser en clause de non-concurrence toute clause ayant pour objet ou effet de limiter la liberté professionnelle du salarié<sup>3249</sup>.

L'identité d'analyse et de conditions de validité s'explique aisément si on considère qu'il existe entre la clause de non-concurrence, la clause de clientèle et la clause de non-réaffiliation une simple différence de degré et non de nature<sup>3250</sup>. Ainsi, la clause de non-réaffiliation et la clause de clientèle sont parfois qualifiées

---

<sup>3242</sup> Sur la distinction théorique sans incidence pratique entre ces clauses : DISSAUX (N.), *Clause de non-concurrence*, JCl. Com., fasc. 256, 2014, n° 5.

<sup>3243</sup> Sur ces différentes clauses : DISSAUX (N.), *Clause de non-concurrence*, *op. cit.*, n° 3 s. – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 2014, n° 229 – BOUCHER (C.-E.), *Clause de non-concurrence : notion, généralités*, JCl. Distrib., fasc. 120, 2012, maj. 2013 – BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Les obstacles à la sortie du franchisé*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4180, n° 19 s. – DEPINCÉ (M.), *La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives*, RTD com. 2009, p. 259 s. – RAYNARD (J.), *La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution*, CDE 3/2005, p. 33 s.

<sup>3244</sup> Com. 28/09/2010 : n° 09-13888 ; B. n° 145 ; JCP E 2010, 1943, N. Dissaux ; D. 2010, 2357, E. Chevrier, « la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau ».

<sup>3245</sup> Dans ce sens : Com. 18/12/2012 : n° 11-27068 ; JCP E 2013, 1037, N. Dissaux – Com. 31/01/2012 : n° 11-11071 ; B. n° 17 ; D. 2012, 501, E. Chevrier et 2760, note M. Gomy ; JCP E 2012, 1143, N. Dissaux et 1205, M. Malaurie-Vignal ; PA 21/06/2012, 12, C. Broche – Com. 03/04/2012 : n° 11-16301 ; B. n° 72 ; D. 2012, 1119, E. Chevrier ; JCP E 2012, 1264, N. Dissaux et 1402, M. Malaurie-Vignal ; CCC 2012, 169 ; L. Leveneur ; PA 29/08/2012, 6, S. Le Gac-Pech – Com. 17/01/2006 : n° 03-12382 ; D. 2006, 498, E. Chevrier, 2923, M. Gomy et 1911, D. Ferrier ; CCC 2006, 67, M. Malaurie-Vignal – V. également : Aut. conc. avis 07/12/2010 : n° 10-A-26 ; D. 2011, 540, D. Ferrier et 2961, M. Gomy ; JCP E 2010, 1217, M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2010, 1217, N. Dissaux, pt 149, « dès lors que l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce et sa rentabilité aléatoire, la clause de non-réaffiliation pourrait valablement être assimilée à une clause de non-concurrence ». – Sur la question : DISSAUX (N.), *Clause de non-concurrence*, *op. cit.*, n° 4 – TIQUANT (O.), *Les obstacles à la sortie du franchisé : réflexion autour des clauses de non-concurrence post-contractuelle*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4182 – DEPINCÉ (M.), *La clause de non-réaffiliation*, D&P 01/2007, p. 26 s.

<sup>3246</sup> Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz 2014, n° 189 s. – CASTRONOVO (M.), *Clause de clientèle et clause de non-concurrence*, RDT 2010, p. 507 s. – BENILSI (S.), *La clause de non-sollicitation*, JCP S 2007, 1976.

<sup>3247</sup> Dans ce sens : Soc. 03/02/2010 : n° 08-41668 – Soutenant que les conditions sont identiques : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 190 – CASTRONOVO (M.), *Clause de clientèle et clause de non-concurrence*, RDT 2010, p. 507 s.

<sup>3248</sup> Dans ce sens : Soc. 20/11/2014 : n° 13-20387 – Soc. 29/10/2014 : n° 13-20068 – Soc. 24/09/2014 : n° 13-18090 – Soc. 05/03/2014 : n° 12-28554 – Soc. 27/11/2013 : n° 12-23740 – Soc. 09/03/2011 : n° 09-66535 – Soc. 27/10/2009 : n° 08-41501 ; B. n° 232 ; DS 2010, p. 120, note J. Mouly – Soc. 19/05/2009 : n° 07-40222 – Soc. 02/07/2008 : n° 07-40618. – La chambre commerciale a clairement distingué ces clauses en 2006 (Cass com. 11/07/2006 : n° 04-20438, « la clause de non-sollicitation [...] ne constitue pas une clause de non-concurrence dont elle n'est ni une variante, ni une précision de celle-ci ») mais n'a pas clairement précisé leur régime et ne s'est plus prononcée sur leur régime depuis. – Sur la question : BECKARD-CARDOSO (J.) et DESPLATS (M.), *Non-concurrence : trois clauses, deux chambres, une question*, JCP E 2010, 1157.

<sup>3249</sup> Dans ce sens : Soc. 29/10/2014 : n° 13-20068, un directeur adjoint, gestionnaire de portefeuilles dans une société de gestion financière était tenu d'une clause ainsi libellée : « quand vous aurez quitté notre société, vous vous engagez à vous abstenir : - de proposer vos services pendant une période de 12 mois sans notre accord préalable à un client de notre société pour lequel vous aurez travaillé, voire de solliciter un emploi auprès de lui », la Cour de cassation juge que « la cour d'appel ayant constaté, sans dénégation, que le contrat comportait une clause de non-concurrence, dès lors qu'elle avait pour objet d'interdire au salarié une activité professionnelle après la rupture de son contrat de travail, a retenu, à bon droit, que cette clause, dépourvue de contrepartie financière était nulle » – Sur la question : DISSAUX (N.), *Clause de non-concurrence*, *op. cit.*, n° 8.

<sup>3250</sup> Dans ce sens : PICOD (Y.), AUGUET (Y.) et GOMY (M.), *Concurrence (Obligation de non-)*, Rép. com., 2009, maj. 2014, n° 22 – DISSAUX (N.), *Clause de non-concurrence*, *op. cit.*, n° 11, « le régime de la clause de non-concurrence s'impose dès lors qu'en fait, les résultats pratiques d'une clause voisine sont tout aussi restrictifs que ceux d'une clause de non-concurrence ».

par la doctrine de « *diminutif[s] de la clause de non-concurrence* »<sup>3251</sup>.

Par conséquent, les différences de traitement qui seraient identifiées entre les distributeurs dans la limitation des clauses de non-concurrence se retrouveront également pour les autres clauses limitant l'activité post-contractuelle<sup>3252</sup>. Or, la clause de non-concurrence post-contractuelle a donné lieu à un rapprochement progressif du droit du travail et du droit économique<sup>3253</sup> qui a gommé la plupart des différences qui existaient entre les distributeurs.

**856. Uniformisation progressive des jurisprudences sociale et commerciale.** La jurisprudence sociale a toujours considéré qu'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de travail était, en principe, licite<sup>3254</sup>. Initialement, cette validité était largement admise, en particulier la justification ou l'utilité de la clause était laissée à l'appréciation de l'employeur<sup>3255</sup>, elle devait seulement comporter une limite temporelle ou spatiale<sup>3256</sup> et « *laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité professionnelle qui lui est propre* »<sup>3257</sup>, c'est-à-dire « *de retrouver un autre emploi, compte tenu de sa formation et de son expérience professionnelles* »<sup>3258</sup>. De même, la jurisprudence commerciale considérait que la clause devait uniquement comporter une limite temporelle ou spatiale<sup>3259</sup> et laisser au débiteur une possibilité d'activité dans sa spécialité<sup>3260</sup>.

En 1992, la chambre sociale a conditionné la validité de la clause de non-concurrence au fait qu'elle soit « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »<sup>3261</sup>. En 1994, la chambre commerciale a exigé que la clause soit proportionnée au regard de l'objet du contrat<sup>3262</sup> puis, en 2002, qu'elle soit « *nécessaire à la protection des intérêts* » du créancier même si la loi ne le prévoit pas<sup>3263</sup>.

---

<sup>3251</sup> Pour la clause de non-réaffiliation : PICOD (Y.), AUGUET (Y.) et GOMY (M.), *op. cit.*, n° 22 – Pour la clause de clientèle : ANTONMATTEI (P.-H.), *Les clauses du contrat de travail*, Liaisons sociales, 2005, p. 84.

<sup>3252</sup> V. cependant : Com. 31/01/2012 : n° 11-11071 ; B. n° 17 ; *op. cit.*, une partie de la doctrine a soutenu, à partir d'une analyse *a contrario* de la formule de la Cour de cassation qu'une contrepartie financière pourrait s'imposer pour les clauses de non-concurrence et non pour les clauses de non-réaffiliation (DISSAUX (N.), note *op. cit.* et GOMY (M.), note *op. cit.*).

<sup>3253</sup> Sur la question : MARTINON (A.), *Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ?*, in *Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, 2007, Dalloz, p. 527.

<sup>3254</sup> V. par ex. : Soc. 18/12/1997 : n° 95-43409 ; B. n° 459.

<sup>3255</sup> Dans ce sens : Soc. 13/10/1988 : n° 85-43352 ; B. n° 494 ; JCP E 1989.II.15474, J. Amiel-Donat ; D. 1989, 122, Y. Serra et 165, P. Fieschi-Vivet, « *alors qu'elle avait constaté que la clause était limitée dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité interdite et qu'elle avait relevé en outre que le salarié n'avait pas une qualification très spécialisée, ce qui était de nature à lui permettre de se faire embaucher en sa qualité de conducteur de travaux même durant la période et dans le secteur géographique prévus, la cour d'appel, qui ne pouvait substituer son appréciation de l'utilité pour l'employeur de l'obligation imposée au salarié à la force obligatoire de la convention des parties, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations* ».

<sup>3256</sup> V. par ex. : Com. 30/10/1989 : n° 88-16804 ; B. n° 260 ; D. 1990, somm. 79, Y. Serra – Com. 18/12/1979 : n° 78-11393 ; B. n° 340 – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 177 – SERRA (Y.), *La non-concurrence en matière...*, *op. cit.*, n° 211 – LYON-CAEN (G.), *Les clauses restrictives de la liberté du travail*, DS 1963, p. 89.

<sup>3257</sup> Soc. 14/05/1988 : n° 85-46064 – Soc. 10/07/1990 : n° 89-43798.

<sup>3258</sup> Soc. 18/12/1997 : n° 95-43409 ; B. n° 459 – V. également : Soc. 18/09/2002 : n° 00-42904 ; B. n° 272 ; D. 2002, 3229, note Y. Serra ; DS 2002, 1007, note R. Vatinet ; JCP E 2003, 509, note P. Morvan ; RDC 2003, 150, note C. Radé.

<sup>3259</sup> Req. 02/07/1900 : DP 1901, I, 294, « *la liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie ne peut être restreinte par des conventions particulières que si ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitées tout à la fois quant au temps et quant au lieu* ».

<sup>3260</sup> Com. 29/05/1980 : n° 79-10323 ; B. n° 220 – V. également : Com. 09/07/2002 : n° 00-18311 ; D. 2003, 902, note Y. Auguet – Com. 31/01/2012 : n° 11-11071 ; B. n° 17.

<sup>3261</sup> Soc. 14/05/1992 : n° 89-45300 ; B. n° 309 ; JCP 1992.II.21889, note J. Miel-Donat ; D. 1992, 350, note Y. Serra.

<sup>3262</sup> Com. 04/01/1994 : n° 92-14121 ; B. n° 4 ; D. 1995, 260, Y. Serra ; RTD civ. 1994, 349, J. Mestre – Pour des confirmations : Com. 16/12/1997 : n° 96-10859 ; B. n° 294 ; CCC 1998, 39, L. Leveneur – Civ. 1 11/05/1999 : n° 97-14493 ; B. n° 156 – Com. 01/07/2003 : n° 02-11384 ; JCP E 2004, 786, S. Moracchini-Zeidenberg ; D. 2004, 1153, Y. Picod – Com. 24/11/2009 : n° 08-17650 ; JCP E 2010, 1220, N. Dissaux.

<sup>3263</sup> L'article L. 134-14 du Code de commerce transposant l'article 20 de la directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986 prévoit que le contrat d'agence commerciale « *peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat* » dont la validité suppose qu'elle soit établie par écrit et « *concerne le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confiés à l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation aux termes du contrat* ». La loi, à l'instar de la directive, précise également que « *la clause de non-concurrence n'est valable que pour une période maximale de deux ans après la cessation d'un contrat* », cette durée ne pouvant être modifiée au détriment de l'agent



En 2002, la chambre sociale a abandonné le caractère alternatif des limitations temporelles et spatiales et jugé qu' « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l' obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives »<sup>3264</sup>.

Les exigences de limites temporelles et spatiales semblaient rester, sauf texte contraire<sup>3265</sup>, alternatives pour la chambre commerciale<sup>3266</sup> mais cette position pourrait avoir été abandonnée en 2009<sup>3267</sup>. Par ailleurs, le règlement d'exemption des ententes anticoncurrentielles 330/2010 prévoit, pour les accords susceptibles de relever de son champ d'application, que la clause de non-concurrence post-contractuelle bénéficie de l'exemption uniquement si elle est « indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur notamment », concerne « des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels », comporte une limite temporelle (« un an à compter de l'expiration de l'accord ») et une limite géographique (« limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat »)<sup>3268</sup>. Or la Cour de cassation a déjà annulé une clause de non-concurrence au seul visa de ces règles alors même que l'absence d'exemption par application du règlement n'entraîne pas automatiquement la nullité de clause considérée<sup>3269</sup>. Même si cette solution est critiquable elle montre, en tout cas, que la jurisprudence commerciale est imprégnée des règles européennes dans son appréciation de la validité des clauses de non-concurrence<sup>3270</sup>, ce qui devrait la conduire à exiger le cumul des limites temporelles et géographiques.

**857. Subsistance d'une différence et plan.** Par conséquent, dans les conditions de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle, la seule différence importante subsistant entre les distributeurs<sup>3271</sup> réside dans l'exigence d'une contrepartie financière posée en droit du travail mais non reprise en droit

---

commercial (C. com. art. L. 134-16). Si les limites géographiques et aux produits et services contractuels s'articulaient bien avec la jurisprudence, le texte semblait poser la validité de toute clause de non-concurrence d'une durée de deux années insérée dans un contrat d'agence commerciale. La Cour de cassation a néanmoins jugé qu'une clause satisfaisant aux limites légales n'était pas nécessairement valable car elle devait, en plus être proportionnée aux intérêts légitimes du mandant et ne pas empêcher concrètement l'ancien agent d'exercer toute activité professionnelle (Com. 04/06/2002 : n° 00-14688 ; B. n° 98 ; D. 2002, p. 2328, note E. Chevrier ; GP 2003, somm. p. 1112, note D. Guével ; PA 3/07/2003, 35, L. Etner ; CCC 2002, 153, L. Leveneur – Com. 14/02/2012, 3 arrêts : n° 09-11689, 09-11690 et 09-11691 ; CCE 2012, 65, M. Chagny).

<sup>3264</sup> Soc. 10/07/2002, 3 arrêts : n° 99-43334, 99-43335 et 99-43336 ; B. n° 239 ; JCP 2002.II.10162, F. Petit ; JCP E 2002, 1511, note D. Corrignan-Carsin ; DO 2002, 533, D. Taté ; D. 2002, 2491, Y. Serra et 3111, J. Pélissier ; D. 2003, 1222, B. Thuillier ; PA 25/03/2003, 13, F. Jault ; RDC 2003, 17, J. Rochfeld, et 142, C. Radé ; DS 2002, 949, R. Vatinet.

<sup>3265</sup> Le cumul est exigé pour l'agence commerciale (C. com. art. L. 134-14). Il convient cependant de remarquer que le statut ne prévoit pas le caractère d'ordre public de cette règle (C. com. art. L. 134-16).

<sup>3266</sup> Sur le débat doctrinal et les incertitudes jurisprudentielles sur la question : BOUCHER (C.-E.), *Clause de non-concurrence - Validité*, JCl. Distrib., fasc. 122, 2012, n° 73 et 74 – Sur le caractère alternatif : SERRA (Y.), *La non-concurrence...*, *op. cit.*, n° 202.

<sup>3267</sup> Com. 24/11/2009 : n° 08-17650 ; JCP E 2010, 1220, N. Dissaux, « la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise n'est subordonnée qu'à la condition que cette clause soit limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle soit proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat » (mise en gras ajoutée) – V. également : Com. 18/10/2011 : n° 10-24808 ; CCC 2012, note 3, note L. Leveneur – Sur la question : DISSAUX (N.), *Clause de non-concurrence*, *op. cit.*, n° 41.

<sup>3268</sup> Règl. UE n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010, art. 5, §1, point b.

<sup>3269</sup> Com. 09/06/2009 : n° 08-14301 ; CCC 2009, 221, M. Malaurie-Vignal ; PA 04/01/2010, 11, N. Dissaux, cassation sans renvoi prononcée au visa et sous l'empire du précédent règlement d'exemption (Règl. CE n° 2790/1999 de la Commission du 22/12/1999) – Sur la question : CELAYA (M.), *Validité des clauses de non-concurrence et contrats de franchise : le fourvoiement*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4181, soutenant que « l'envasement de l'appréciation de la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelle par ce droit [des pratiques anticoncurrentielles] n'est pas justifié ».

<sup>3270</sup> Sur la question : DISSAUX (N.), *Clause de non-concurrence*, *op. cit.*, n° 24 s.

<sup>3271</sup> Le Code de commerce prévoit que « sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou [...] [un artisan], la possibilité [...] d'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, [...] une obligation de non-concurrence postcontractuelle » (art. L. 442-6, II, e). Cette différence à une portée restreinte et est justifiée par la protection du petit commerce.

économique (A). Il conviendra donc d'en apprécier la justification (B).

## **A – Les différences d'indemnisation de la clause de non-concurrence post-contractuelle**

**858. Plan.** Les différences d'indemnisation de la clause de non-concurrence post-contractuelle de traitement entre les distributeurs résident dans le fait que la clause liant certains distributeurs doit obligatoirement comporter une contrepartie financière (1) alors que cette clause ne suppose pas une telle contrepartie et n'ouvre droit à aucune indemnisation spécifique pour les autres (2).

### ***1 – Les distributeurs bénéficiant d'une contrepartie financière***

**859. Ensemble des distributeurs soumis au droit du travail.** Depuis un revirement du 10 juillet 2002<sup>3272</sup>, la Cour de cassation conditionne la validité des clauses de non-concurrence stipulées dans un contrat de travail à l'existence d'une « *contrepartie financière* ».

L'exigence de contrepartie financière a été jugée applicable aux gérants de succursales<sup>3273</sup> et aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire<sup>3274</sup> sur le fondement du même principe et de l'application du Code du travail. Elle devrait ainsi également s'appliquer aux VRP puisque les dispositions du Code du travail leur sont applicables et qu'ils sont présumés être liés par un contrat de travail avec leur donneur d'ordre<sup>3275</sup>.

**860. Montant.** La jurisprudence exige que la contrepartie financière soit déterminée<sup>3276</sup> et non dérisoire. Elle l'analyse sinon comme une absence de contrepartie entraînant la nullité de la clause<sup>3277</sup> et causant nécessairement un préjudice au salarié<sup>3278</sup>. Ainsi, une contrepartie financière constituée par le maintien pendant la durée d'exécution de la clause de 10 % de la rémunération brute du salarié calculée sur le mois de janvier de la dernière année travaillée a été jugée dérisoire<sup>3279</sup> et il a pu être jugé que la contrepartie devait correspondre au minimum à 33 % de la rémunération moyenne mensuelle brute sur les douze derniers mois<sup>3280</sup>. En effet, les conventions collectives prévoient généralement des contreparties représentant 33 à 66 %

---

<sup>3272</sup> Soc. 10/07/2002, 3 arrêts : n° 99-43334, 99-43335 et 99-43336 ; B. n° 239 ; JCP 2002.II.10162, F. Petit JCP E. 2002, 1511, D. Corrigan-Carsin ; DO 2002, 533, D. Taté ; D. 2002, 2491, Y. Serra et 3111, J. Pélissier ; D. 2003, 1222, B. Thuillier ; PA 25/03/2003, 13, F. Jault ; RDC 2003, 17, J. Rochfeld et 142, C. Radé ; DS 2002, 949, R. Vatinet.

<sup>3273</sup> Soc. 19/03/2014 : n° 12-35308, « *vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 781-1 devenu L. 7321-1 du code du travail ; [...] une clause de non-concurrence introduite dans le contrat d'un gérant de succursale n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du gérant et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au gérant une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* ».

<sup>3274</sup> Soc. 09/01/2013 : n° 11-26418 ; B. n° 4, « *vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et l'article L. 782-7, recodifié L. 7322-1, du code du travail ; [...] en application de ce principe et de ce texte, une clause de non-concurrence stipulée dans le contrat d'un gérant non salarié de succursale de maison d'alimentation de détail n'est licite que si elle comporte l'obligation pour la société de distribution de verser au gérant une contrepartie financière* » – Soc. 09/01/2013, 2 arrêts : n° 11-26417 et 11-26419 – Soc. 28/09/2011 : n° 10-21294 ; B. n° 210 – Soc. 08/12/2009 : n° 08-42089 ; B. n° 277 – Soc. 08/12/2009 : n° 08-42090 ; B. n° 278.

<sup>3275</sup> *Supra* n° 285 et 288. – Les VRP entrant dans le champ d'application de l'accord national interprofessionnel des VRP du 03/10/1975 bénéficiaient déjà d'une contrepartie prévue par cet accord (art. 17).

<sup>3276</sup> Soc. 23/09/2014 : n° 13-15111.

<sup>3277</sup> Soc. 18/02/2015 : n° 13-15047 – Soc. 16/05/2012 : n° 11-10760 ; B. n° 153 – Soc. 23/06/2010 : n° 08-44160 – Soc. 15/11/2006 : n° 04-46721 ; B. n° 341 ; JCP 2007.II.10039, D. Corrigan-Carsin ; RDT 2007, 95, J. Pélissier ; DS 2007, 241, J. Mouly.

<sup>3278</sup> *Infra* n° 877.

<sup>3279</sup> Soc. 15/11/2006 : n° 04-46721 ; B. n° 341 ; RDT 2007, 95, J. Pélissier ; DS 2007, 241, J. Mouly.

<sup>3280</sup> Soc. 16/05/2012 : n° 11-10760 ; B. n° 153 – V. également : Soc. 20/02/2013 : n° 11-22647, est valable une clause prévoyant comme contrepartie « *une indemnité brute mensuelle de 50 % du salaire de base fixe mensuel brut* ».

du dernier salaire<sup>3281</sup>. Par ailleurs, la Cour de cassation juge que les stipulations qui « *minorent la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié sont réputées non-écrites* »<sup>3282</sup>.

**861. Conclusion.** Finalement, pour tous les distributeurs soumis au droit du travail que ce soit par l'effet d'un lien de subordination ou par l'application d'un statut spécial, une clause de non-concurrence post-contractuelle ne sera valable qu'à condition d'être assortie d'une contrepartie financière non dérisoire. La règle n'est pas étendue aux autres distributeurs.

## **2 – Les distributeurs ne bénéficiant d'aucune indemnité de non-concurrence**

**862. Présentation.** Hors du droit du travail, la Cour de cassation refuse de conditionner la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles à l'existence d'une contrepartie financière. Cette position a été expressément confirmée depuis 2002 pour les agents commerciaux<sup>3283</sup>, les franchisés<sup>3284</sup> et les agents généraux d'assurance<sup>3285</sup>. Elle est certainement transposable aux gérants-mandataires du Code de commerce, aux concessionnaires, aux commissionnaires et à tous les distributeurs non soumis au droit du travail<sup>3286</sup>.

**863. Tentative d'indemnisation sur le fondement du quasi-contrat.** La doctrine a néanmoins cru en une évolution suite à un arrêt inédit du 9 octobre 2007<sup>3287</sup>.

**Faits.** Dans cette affaire, des contrats de franchise sans exclusivité à durée déterminée renouvelables avaient été conclus entre le mandataire (Cellcorp) d'un opérateur de téléphonie mobile (SFR) et une société exploitant une boutique de vente de téléphones et abonnements (ETE). Le franchisé percevait une rémunération comportant une part fixe fonction du nombre d'abonnements souscrits dans le point de vente, une part proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé par SFR à partir de ces abonnements et une part

---

<sup>3281</sup> Sur la question : DAMY (G.), *La clause de non-concurrence dans les relations de travail*, JCP E 2008, 1025 – V. par ex. : Accord national interprofessionnel des VRP du 03/10/1975, art. 17, prévoyant pour une clause d'une durée supérieure à 1 an, une contrepartie mensuelle égale à 2/3 de la rémunération mensuelle moyenne des 12 derniers mois et, pour une clause d'une durée inférieure ou égale à 1 an, 1/3 de la rémunération mensuelle moyenne.

<sup>3282</sup> Soc. 03/05/2012 : n° 10-26701 – V. également : Soc. 23/09/2014 : n° 13-16839, jugeant que « *le salarié lié par une clause de non-concurrence devant bénéficier d'une contrepartie financière, les parties ne pouvaient dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation* ».

<sup>3283</sup> Com. 04/12/2007 : n° 06-15137 ; B. n° 255 ; D. 2008, 10, E. Chevrier et 248, M. Gomy ; RTD com. 2008, 409, B. Bouloc ; JCP E 2008, 1638, n° 10, D. Mainguy ; CCC 2008, 38, N. Mathey ; RLC 04-06/2008, 91, M. Chagny, « *le législateur n'a pas entendu que l'obligation de non-concurrence soit indemnisée lorsque la clause qui la stipule est conforme aux dispositions de l'article L. 134-14 du code de commerce* ». – V. également : Com. 17/01/2012 : n° 10-27701 – Com. 22/02/2005 : n° 03-11787.

<sup>3284</sup> Dans ce sens : Com. 18/11/2008 : n° 07-18599 – Dès 2003, malgré l'évolution opérée en droit du travail, la Cour de cassation n'a pas ajouté la contrepartie financière aux conditions de validité des clauses de non-concurrence stipulées dans les contrats de franchise (Com. 1<sup>er</sup> juil. 2003 : 3 arrêts : n° 02-11381, 02-11382 et 02-11383 – Com. 8 juil. 2003 : n° 02-10502 – Com. 07/01/2004 : n° 02-17091). – V. cependant : Com. 31/01/2012 : n° 11-11071 ; B. n° 17 ; D. 2012, 501, E. Chevrier et 2760, M. Gomy ; JCP E 2012, 1143, N. Dissaux et 1205, M. Malaurie-Vignal. – Une partie de la doctrine a soutenu, à partir d'une analyse *a contrario*, qu'une contrepartie financière pourrait s'imposer pour les clauses de non-concurrence (DISSAUX (N.), note préc. et GOMY (M.) note préc.).

<sup>3285</sup> Civ. 1 2/10/2013 : n° 12-22846 ; B. n° 195, « *au regard du caractère exclusivement libéral de l'activité de mandataire de l'intéressé, la validité de la clause litigieuse n'était pas subordonnée à l'octroi d'une contrepartie financière* ».

<sup>3286</sup> La chambre commerciale de la Cour de cassation a notamment posé le principe qu'« *une clause de non-concurrence prévue à l'occasion de la cession de droits sociaux est licite à l'égard des actionnaires qui la souscrivent dès lors qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ; que sa validité n'est subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière que dans le cas où ces associés ou actionnaires avaient, à la date de leur engagement, la qualité de salariés de la société qu'ils se sont engagés à ne pas concurrencer* » (Com. 08/10/2013 : n° 12-25984), la contrepartie financière semble donc clairement réservée à des situations dans lesquelles existait un rapport soumis au droit du travail.

<sup>3287</sup> Com. 09/10/2007 : n° 05-14118 ; JCP 2007.II.10211, N. Dissaux ; JCP E 2008, 1020, N. Dissaux ; CCC 2007, 298, M. Malaurie-Vignal ; D. 2008, 388, D. Ferrier ; RTD civ. 2008, 119, P.-Y. Gautier et 300, B. Fages ; RDC 2008, 410, M. Behar-Touchais ; RJDA 4/08, 355, H. Kenfack ; RLDA 22/07, 40, D. Ferré et E. Debert – CCE 2008, 42, P. Stoffel-Munck. – Sur cet arrêt, voir également : RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, Préf. Y. Picod, avant-propos L. Vogel, Fondation Varenne, LGDJ, 2014, n° 365 s. – PASQUIER (I), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 182.

constituée de primes et compléments en cas de renouvellement d'un téléphone mobile sans changement de ligne par un abonné SFR. Les contrats comportaient une clause de non-concurrence post-contractuelle interdisant pendant une année, l'exécution de prestations identiques à celles du contrat.

Après quatre années, le franchiseur refusa de renouveler le contrat. S'en suivit la liquidation du distributeur et une action du liquidateur en demande d'indemnité pour perte de clientèle.

**Solutions.** La cour d'appel le déboutât au motif que l'exploitant ne pouvait former une demande que pour la clientèle non attachée à la société SFR mais n'apportait « *sur ce point aucun élément qui puisse être mis en relation directe et nécessaire avec le fait de SFR* ». La Cour de cassation estima néanmoins « *qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait, tout à la fois, que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction, la cour d'appel a[vait] violé [l'article 1371 du Code civil]* ». La Cour de cassation paraît ainsi admettre qu'un distributeur prouvant la perte d'une clientèle propre par l'effet d'une clause de non-concurrence stipulée au profit de son ancien fournisseur peut obtenir une indemnisation.

**Majeure.** La solution se fonde sur l'article 1371 du Code civil qui définit les quasi-contrats<sup>3288</sup> et semble, plus précisément se rapporter à la théorie de l'enrichissement sans cause<sup>3289</sup>. Cette théorie suppose un appauvrissement et un enrichissement corrélatif ne trouvant pas sa cause dans un titre légal, conventionnel ou judiciaire. Une action est alors ouverte à l'appauvri contre l'enrichi en paiement d'une somme correspondant au montant le plus faible entre l'enrichissement et l'appauvrissement. L'appauvri est cependant irrecevable si l'appauvrissement résulte d'une faute positive de sa part, de la poursuite d'un intérêt personnel ou s'il dispose d'une autre action (l'action est subsidiaire)<sup>3290</sup>.

**Mineure.** L'application de cette théorie posait cependant plusieurs difficultés en l'espèce.

L'appauvrissement ne pouvait être trouvé que dans la perte d'une clientèle très limitée constituée par les acheteurs de téléphones et accessoires conditionnant leur achat à la souscription simultanée d'un abonnement<sup>3291</sup> mais l'enrichissement corrélatif du fournisseur n'était pas du tout évident<sup>3292</sup>.

---

<sup>3288</sup> C. civ. art. 1371, « *les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.* »

<sup>3289</sup> L'article 1371 du Code civil connaît seulement quatre applications. Deux sont légales : la gestion d'affaires (art. 1372 à 1375) et la répétition de l'indu (C. civ. art. 1376 à 1381). Les deux autres sont jurisprudentielles : la théorie de l'enrichissement sans cause (Req. 15/06/1892 : DP 1892, 1, 596, S. 1893, 1, 281) et l'obligation de l'organisateur d'une loterie de délivrer un gain à la personne dénommée à laquelle il l'a annoncé sans mettre en évidence l'existence d'un aléa (Mixte 06/09/2002, 2 arrêts : n° 98-22981 et 98-14397 ; B. n° 4 et 5 ; R. Cass. 2002, 448 ; D. 2002, 2531, A. Lienhard, 2963, D. Mazeaud ; JCP 2002.II.10173, S. Reifegerste ; JCP E 2002, 1687, G. Viney (1<sup>er</sup> esp.) ; Defr. 2002, 1608, E. Savaux ; CCC 2002, 151, G. Raymond et 166, P. Stoffel-Munck ; PA 24/10/2002, 16, D. Houtcieff ; RTD civ. 2003, 94, J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2003, 355, B. Bouloc). En l'espèce, le franchisé ne demandait pas le remboursement d'une somme indument payée, de frais exposés pour la gestion d'une affaire du franchiseur ou encore le versement d'un gain annoncé lors d'une loterie, il ne restait donc plus que la théorie de l'enrichissement sans cause. – Sur les quasi-contrats : GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement de droit privé*, Préf. Y. Lequette, Defrénois, 2006 – DOUCHY-LOUDOT (M.), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Préf. A. Sériaux, Economica, 1997.

<sup>3290</sup> Sur les conditions et les effets de la théorie de l'enrichissement sans cause : BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 482 s. – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 1062 s.

<sup>3291</sup> La clientèle ne pouvait être celle des souscripteurs d'abonnements téléphoniques puisque leurs contrats lient seulement l'opérateur téléphonique, le distributeur agissant comme courtier, mandataire ou agent commercial. La clientèle était donc nécessairement celle des acheteurs de téléphones qui seuls contractent directement avec le distributeur. Il faut alors admettre que l'achat d'un téléphone est lié à celui d'un abonnement téléphonique et que la perte de la possibilité de proposer des abonnements téléphoniques entraînerait la perte d'au moins une partie de la clientèle des acheteurs de téléphones et accessoires (sur la question : FERRIER (D.), note ss Com. 09/10/2007, D. 2008, p. 388 s., p. 389 – STOFFEL-MUNCK (P.), note ss Com. 09/10/2007, CCE 2008, comm. 42). Par ailleurs, la Cour de cassation,

Mais c'est surtout l'absence de cause à l'enrichissement qui prêtait à discussion. En effet, cette cause réside, en principe, dans l'exécution de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle à laquelle les parties ont consenti. L'admission d'une absence de cause impliquait donc, *a priori*, la nullité de la clause alors qu'elle n'avait pas été constatée<sup>3293</sup>. Par ailleurs, même en postulant la nullité de la clause, l'action *de in rem verso* n'était pas nécessairement recevable en raison de son caractère subsidiaire puisque le préjudice causé par le respect d'une clause de non-concurrence nulle ouvre une action en responsabilité contractuelle<sup>3294</sup>.

Monsieur Dissaux soutient cependant qu'il faudrait distinguer l'exécution d'une convention qui conférerait à l'une des parties un droit sur l'enrichissement et la cession d'une convention qui ne cristalliserait, en elle-même, aucun droit<sup>3295</sup>. Cependant, ce n'est pas la cessation du contrat qui était à l'origine de l'enrichissement mais plutôt l'exécution de l'obligation de ne pas faire de la clause de non-concurrence qui survit à la cessation du contrat<sup>3296</sup>. L'auteur soutient encore que la clause n'a pas pour objet un transfert de clientèle, l'enrichissement sera donc « *fortuit, circonstanciel, mais non point causé* »<sup>3297</sup>. Ce raisonnement conduirait cependant à ouvrir une action en enrichissement sans cause à tout acteur du marché qui verrait sa clientèle captée par un concurrent. Or l'enrichissement d'une entreprise et l'appauvrissement corrélatif d'une autre n'a rien d'anormal, la situation renvoie à la licéité de principe du dommage concurrentiel. Seul un acte ou fait illicite, une concurrence illégale ou déloyale, peut rendre ce dommage réparable, ce qui replace le débat sur la validité de la clause de non-concurrence.

D'autres auteurs ont tenté de sauver la solution en la fondant sur l'intérêt commun<sup>3298</sup>. La notion est cependant totalement absente de l'arrêt. Ensuite, elle a toujours été cantonnée au mandat<sup>3299</sup> or, en l'espèce, il s'agissait d'indemniser une clientèle propre au distributeur procédant donc nécessairement de son activité de revente et non de vente sous mandat<sup>3300</sup>. Enfin, l'intérêt commun aurait seulement pu fonder une indemnisation de la perte des rémunérations tirées de l'accomplissement de l'objet du mandat en cas de

---

relève dans un autre attendu « *qu'en retenant qu'une partie de la clientèle de la société ETE était attachée à d'autres marques, la cour d'appel a exclu que [la clause de non-concurrence] interdise au franchisé de continuer son activité avec d'autres opérateurs après la rupture des relations* ». La perte de clientèle correspond ainsi aux acheteurs de téléphones portables n'ayant pas d'abonnement préalable et conditionnant leur achat d'un téléphone à la souscription, en même temps, d'un abonnement.

<sup>3292</sup> En quoi le fait qu'un distributeur perde une clientèle d'acheteurs de téléphones entraînerait un enrichissement pour un opérateur téléphonique ? On pourrait considérer que, par la rupture de la relation de franchise, SFR n'est plus tenue de verser au distributeur la rémunération variable calculée à partir du chiffre d'affaires réalisé sur les abonnements souscrits par lui et augmente ainsi sa marge. Cependant, cet enrichissement n'est pas corrélatif à la perte de clientèle du distributeur mais seulement à la fin de la relation. La seule hypothèse consiste à considérer que la société SFR commercialise directement des téléphones portables en plus de ses abonnements et que sa clientèle pour ces téléphones serait augmentée du fait de l'impossibilité du distributeur de proposer pendant une année des abonnements lors de la vente de téléphones portables. Une telle corrélation n'est pas du tout évidente. — Soutenant qu'il n'y avait pas d'enrichissement : BEHAR-TOUCHAIS(M.), note ss Com. 09/10/2007, RDC 2008, p. 410.

<sup>3293</sup> La Cour de cassation fait référence à « *la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence* » et non à l'exécution d'une clause de non-concurrence nulle.

<sup>3294</sup> Soc. 11/01/2006 : n° 03-46933 ; B. n° 8 : « *Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble les articles 1147 du Code civil et L. 120-2 du Code du travail ; [...] le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* » — V. aussi : Soc. 30/03/2011 : n° 09-70306 ; B. n° 82.

<sup>3295</sup> DISSAUX (N.), note ss Com. 23/10/2012, D. 2012, p. 2862.

<sup>3296</sup> Sur les effets post-contractuels des contrats : BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n° 316 — TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 481-3 — ANDRE (M.-E.), DUMONT (M.-P.) et GRIGNON (P.), *L'après-contrat*, Ed. Francis Lefebvre, 2005.

<sup>3297</sup> DISSAUX (N.), note ss Com. 23/10/2012, D. 2012, p. 2862 — Dans ce sens également : VABRES (R.), *La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation*, RTD com. 2011, p. 215 s., n° 24.

<sup>3298</sup> Dans ce sens : PASQUIER (T.), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 182 — GAUTIER (P.-Y.), RTD civ. 2008, p. 121 s. — FERRIER (D.), note ss Com. 09/10/2006, D. 2008, p. 390.

<sup>3299</sup> L'intérêt commun n'a d'effet sur la cessation de la relation que dans le cadre d'un mandat (*supra* n° 661 s.).

<sup>3300</sup> Sur l'impossibilité du mandataire d'avoir une clientèle propre : *supra* n° 170.

résiliation sans cause légitime. Or, en l'espèce, il s'agissait d'un non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée et d'indemniser une perte de clientèle propre.

Le seul moyen de sauver la solution était d'admettre que la Cour de cassation avait créé un nouveau quasi-contrat<sup>3301</sup> : le créancier d'une obligation de non-concurrence post-contractuelle s'engagerait à indemniser le débiteur pour la perte de clientèle propre connexe à l'activité interdite qu'elle provoquerait<sup>3302</sup>.

**Épilogue.** La Cour de cassation a finalement abandonné sa solution en approuvant la cour d'appel de renvoi de ne pas l'avoir suivie et en jugeant que « *les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties* »<sup>3303</sup>.

**864. Conclusion.** Par conséquent, en droit positif, tout enrichissement du fournisseur lié à l'exécution du contrat de distribution ou à sa cessation et, en particulier, à l'exécution de la clause de non-concurrence post-contractuelle est causé et n'a pas à s'accompagner d'une quelconque contrepartie financière hors du droit du travail. Par ailleurs, à la différence de la chambre sociale, la chambre commerciale ne présume pas l'existence d'un préjudice en cas de stipulation d'une clause de non-concurrence nulle<sup>3304</sup>.

Il existe ainsi des différences de traitement importantes entre les distributeurs soumis au droit du travail et les autres dont il convient de rechercher la justification.

## **B – L'absence de justification des différences d'indemnisation de la clause de non-concurrence post-contractuelle**

**865. Plan.** La mise en évidence des fondements de la contrepartie financière des clauses de non-concurrence en droit du travail (1) permettra d'apprécier la justification des différences de traitement observées (2).

### ***1 – Les fondements de la contrepartie financière des clauses de non-concurrence en droit du travail***

**866. Présentation.** L'exigence d'une contrepartie financière à la clause de concurrence en droit du travail est issue d'une évolution jurisprudentielle initiée en 2002 au visa du « *principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* » et de la loi qui prévoit que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »<sup>3305</sup>. La jurisprudence se réfère

---

<sup>3301</sup> Envisageant cette hypothèse : DISSAUX (N.), note ss Com. 23/10/2012, D. 2012, p. 2862 – STOFFEL-MUNCK (P.), note ss Com. 09/10/2007, CCE 2008, comm. 42 – RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, Préf. Y. Picod, avant-propos L. Vogel, Fondation Varenne, LGDJ, 2014, n° 370.

<sup>3302</sup> Les fournisseurs entendant stipuler les clauses de non-concurrence post-contractuelles auraient alors eu tout intérêt à interdire à leurs distributeurs l'exercice de toute activité connexe à celle faisant l'objet du contrat de distribution afin d'éviter d'avoir à les indemniser de la perte de clientèle propre attachée à ces activités connexes (FERRIER (D.), note ss Com. 07/10/2007, D. 2008, p. 390).

<sup>3303</sup> Com. 23/10/2012, 2 arrêts : n° 11-21978 et 11-25175 ; B. n° 192 ; D. 2012, 2862, N. Dissaux ; D. 2013, 732, D. Ferrier ; RTD civ. 2013, p. 11, note B. Fages ; CCC 2013, 6, N. Mathey ; JCP E 2013, 1068, D. Sassolas et 1200, D. Mainguy.

<sup>3304</sup> Dans ce sens : Com. 24/06/2014 : n° 13-15953.

<sup>3305</sup> Soc. 10/07/2002, 3 arrêts : n° 99-43334, 99-43335 et 99-43336 ; B. n° 239 ; JCP 2002.II.10162, F. Petit ; JCP E 2002, 1511, D. Corrigan-Carsin ; DO 2002, 533, D. Taté ; D. 2002, 2491, Y. Serra et 3111, J. Pélissier ; D. 2003, 1222, B. Thuillier ; PA 25/03/2003, 13, F. Jault ; RDC 2003, 17, J. Rochfeld et 142, C. Radé ; VATINET (R), *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglia*, DS 2002, p. 949 s., visant l'article L. 120-2 du Code du travail, devenu depuis l'article L. 1121-1

également parfois à l'article 1131 du Code civil relatif à la cause<sup>3306</sup>.

**867. Plan.** Les fondements de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence post-contractuelle peuvent donc être recherchés à la fois dans la notion de cause (a), dans le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle (b) et, le cas échéant, dans le régime de la contrepartie financière (c).

#### a - La recherche du fondement dans la notion de cause

**868. Présentation.** Une partie de la doctrine soutient que la contrepartie financière s'impose en vertu d'un « principe général » qui « domine le droit des contrats » selon lequel « dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque partie doit avoir une cause qui est la contrepartie fournie par le cocontractant »<sup>3307</sup>. Dans plusieurs décisions imposant une contrepartie financière, la Cour de cassation a visé l'article 1131 du Code civil qui dispose que « l'obligation sans cause [...] ne peut avoir aucun effet »<sup>3308</sup>.

**869. Analyse particulière de la cause et autonomie de la clause.** Ce raisonnement procède d'une analyse de la cause très particulière. En effet, en principe, la jurisprudence n'exige pas que chaque obligation d'un contrat synallagmatique ait une contrepartie particulière<sup>3309</sup> mais apprécie la cause de façon plus globale en jugeant que « la cause des obligations d'une partie résid[e] lorsque le contrat est synallagmatique, dans l'obligation de l'autre »<sup>3310</sup>. Ainsi, la cause de chaque obligation peut être trouvée dans « l'ensemble des obligations » du cocontractant<sup>3311</sup>. L'obligation principale et les différentes obligations accessoires d'un cocontractant sont donc causées par l'obligation principale et les obligations accessoires de l'autre. Dans la droite ligne de ce raisonnement, une partie de la doctrine soutenait que « l'obligation [de non-concurrence post-contractuelle] du salarié trouve sa cause dans l'ensemble des avantages qu'il retire du contrat de travail, son salaire en particulier »<sup>3312</sup> et, jusqu'en 2002, la Cour de cassation a validé les clauses de non-concurrence dans les contrats de travail sans exiger de contrepartie financière<sup>3313</sup>. Expliquer l'exigence d'une contrepartie financière par la notion de cause nécessite donc de considérer la clause de non-concurrence comme autonome par rapport au contrat pour lui imposer une cause particulière ne pouvant résider dans le reste de la convention<sup>3314</sup>.

<sup>3306</sup> V. par ex. : Soc. 16/05/2012 : n° 11-10760 ; B. n° 153.

<sup>3307</sup> AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 179 – Dans le même sens : SERRA (Y.), *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*, D. 2002, p. 2495 – PICOD (Y.) et ROBINNE (S.), *Concurrence (Obligation de non-concurrence)*, Rep. Trav., Dalloz, 05/2009, maj. 2012, n° 60.

<sup>3308</sup> Soc. 16/05/2012 : n° 11-10760 ; B. n° 153. – V. également : Com. 08/10/2013 : n° 12-25984 – Com. 15/03/2011 : n° 10-13824 ; B. n° 39 ; JCP 2011, 566, J. Ghestin et 692, F. Khodri ; CCC 2011, 138, M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2011, 1409, A. Couret et B. Dondero ; D. 2011, 1261, Y. Picod.

<sup>3309</sup> Sur la question : GHESTIN (J.), *L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat*, in Mél. J. Béguin, Litec 2005, p. 311 s. – GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 409 s., p. 268 s.

<sup>3310</sup> Civ. 1 25/05/1988 : n° 86-15683 ; B. n° 149.

<sup>3311</sup> Com. 22/05/1978 : n° 76-15171 ; B. n° 141.

<sup>3312</sup> GAUDU (F.) et VATINET (R.), *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001, n° 317 – V. aussi : CHOISEZ (S.), *La contrepartie financière de la clause de non-concurrence en droit du travail*, DS 1993, p. 662 s., p. 666 – Contra : SERRA (Y.), *La non-concurrence...*, op. cit., n° 226, « cette explication se révèle [...] totalement artificielle car le salarié, en règle générale, n'aurait pas reçu un salaire moindre s'il n'a pas souscrit une clause de non-concurrence. On serait amené en outre, si l'on retenait ce raisonnement, à devoir accepter que l'étendue de la contrepartie fournie par l'employeur dépende de la seule volonté de ce dernier puisqu'il dispose d'une faculté de résiliation unilatérale du contrat de travail et que la clause de non-concurrence est efficace même lorsque le licenciement revêt un caractère abusif ».

<sup>3313</sup> Soc. 11/10/1990 : n° 86-45320 ; B. n° 459 – Soc. 09/10/1985 : n° 83-46113 ; B. n° 442 ; D. 1986, 420, Y. Serra.

<sup>3314</sup> Dans ce sens : JAMIN (C.), *Clause de non-concurrence et contrat de franchise*, D. 2003, p. 2878, n° 7 et s. – FABRE-MAGNAN (M.), *Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations*, in *Regards croisés sur le droit social*, dir. A. Supiot, SSL 2002, suppl. n° 1095, p. 32 s. – ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 311, LGDJ, 1999, n° 526 s. – LYON-CAEN (G.), *Les clauses restrictives de la liberté du travail*, DS 1963, p. 89 s., n° 23, justifiant l'idée d'une contrepartie spécifique par le caractère « annexe au contrat de travail » de la

Ainsi Monsieur Gomy a soutenu que si le caractère accessoire de la clause de non-concurrence par rapport au contrat de travail ne peut être nié – elle en tire sa justification et n'en constitue pas une condition impulsive et déterminante –, elle pourrait néanmoins s'en détacher<sup>3315</sup>. La clause serait accessoire lors de la formation du contrat de travail mais deviendrait autonome dès le commencement de son exécution. Pour l'auteur, « *c'est au cours de l'exécution du contrat que la clause prend tout à la fois sa justification et son autonomie* »<sup>3316</sup> pour devenir une « *unité fonctionnelle* » avec un équilibre interne, distinct de celui du contrat de travail. Cette justification résiderait dans la transmission d'informations confidentielles<sup>3317</sup> ou d'un savoir-faire<sup>3318</sup> ou encore dans les contacts privilégiés noués avec la clientèle qui procèdent de l'exécution du contrat de travail pendant un certain temps<sup>3319</sup>. Le raisonnement permet d'expliquer à la fois la nouvelle référence à l'article 1131 du Code civil, l'appréciation de la validité de la clause au moment de sa mise en œuvre<sup>3320</sup> et le maintien de la clause malgré la rupture abusive du contrat de travail par l'employeur<sup>3321</sup>. Cependant, il ne permet pas d'expliquer l'exigence d'une contrepartie spécifiquement financière.

**870. Inaptitude à justifier l'exigence de contrepartie financière.** En effet, l'autonomie de la clause n'implique pas son caractère synallagmatique<sup>3322</sup>. D'ailleurs, la jurisprudence déduisait de la stipulation d'une contrepartie financière que la clause était aussi stipulée dans l'intérêt du salarié si bien que l'employeur ne pouvait y renoncer sans accord de celui-ci<sup>3323</sup>. Il s'en déduisait, *a contrario*, que la renonciation unilatérale sans accord du salarié était possible en l'absence de contrepartie financière, la clause étant alors stipulée dans le seul intérêt de l'employeur. L'absence d'intérêt du salarié en l'absence de contrepartie financière semblait ainsi révéler le caractère unilatéral de son engagement. Néanmoins, on a pu faire remarquer qu'« *analyser l'engagement de non-concurrence du salarié comme un contrat unilatéral [...] supposerait [...] que le salarié soit animé d'une intention libérale, ce qui relève de l'hypothèse d'école* »<sup>3324</sup>.

Mais en admettant que l'engagement de non-concurrence soit autonome et synallagmatique et donc que l'obligation du salarié doive trouver sa cause dans l'obligation réciproque de l'employeur, la notion de cause n'exige nullement que cette obligation soit de nature financière. D'autres obligations pourraient parfaitement constituer une cause valable : une assistance à la reconversion, une formation ou encore une obligation de recommandation.

Enfin, la Cour de cassation a refusé l'octroi d'une contrepartie financière aux clauses de non-concurrence

---

clause de non-concurrence. – Sur la question, voir également : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 940 s.

<sup>3315</sup> GOMY (M.), *L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail*, in Mél. Y. Serra, Dalloz, 2006, p. 199 s., n° 6.

<sup>3316</sup> *Ibid.*, n° 10 – Dans le même sens : MARTINON (A.), *Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ?*, in *Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, 2007, Dalloz, p. 527, spéc. p. 536.

<sup>3317</sup> V. par ex. : Soc. 13/01/1999 : n° 97-40023.

<sup>3318</sup> V. par ex. : Soc. 14/02/1995 : n° 93-43898.

<sup>3319</sup> GOMY (M.), *L'autonomie de la clause de non-concurrence*, *op. cit.*, n° 12.

<sup>3320</sup> *Ibid.*, n° 17 s.

<sup>3321</sup> *Ibid.*, n° 20 s. – Pour des exemple de maintien de la clause malgré une rupture abusive : Soc. 09/12/1984 : n° 81-42872 – Soc. 06/12/1984 : n° 81-42872 – Soc. 25/10/1995 : n° 93-45442.

<sup>3322</sup> VATINET (R.), *op. cit.*, p. 952 – MORVAN (P.), note ss Soc. 10/07/2002 : JCP E 2003, n° 446.

<sup>3323</sup> Soc. 04/06/1998 : n° 95-41832 ; B. n° 299, la « *clause était stipulée aussi bien en faveur de l'employeur que du salarié en raison de sa contrepartie financière* » – Soc. 17/02/1993 : n° 89-43658 ; B. n° 57 ; D. 1993, 347, Y. Serra – Soc. 28/11/2001 : n° 99-46032.

<sup>3324</sup> SERRA (Y.), *La non-concurrence...*, *op. cit.*, n° 227.



liant les agents généraux d'assurance en visant pourtant l'article 1131 du Code civil<sup>3325</sup>, ce qui achève de démontrer que la notion de cause n'impose nullement l'existence d'une telle contrepartie.

**871. Conclusion.** Finalement, le fondement tiré de la cause ne permet donc pas d'expliquer l'exigence d'une contrepartie de nature financière. Il convient donc de rechercher son fondement dans le dans le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle systématiquement visé par la Cour de cassation.

### **b - La recherche du fondement dans l'atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle**

**872. Respect de l'article L. 1121-1 du Code du travail.** Dans son rapport annuel, la Cour de cassation explique son revirement de 2002 par le fait que « *la protection de la liberté du travail et le respect des droits et libertés des salariés consacrés par l'article L. 120-2 du Code du travail [l']a conduit [...] à renforcer son contrôle sur les clauses de non-concurrence* » et que l'exigence d'une contrepartie financière « *restaure l'équilibre entre les obligations des parties au contrat de travail* »<sup>3326</sup>.

Cet article prévoit que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »<sup>3327</sup>. Il existe depuis 1992<sup>3328</sup> et les principes qu'il a consacrés – notamment la liberté d'exercer une activité professionnelle – depuis bien plus longtemps<sup>3329</sup>. Or, l'exigence d'une contrepartie financière est apparue 10 ans après le texte, elle n'en découle donc pas de façon évidente.

Par ailleurs, si tel était effectivement le cas, il faudrait admettre qu'une atteinte acceptée par le salarié à un de ses droits ou libertés fondamentaux fonderait un droit à contrepartie financière. Or, un tel principe général n'a jamais été consacré par la jurisprudence<sup>3330</sup>. Par exemple, la clause de mobilité géographique avec obligation de transfert de domicile est valable sans contrepartie financière spécifique alors pourtant qu'à l'instar de la clause de non-concurrence, elle porte atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié ce qui justifie d'ailleurs sa soumission à l'exigence de proportionnalité<sup>3331</sup>. Il a ainsi été remarqué que l'article autorisait « *une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles qu'à la condition qu'elle soit "justifiée par la nature de la tâche" et "proportionnée au but recherché", pas à la condition qu'elle soit rémunérée* »<sup>3332</sup>.

Dans une décision de 2012, la Cour de cassation n'a cependant pas fait référence à ce fondement textuel mais seulement jugé que « *l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une*

---

<sup>3325</sup> Civ. 1 2/10/2013 : n° 12-22846 ; B. n° 195, « *vu les articles 1131 et 1984 et suivant du code civil, ensemble les articles L. 550-1 et R. 511-2, 4°, du code des assurances, le dernier dans sa rédaction issue du décret n° 96-901 du 16 octobre 1996 ; [...] au regard du caractère exclusivement libéral de l'activité de mandataire de l'intéressé, la validité de la clause litigieuse n'était pas subordonnée à l'octroi d'une contrepartie financière* ».

<sup>3326</sup> R. Cass. 2002, p. 349.

<sup>3327</sup> C. trav. art. L. 1121-1 (anc. art. L. 120-2).

<sup>3328</sup> Loi n° 92-1446 du 31/12/1992, art. 25.

<sup>3329</sup> V. déjà : CC 28/05/1983 : n° 83-156 DC ; DS 1984, 159, L. Hamon – Voir également : Soc. 08/05/1967 : B. n° 373 ; D. 1967, 230, G. Lyon-Caen, « *une clause de non-concurrence est en principe licite et ne doit être annulée que dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé* ».

<sup>3330</sup> Sur la question : DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. Seube, L'Harmattan, 2012, n° 571 s., p. 344 s. – PUIG (P.) *Droit fondamentaux et formation du contrat*, in *Contrats et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, p. 21 s., n° 24 s.

<sup>3331</sup> Soc. 15/05/2007 : n° 06-41277.

<sup>3332</sup> VATINET (R.), *op. cit.*, p. 952 (guillemets ajoutées à la place d'une mise en italique dans le texte).

activité professionnelle »<sup>3333</sup>.

**873. Assurance de sauvegarde et d'effectivité de la liberté d'exercer une activité professionnelle.** La contrepartie financière serait ainsi une nécessité spécifique et impérieuse à la sauvegarde et l'effectivité du principe de libre exercice d'une activité professionnelle<sup>3334</sup>.

Cependant, la sauvegarde et l'effectivité de cette liberté est déjà assurée par le fait que la clause de non-concurrence doit être cumulativement « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace* » et tenir « *compte des spécificités de l'emploi du salarié* »<sup>3335</sup>. On perçoit mal ce qu'apporte l'exigence complémentaire d'une contrepartie financière.

Monsieur Serra considère néanmoins que la contrepartie financière incite « *fortement l'employeur à ajuster exactement la prévision et la dimension d'une interdiction de concurrence imposée au salarié à la seule impérieuse nécessité de protéger l'entreprise* » et contribue ainsi au respect de la condition selon laquelle la clause doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise<sup>3336</sup>. L'auteur explique en particulier que l'employeur n'a aucun intérêt à renoncer à la clause si elle ne comporte pas une contrepartie financière que la renonciation le dispenserait de verser<sup>3337</sup>.

Ce raisonnement n'est pas convainquant car le caractère indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise de la clause et son dimensionnement sont déjà des conditions de validité généralement appréciées au moment de sa mise en œuvre<sup>3338</sup>, ce qui conduit à la situation paradoxale où un employeur entendrait renoncer à une clause indispensable à la sauvegarde des intérêts de son entreprise.

Par ailleurs, la renonciation à la clause suppose l'accord du salarié or ce dernier y a potentiellement moins intérêt depuis qu'existe la contrepartie financière<sup>3339</sup>.

De plus, pour être libératrice de la contrepartie financière, la renonciation doit, en principe, intervenir, au plus tard, au moment du licenciement, « *le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler* »<sup>3340</sup>. Ainsi, la contrepartie financière n'incite pas non plus l'employeur à renoncer une clause en cours d'exécution qui aurait perdu son intérêt pour l'entreprise.

Le seul cas de renonciation envisageable est celui qui ferait apparaître que la clause n'était pas, en réalité, indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise. Mais la clause est alors, en principe, nulle sauf à admettre que l'existence d'une contrepartie financière importante permette de rendre valable une clause qui ne serait pas réellement indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Une partie de la doctrine a exprimé cette crainte que la contrepartie financière permette de justifier une atteinte

---

<sup>3333</sup> Soc. 10/05/2012 : n° 09-72348.

<sup>3334</sup> Dans ce sens : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage – Droit de la concurrence et franchisage*, JCl. Distrib., fasc. 1045, 2011, n° 136, analysant l'exigence comme « *une mesure complémentaire de sauvegarde de la liberté du débiteur de la clause de non-concurrence* ».

<sup>3335</sup> *Supra* n° 856.

<sup>3336</sup> SERRA (Y.), *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*, D. 2002, p. 2491 s. – V. également : PICOD (Y.) et ROBINNE (S.), *Concurrence (Obligation de non-concurrence)*, Rep. Trav., Dalloz, 2009, maj. 2012, n° 60.

<sup>3337</sup> SERRA (Y.), *Tsunami...*, *op. cit.*

<sup>3338</sup> Sur l'appréciation au moment de la mise en œuvre de la clause : GOMY (M.), *L'autonomie de la clause de non-concurrence*, *op. cit.*, n° 17 s. – DISSAUX (N.), *Clause de non-concurrence*, *op. cit.*, n° 21.

<sup>3339</sup> *Infra* n° 874.

<sup>3340</sup> Soc. 13/07/2010 : n° 09-41626 ; B. n° 174.

disproportionnée au principe de libre exercice d'une activité professionnelle<sup>3341</sup>. Dans cette hypothèse, l'exigence de contrepartie financière incite bien l'employeur à renoncer à la clause mais ne garantit pas l'effectivité du principe de libre exercice d'une activité professionnelle puisqu'elle permet de justifier des atteintes qui n'auraient pas été acceptées en son absence. La jurisprudence semble donc bien s'être engagée dans une marchandisation de l'atteinte à la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle<sup>3342</sup>.

**874. Marchandisation de la liberté d'exercer une activité professionnelle.** Cette marchandisation est confirmée par le fait qu'en raison de l'existence de la contrepartie financière, les juges analysent la clause comme étant aussi conclue dans l'intérêt du salarié et en déduisent l'impossibilité pour l'employeur d'y renoncer sans son accord<sup>3343</sup>. Or, il serait paradoxal d'instituer une contrepartie dans le but d'inciter l'employeur à renoncer à la clause comme le soutient Monsieur Serra et, parallèlement, de conditionner cette renonciation à un accord du salarié. La Cour de cassation admet ainsi que le salarié puisse trouver intérêt à une atteinte à sa liberté d'exercer une activité professionnelle en raison de la contrepartie financière qu'il percevra. En limitant la possibilité de renonciation de l'employeur en raison de la contrepartie financière, la jurisprudence admet qu'il peut être plus favorable au salarié de subir une atteinte rémunérée à sa liberté professionnelle que de ne pas subir d'atteinte du tout.

Par ailleurs, la Cour de cassation juge désormais que « *la clause incluse dans un contrat de travail aux termes de laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture du contrat de travail, qui fixe les droits des parties, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence est nulle* »<sup>3344</sup> alors qu'elle les validait antérieurement en considérant qu'une telle clause était « *plus favorable à la liberté du travail* » qu'une clause de non-concurrence assortie d'une faculté de renonciation de l'employeur après la rupture du contrat et ce en dépit de la stipulation d'une contrepartie financière<sup>3345</sup>. Dorénavant, pour la jurisprudence, mieux vaut l'existence potentielle d'une clause de non-concurrence rémunérée que son absence potentielle.

La contrepartie financière semble donc avoir changé l'analyse de la clause de non-concurrence. Antérieurement, il s'agissait de savoir si l'intérêt de l'entreprise pouvait justifier une atteinte à la liberté du salarié d'exercer une activité professionnelle et de limiter cette atteinte à ce qui était nécessaire à la poursuite de cet intérêt. Avec la contrepartie financière, la clause n'est plus perçue comme *a priori* conclue dans l'intérêt exclusif de l'employeur mais présente un intérêt pour le salarié que la jurisprudence entend préserver en imposant notamment son accord à la disparition de la clause.

**875. Conclusion.** L'exigence d'une contrepartie financière ne poursuit donc pas le but d'assurer l'effectivité

---

<sup>3341</sup> PUIG (P.) *op. cit.*, n° 25, « *la liberté du travail, désormais, s'achète. Ce commerce des droits fondamentaux n'est pas sans danger. Devra-t-on admettre un jour la validité d'une clause de non-concurrence excessive au regard de la durée, l'étendue ou l'objet dès l'instant que la contrepartie financière est substantielle ?* » – MORVAN (P.), note ss Soc. 10/07/2002, JCP E 2003, 446, « *les esprits non mercantiles ne pourront manquer d'être choqués : la Cour de cassation considère, en fait, que l'atteinte portée par une clause de non-concurrence à la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle cesse d'être disproportionnée si le travailleur (salarié ou même indépendant) est payé pour ce sacrifice !* » – VATINET (R.), *op. cit.*, p. 953, « *en présence d'une contrepartie pécuniaire d'un montant élevé, il va de soi que le juge sera conduit à atténuer la portée de son contrôle du caractère indispensable de la clause, de sa légitimité ou encore de son domaine d'application dans le temps et dans l'espace* » – Comp. : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, n° 942, proposant de reconnaître « *un rôle subsidiaire à la contrepartie pécuniaire. De cette façon, la proportionnalité de la clause de non-concurrence aux intérêts légitimes pourrait être appréciée, soit à l'aune de sa fonction, en considération du caractère indispensable de l'atteinte et de sa mesure au regard de l'objectif poursuivi, soit à l'aune de la contrepartie financière accordée au débiteur* ».

<sup>3342</sup> Sur la question : DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. Seube, L'Harmattan, 2012, n° 571 s.

<sup>3343</sup> Soc. 17/02/1993 : n° 89-43658 ; B. n° 57 ; D. 1993, 347, Y. Serra – Soc. 04/06/1998 : n° 95-41832 ; B. n° 299 – Soc. 22/02/2006 : n° 04-45406 – Soc. 28/03/2007 : n° 06-40293 – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 184.

<sup>3344</sup> Soc. 12/02/2002 : n° 00-41765 ; B. n° 62 – Soc. 10/03/2004 : n° 01-47136 – Soc. 15/04/2008 : n° 07-40907.

<sup>3345</sup> Soc. 31/10/2000 : n° 98-43697.

du principe de libre exercice d'une activité professionnelle mais traduit une volonté d'intéresser pécuniairement le salarié à une atteinte, même consentie et justifiée, à sa liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle. Cette constatation invite à poser comme hypothèse que la contrepartie financière constituerait une compensation de la perte de revenus qui serait subie par le salarié du fait de la restriction apportée par la clause de non-concurrence à sa liberté d'exercer une activité lui procurant une source de revenus. Le fondement téléologique de l'exigence d'une contrepartie résiderait alors dans la compensation financière d'une restriction à la liberté d'exercer une activité professionnelle et son fondement technique dans l'existence d'une restriction conventionnelle à cette liberté. La vérification de cette hypothèse conduit à examiner la nature et le régime de la contrepartie financière.

### **c - La recherche du fondement à travers la nature et le régime de la contrepartie financière**

**876. Présentation.** La jurisprudence analyse la contrepartie financière de la clause de non-concurrence post-contractuelle comme une « *indemnité compensatrice de salaire* » et justifie ainsi sa nature salariale<sup>3346</sup>, le fait qu'elle ouvre droit à congés payés<sup>3347</sup>, soit soumise aux cotisations sociales, obéisse aux règles de prescription applicables aux salaires<sup>3348</sup> et soit garantie par l'AGS<sup>3349</sup>.

L'indemnité ne correspondrait donc pas à des dommages et intérêts procédant d'une mise en jeu de la responsabilité civile de l'employeur mais compenserait une perte de rémunération due à la clause de non-concurrence, à l'instar de l'indemnité de préavis compensant une perte de rémunération due à l'impossibilité de travailler pendant le préavis<sup>3350</sup>. Cette nature paraît cependant critiquable.

En effet, l'indemnité, si elle ne doit pas être dérisoire, n'a pas à être égale au montant des salaires qui auraient été perçus par le salarié s'il avait continué à travailler pour l'employeur pendant la durée d'exécution de la clause de non-concurrence post-contractuelle. Elle n'a pas non plus à être égale à la perte de salaire due à l'impossibilité de retrouver un emploi à rémunération au moins égales.

Par ailleurs, la clause de non-concurrence ne s'accompagne pas nécessairement d'une perte de salaires qu'il conviendrait de compenser, le salarié pouvant parfaitement retrouver un emploi parfois mieux rémunéré sans que cela ne remette en cause la contrepartie financière. La Cour de cassation a ainsi jugé que « *le salarié n'a [...] pas à justifier de l'existence d'un préjudice pour prétendre à la contrepartie pécuniaire de la clause de non concurrence* »<sup>3351</sup> si bien que l'indemnité reste due même si le salarié décide de ne plus

---

<sup>3346</sup> Soc. 22/09/2011 : n° 09-72876, le litige portait notamment sur le pouvoir du bureau de conciliation du Conseil de Prud'hommes d'ordonner le versement de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence si cette obligation n'était pas sérieusement contestable. Or, l'article R. 1454-14 donne ce pouvoir au bureau pour « *les salaires et accessoires du salaires* » et pour diverses indemnités expressément énumérées parmi lesquelles la contrepartie financière à une clause de non-concurrence ne figure pas. La Cour de cassation jugea, « *que la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence [...] est une indemnité compensatrice de salaires, ayant une nature salariale* » pour justifier qu'elle était visée par l'article R. 1454-14. – V. également : Soc. 16/06/2011 : n° 09-69250.

<sup>3347</sup> Soc. 11/01/2012 : n° 10-30308 – Soc. 23/06/2010 : n° 08-70233 ; B. n° 145 ; CCC 2012, 225, M. Malaurie-Vignal ; JCP S 2010, 1540, I. Beyneix – Soc. 10/10/2007 : n° 05-45657 – Soc. 17/05/2006 : n° 04-47597 ; B. n° 177 ; JCP E 2006, 2678, G. Vachet – En revanche, « *l'indemnité destinée à réparer le préjudice né d'une clause de non-concurrence nulle, n'a pas la nature d'une indemnité compensatrice de salaire ouvrant droit à congés payés* » (Soc. 19/02/2014 : n° 11-22005).

<sup>3348</sup> Soc. 16/06/2011 : n° 09-69250 – Soc. 26/09/2002 : n° 00-40461 ; B. n° 283.

<sup>3349</sup> Soc. 20/06/2006 : n° 04-48523 ; B. n° 218 – Soc. 07/02/2006 : n° 03-47542.

<sup>3350</sup> Sur cette indemnité : *supra* n° 634.

<sup>3351</sup> Soc. 19/10/2005 : n° 03-46592 ; B. n° 295 – V. également : Soc. 27/06/2007 : n° 06-40519.

travailler en faisant valoir ses droits à la retraite<sup>3352</sup>, est à l'origine de la perte de son emploi en raison d'une faute grave<sup>3353</sup> ou se retrouve dans l'impossibilité, pendant toute la durée de la clause, d'exercer une activité professionnelle en raison de son état de santé<sup>3354</sup>.

De plus, comme l'a souligné Monsieur Vachet, la contrepartie financière ne devrait pas ouvrir droit aux congés payés puisqu'elle ne correspond pas nécessairement à une période de travail effectif. En effet, le salarié peut ne pas avoir repris un emploi pendant cette période et, s'il en a repris un, ce serait en principe au nouvel employeur de prendre en compte la contrepartie dans les droits à congés payés. L'auteur rappelle également qu'une intervention législative a été nécessaire pour qu'une période de préavis inexécutée sur dispense de l'employeur ouvre droit à des congés payés<sup>3355</sup>.

## 877. Analyses possibles.

**Rémunération d'une atteinte à un droit fondamental.** Une première façon d'expliquer ce régime est de considérer la contrepartie financière constitue une rémunération et non une indemnité compensatrice de rémunération. Elle rémunérerait une restriction, même sans incidence préjudiciable, à la liberté d'exercer une activité professionnelle<sup>3356</sup>. La qualification jurisprudentielle d'« *indemnité compensatrice de salaires* » ne serait donc pas tout à fait adéquate mais le terme d'indemnité renverrait au fait que la contrepartie financière est liée à une atteinte à un droit fondamental. Il s'agirait du « *prix de la sueur (non versée) auquel a droit le salarié qui doit s'abstenir partiellement de travailler* »<sup>3357</sup>, d'un « *salaire d'inactivité* »<sup>3358</sup>.

**Indemnité découlant d'un fait générateur objectif et d'un préjudice présumé.** Une deuxième façon d'expliquer ce régime est de considérer la contrepartie financière comme une indemnité de dommages et intérêts découlant d'un fait générateur objectif (une atteinte, même justifiée et consentie, au libre exercice d'une activité professionnelle) compensant un préjudice présumé et donc évalué forfaitairement. La nature salariale retenue par la jurisprudence s'expliquerait alors par le fait que le préjudice résiderait dans une perte de salaires et que les dommages et intérêts la compensant devrait ainsi suivre ce régime, à l'instar de ce qui a été jugé pour l'indemnité de l'agent commercial réparant le préjudice subi du fait de la cessation de ses relations avec le mandant<sup>3359</sup>. Au soutien de cette analyse, on peut remarquer que la Cour de cassation, à l'égard de certains droits fondamentaux, présume le préjudice du seul fait de l'atteinte<sup>3360</sup>. La contrepartie financière serait alors l'expression d'un principe selon lequel toute atteinte, réelle ou non, valable ou non, consentie ou non, au principe de libre exercice d'une activité professionnelle cause nécessairement un préjudice réparable. Ainsi, la jurisprudence juge que « *la stipulation dans le contrat de travail d'une clause*

<sup>3352</sup> Soc. 30/04/2003 : n° 01-41874.

<sup>3353</sup> Soc. 16/05/2007 : n° 06-40019, « *la contrepartie financière de la clause de non-concurrence étant une condition de sa validité, cette contrepartie ne peut pas être écartée en cas de faute grave* » – V. également : Soc. 28/06/2006 : n° 05-40990 ; B. n° 231, « *le salarié lié par une clause de non-concurrence devant bénéficier d'une contrepartie financière, les parties ne pouvaient dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation* » – Soc. 23/09/2014 : n° 13-16839.

<sup>3354</sup> Soc. 10/10/2001 : n° 99-42404.

<sup>3355</sup> VACHET (G.), *Contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence et congés payés*, JCP E 2006, 2678.

<sup>3356</sup> MARTINON (A.), *Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ?*, in *Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, 2007, Dalloz, p. 527 s., p. 536, invitant « *à s'interroger sur la découverte d'un autre fondement, suggéré par le visa de la chambre sociale de la Cour de cassation : les libertés fondamentales dont l'atteinte appellerait nécessairement un prix* ».

<sup>3357</sup> MORVAN (P.), note ss Soc. 10/07/2002, JCP E 2003, 446.

<sup>3358</sup> RADÉ (C.), *Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence*, DS 2012, p. 784 s., n° 1 – Dans ce sens également : REVET (T.), *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. M. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, Dalloz, 14<sup>e</sup> éd., 2008, p. 723 s., n° 970, « *l'employeur achète le "non-travail" du salarié* ».

<sup>3359</sup> *Supra* n° 808.

<sup>3360</sup> DUPRE de BOULOIS (X.), *La présomption de préjudice : un élément du régime juridique des droits fondamentaux ?*, RDLF 2012, chron. 10.

de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié »<sup>3361</sup> même si elle n'a jamais été appliquée<sup>3362</sup> ou respectée<sup>3363</sup>, notamment car le salarié a été embauché par une entreprise concurrente<sup>3364</sup>, ne souhaitait pas exercer dans les limites géographique de la clause<sup>3365</sup> ou a été libéré de toute obligation de non-concurrence dans sa lettre de licenciement<sup>3366</sup>. De plus, lorsque l'atteinte est valable, la jurisprudence estime parfois qu'elle n'en cause pas moins un préjudice réparable<sup>3367</sup> et doit donc nécessairement s'accompagner d'une contrepartie financière ayant une nature indemnitaire.

**Indemnité découlant d'une garantie légale d'un risque de perte de rémunération.** Une troisième façon d'expliquer le régime de la contrepartie financière est, à l'instar du raisonnement suivi pour sur l'indemnité de licenciement<sup>3368</sup>, de l'analyser comme une indemnité procédant d'une garantie légale d'un risque de perte de salaires, garantie conçue comme un avantage salarial. L'indemnité compenserait le risque de perte de salaires en lui-même, indépendamment de sa réalisation comme pour l'indemnité de licenciement ou l'indemnité de précarité. Le cumul entre l'indemnité de licenciement ou de précarité et la contrepartie financière s'expliquerait alors par la différence de faits générateurs de la garantie et par le renforcement du risque de ne plus disposer de revenus. En effet, la perte d'un emploi génère un risque de ne plus disposer de revenus garanti par les indemnités de précarité ou licenciement et la clause de non-concurrence renforce ce risque en rendant plus compliqué l'emploi de la force de travail dans une nouvelle activité génératrice de revenus. On peut comprendre en ce sens l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle « la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi »<sup>3369</sup>.

**878. Conclusion.** Finalement, que la contrepartie financière s'analyse en une rémunération d'une atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle, en une compensation d'une perte de rémunération liée à cette atteinte par application d'une responsabilité objective avec un préjudice présumé ou encore en une garantie légale contre la seule existence d'un risque de perte de revenus, le fondement technique de la contrepartie apparaît résider dans cette atteinte.

L'exigence d'une contrepartie financière à cette atteinte, alors même qu'elle s'applique pas à aux atteintes à d'autres libertés et droits fondamentaux, ne paraît pas pouvoir être justifiée autrement que par une

<sup>3361</sup> Soc. 09/01/2013 : n° 11-26418 ; B. n° 4 – Soc. 10/04/2013, 2 arrêts : n° 10-13294 et n° 11-30081 – Soc. 09/01/2013, 2 arrêts : n° 11-26417 et 11-26419 – Soc. 12/12/2012 : n° 11-21924 – Soc. 19/09/2012, 3 arrêts : n° 11-15319, n° 11-15382 et n° 11-15383 – Soc. 10/05/2012 : n° 09-72348 – Soc. 07/03/2012 : n° 10-21524 – Soc. 28/09/2011 : n° 10-21294 ; B. n° 210 – Soc. 21/09/2011 : n° 10-14927 – Soc. 11/01/2006 : n° 03-46933 ; B. n° 8 ; DS 2006, 465, J. Mouly.

<sup>3362</sup> V. également : Soc. 03/05/2012 : n° 10-20998 – Soc. 07/12/2011 : n° 10-16899 – Soc. 30/03/2011 : n° 09-70306 ; B. n° 82 – Soc. 12/01/2011 : n° 08-45280 ; B. n° 15 – Antérieurement : Soc. 24/01/2007 : n° 04-41936 – Soc. 23/05/2007 : n° 06-40503 – Soc. 26/09/2007 : n° 06-41790 – V. également : Soc. 27/11/2013 : n° 12-23740, jugeant qu'une clause interdisant au salarié de travailler pour les clients de l'entreprise auprès desquels il avait effectué des missions, nulle en raison d'une contrepartie financière dérisoire, avait nécessairement causé un préjudice alors qu'il avait été mis fin à la période d'essai du salarié le premier jour de son travail et que celui-ci n'avait donc pas commencé à travailler et n'avait pu effectuer aucune mission.

<sup>3363</sup> V. par ex. : Soc. 24/09/2014 : n° 13-18090 – Soc. 02/04/2014 : n° 12-29693.

<sup>3364</sup> V. par ex. : Soc. 13/11/2014 : n° 13-25220.

<sup>3365</sup> V. par ex. : Soc. 14/05/2014 : n° 13-10624.

<sup>3366</sup> V. par ex. : Soc. 02/07/2014 : n° 12-27285 – V. également pour une levée dans le mois suivant la notification du licenciement : Soc. 23/09/2014 : n° 13-16612.

<sup>3367</sup> Dans ce sens : Soc. 02/03/2011 : n° 09-40547, « l'exécution de la clause de non-sollicitation » conclue entre l'employeur et une société tierce « avait porté atteinte à [...] [la] liberté de travailler [du salarié] » si bien que « son employeur devait l'indemniser du préjudice qu'il lui avait ainsi causé ». En l'espèce, le salarié avait pris acte de la rupture, prise d'acte qui avait été analysée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

<sup>3368</sup> *Supra* n° 794 s.

<sup>3369</sup> Soc. 07/03/2007 : n° 05-45511 ; B. n° 44 ; JCP 2007.II.10077, D. Corrigan-Carsin.

politique jurisprudentielle. Certains auteurs n'hésitent pas à y voir un fondement d'équité<sup>3370</sup>, ce qui ne fait finalement que renvoyer à la subjectivité du juge<sup>3371</sup>. Le fondement téléologique apparaît ainsi dans une simple volonté de rémunérer une atteinte au principe de libre exercice d'une activité professionnelle.

Ces fondements conduisent naturellement à s'interroger sur l'existence et l'intensité de l'atteinte au principe de libre exercice d'une activité professionnelle dans les relations de distribution pour lesquelles aucune contrepartie financière n'est exigée aux clauses de non-concurrence post-contractuelles.

## ***2 – La recherche d'une justification des différences d'exigence d'une contrepartie financière***

**879. Absence de justification par la cause.** Si le fondement de la clause de non-concurrence résidait dans la notion de cause<sup>3372</sup>, c'est-à-dire dans le droit commun des obligations, la différence de traitement n'aurait pu être justifiée. En effet, il aurait été impossible d'expliquer que le droit commun des contrats soit écarté pour les contrats de distribution non soumis au droit du travail<sup>3373</sup>.

**880. Hypothèse.** La constatation que le fondement technique de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence post-contractuelle stipulée dans des relations soumises au droit du travail réside dans l'atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle invite à poser l'hypothèse que les clauses de non-concurrence stipulées dans des relations n'entrant pas dans le champ du droit du travail ne porteraient pas atteinte à ce principe ou porteraient une atteinte moindre justifiant l'absence d'exigence d'une contrepartie financière.

**881. Plan.** Pour vérifier cette hypothèse, il convient de préciser le contenu du principe de libre exercice d'une activité professionnelle (a) et d'apprécier l'atteinte qui lui est portée par les clauses de non-concurrence post-contractuelles stipulées dans les différentes relations de distribution (b).

### **a - Le contenu du principe de libre exercice d'une activité professionnelle**

**882. Notion d'activité professionnelle.** Dans son rapport annuel, la Cour de cassation indique, à propos de ses décisions de 2002 introduisant notamment l'exigence d'une contrepartie financière, qu'« *en visant le principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle, [...] [elle] dépasse les seules relations salariales pour aborder tous les rapports professionnels* ». La notion d'activité professionnelle est en effet plus compréhensive que la notion de travail salarié<sup>3374</sup>. Définie comme « *un travail, dépendant ou indépendant, qui se caractérise par l'accomplissement régulier de certains actes, par opposition à travail occasionnel, et par la poursuite d'un but lucratif* »<sup>3375</sup>, elle renvoie à l'exercice habituel d'une activité

---

<sup>3370</sup> Dans ce sens : SERRA (Y.), *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*, D. 2002, p. 2491 s. – GOMY (M.), *L'autonomie...*, *op. cit.*, n° 15 et 16.

<sup>3371</sup> Sur l'« *inéluctable subjectivité de l'équité* » : ALBIGÈS (C.), *De l'équité en droit privé*, Préf. R. Cabrillac, BDP, t. 329, LGDJ, 2000, n° 97 s.

<sup>3372</sup> *Supra* n° 868 s.

<sup>3373</sup> Dans ce sens : GOMY (M.), *L'autonomie...*, *op. cit.*, n° 25 – HYDE (M.-A.), *Les atteintes aux libertés individuelles par le contrat*, Thèse Paris 1, 2012, p. 436 s.

<sup>3374</sup> DURAND (P.), *Naissance d'un nouveau droit : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle*, DS 1952, p. 437 s. – SAVATIER (J.), *Contribution à une étude de la profession*, in Mél. J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 3 s. – AUBERT-MONPEYSSSEN (T.), *Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail*, DS 1997, p. 616, spéc. p. 621.

<sup>3375</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « activité professionnelle ».

organisée, accomplie pour autrui, dans la finalité d'en tirer un revenu<sup>3376</sup>. Exerce donc une activité professionnelle, toute personne physique ou morale, commerçante ou non, accomplissant des actes matériels ou intellectuels dans le but de satisfaire les besoins d'autrui (d'une clientèle), de façon régulière, dans l'intention d'en tirer un revenu (salaire, honoraire, profit, etc.), à titre exclusif ou non<sup>3377</sup>.

Or, le propre d'une activité de distribution non bénévole consistant à écouler de façon habituelle des produits ou services pour satisfaire les besoins des clients dans un but lucratif, tous les distributeurs exercent une activité professionnelle : les distributeurs salariés, les VRP, les gérants de succursales, les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire, les agents commerciaux, les concessionnaires, les franchisés, les courtiers, les commissionnaires, les commissionnaires-affiliés, les locataires-gérants, les distributeurs sélectifs, les gérants-mandataires, etc.

**883. Notion de libre exercice d'une activité professionnelle.** La référence jurisprudentielle au principe de libre exercice d'une activité professionnelle plutôt qu'à la liberté du travail élargit donc le champ de la solution. Le libre exercice d'une activité professionnelle recouvre en effet deux libertés qui sont souvent opposées : celle d'exercer une activité professionnelle salariée (la liberté du travail)<sup>3378</sup> et celle d'exercer une activité professionnelle indépendante (la liberté d'entreprendre ou liberté du commerce et de l'industrie<sup>3379</sup>)<sup>3380</sup>. Le principe de libre exercice d'une activité professionnelle consiste ainsi à pouvoir accomplir les actes relatifs à une profession, que ce soit dans le cadre d'un contrat de travail, d'un contrat de mandat, de commission ou d'une activité d'achat pour revendre<sup>3381</sup>.

Ainsi, par exemple, le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle a été utilisé par le Cour de cassation pour exiger une contrepartie financière aux clauses de non-concurrence post-contractuelles liant les gérants de succursales et les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire alors que ceux-ci n'exercent pas leur activité dans le cadre d'un contrat de travail<sup>3382</sup>. Par ailleurs, la Cour de cassation a expressément jugé, au visa du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, que « *les règles relatives à la clause de non-concurrence [et notamment l'exigence d'une contrepartie financière] sont applicables aux gérants de succursales, peu important qu'ils n'aient pas la qualité de salariés* »<sup>3383</sup>.

---

<sup>3376</sup> BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, Préf. X. Boucobza, Fondation Varenne, LGDJ, 2011, n° 214 s.

<sup>3377</sup> *Ibid.*, n° 215 s.

<sup>3378</sup> Sur la liberté du travail : VERKINDT (P.-Y.), *La liberté du travail*, in *Libertés et droit fondamentaux*, dir. M. Cabrillac, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 873 s. – PELISSIER (J.), *La liberté du travail*, DS 1990, p. 19 s.

<sup>3379</sup> Sur la liberté d'entreprendre : GAURIAU (B.), *Le principe fondamental de la liberté d'entreprendre*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B. Teyssié, Dalloz, 2008, p. 53 s. – V. également : FERRIER (D.), *La liberté du commerce et de l'industrie*, in *Libertés et droit fondamentaux*, dir. M. Cabrillac, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 831 s.

<sup>3380</sup> Dans ce sens : OLLIER (P.), *Les libertés publiques propres aux travailleurs*, DS 1982, p. 436 s., « *la liberté du travail est généralement rattachée dans son principe au décret d'Allarde des 2-17 mars 1971, en vertu duquel « il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon »*. Il ne s'agit donc que d'un aspect particulier d'une liberté plus générale dont la liberté du commerce et de l'industrie est l'autre aspect. C'est l'un ou l'autre qu'on invoque selon qu'il s'agit de travailleurs indépendants ou de travailleurs subordonnés. Mais dans les deux cas c'est la même faculté qui est visée : celle d'accéder librement aux diverses professions et d'en choisir non moins librement le mode d'exercice » – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 675 s. « *liberté d'entreprendre et liberté du travail sont les branches d'un même tronc* », ce « *principe de liberté professionnelle [...] se décline sous deux formes différentes, selon que l'activité est exercée ou non à titre indépendant. Exercée en recourant au travail d'autrui, ou en travaillant soi-même à son propre compte, la liberté professionnelle prend la forme de la liberté d'entreprendre. Exercée en travaillant pour autrui, elle prend la forme de la liberté du travail* » – Pour un arrêt rendu sur une clause de non-concurrence en droit du travail au visa notamment du décret d'Allarde : Soc. 18/12/1997 : n° 95-43409 ; B. n° 459.

<sup>3381</sup> Dans ce sens également : GAURIAU (B.), *Le principe fondamental de la liberté d'entreprendre*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B. Teyssié, Dalloz, 2008, p. 53 s., n° 66.

<sup>3382</sup> *Supra* n° 859. – Sur l'absence de contrat de travail : 224 (gérant de succursale) et 258 (gérant non salarié).

<sup>3383</sup> Soc. 19/03/2014 : n° 12-35308.



Cette constatation conduit à s'interroger sur l'atteinte portée à ce principe par les clauses de non-concurrence afin de déterminer si sa nature ou son degré permet de justifier la différence de traitement constatée entre les distributeurs.

## **b - L'atteinte portée à la liberté d'exercer une activité professionnelle**

**884. Identité d'objet.** Les clauses de non-concurrence post-contractuelles stipulées dans des relations soumises au droit du travail ont généralement un objet identique à celles prévues dans des relations non régies par le droit du travail. Que la clause soit introduite dans un contrat de travail, de franchise ou d'agence commerciale, l'interdiction vise généralement toutes les formes d'exercice (« *exercer, sous quelque forme que ce soit* », « *directement ou indirectement* », « *en quelque qualité que ce soit* », « *s'occuper [...] de la vente* », « *s'intéresser [...] à une entreprise* », etc.)<sup>3384</sup>. L'objet est à la fois d'interdire au salarié, franchisé ou agent d'être employé par un concurrent dans la zone de distribution et de créer ou participer à une entreprise concurrente (en tant qu'associé, gérant ou salarié)<sup>3385</sup>.

En effet, qu'elle soit stipulée dans une relation régie par le droit du travail ou dans une relation non soumise au droit du travail, la clause de non-concurrence vise à « *protéger directement ou indirectement la clientèle de son créancier contre la concurrence que pourrait développer le débiteur de non-concurrence* »<sup>3386</sup>. Il s'agit d'éviter qu'un concurrent acquiert un avantage concurrentiel déloyal en profitant du savoir-faire ou des informations confidentielles transmises au distributeur<sup>3387</sup> ou des contacts privilégiés qu'il a pu lier avec la clientèle. Or, cet objectif ne pourrait être atteint si toutes les formes par lesquelles cet avantage concurrentiel peut être utilisé n'étaient pas visées.

Ainsi, celui qui a choisi de louer sa force de travail se trouve empêché de la louer à nouveau à certains employeurs, pendant un certain temps et dans un certain espace mais aussi d'utiliser cette force ou ses capitaux pour créer ou participer une entreprise concurrente à son ancien employeur<sup>3388</sup>.

---

<sup>3384</sup> Le modèle de clause de non-concurrence pour les contrats de travail est le suivant : « [Le salarié] s'engage [...] à ne pas exercer, sous quelque forme que ce soit, une activité concurrente à celle de la société ou à entrer directement ou indirectement au service de toute entreprise ayant reprise ou poursuivi sous quelque forme que ce soit son activité. Cette interdiction de concurrence est applicable pendant une durée de <> et limitée à la zone géographique constituée par <> » (Lamy Social, Guide pratique, 2012, n° 7700). Classiquement il est aussi précisé l'interdiction au salarié « de s'intéresser, directement ou indirectement, sous quelque forme que ce soit, à une entreprise [vendant des produits pouvant concurrencer directement ou indirectement ceux de l'employeur] » (V. par ex. : Soc. 17/01/2006 : n° 04-41038 ; B. n° 15). – Le modèle de clause de non-concurrence dans les contrats de franchise est le suivant : « le Franchisé s'interdira pour une période de [...], dans un rayon de [...] kilomètres autour du point de vente défini au présent contrat d'exercer, directement ou indirectement, en quelque qualité que ce soit, une activité commerciale similaire ou identique à celle exercée par le Franchisé à la date de conclusion du présent contrat » (Formulaire Commenté Lamy Droit économique, FI.236-10 - Contrat de franchise de distribution, n° 9, maj. 2007, introduit et proposé par Maître V. Sélinisky). Une autre formule classique précise que le distributeur « ne s'occupera ni directement ni indirectement dans le secteur précédemment concédé, de la vente de produits susceptible de concurrencer les produits contractuels pendant une période de [...] à commercer au jour de la cessation de son activité. » (MOUSSERON (J.-M.), *Technique contractuelle*, Ed. Francis Lefebvre, 2010, n° 1475) – V. également pour un modèle de clause destinée à un contrat d'agence commerciale : Formulaire Commenté Lamy Droit économique, FI. 222-5 - Contrat d'agent commercial, n° 10, maj. 2011, l'agent « s'engage à ne pas s'intéresser, pour son propre compte ou pour le compte d'une autre entreprise, directement ou indirectement, à toute activité de nature à concurrencer de quelque manière que ce soit, celle de la société ».

<sup>3385</sup> Dans ce sens : SERRA (Y.), *La non-concurrence...*, *op. cit.*, n° 338 s., spéc. n° 341, constatant le caractère théorique de la distinction entre clause de non-rétablissement et clause de non-réembauchage car ces clauses, « dans leur grande majorité, déterminent une restriction de la liberté du travail et de la liberté du commerce et de l'industrie » et que leur interprétation « vient singulièrement contredire la distinction » puisque « les juges [...] interprètent généralement les clauses de non-rétablissement comme interdisant au débiteur de s'embaucher et réciproquement, les clauses de non-réembauchage comme emportant interdiction de s'établir ». L'auteur conclut qu'« il convient donc de ne pas utiliser une telle terminologie car elle peut être une source d'erreur, laissant penser qu'une différence fondamentale de contenu sépare les clauses de non-concurrence en droit commercial et en droit du travail, ce qui n'est pas le cas ».

<sup>3386</sup> PICOD (Y.), AUGUET (Y.) et GOMY (M.), *op. cit.*, n° 4.

<sup>3387</sup> BENSOUSSAN (H.), *Les clauses restrictives de non-concurrence, vestige des temps anciens ?*, in *La protection du franchisé au début du XXIème siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 149 s.

<sup>3388</sup> Dans ce sens : SERRA (Y.), *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*, note ss Soc. 10/07/2002, D. 2002, p. 2491 s., la liberté d'entreprendre « se trouve compromise par la clause de non-concurrence dans la mesure où, en règle générale, il est interdit à l'ancien salarié obligé par la

De même, le distributeur qui ne louait pas sa force de travail se voit interdire de la louer à un concurrent ou d'utiliser cette force ou ses capitaux pour créer ou participer à une entreprise concurrente.

D'ailleurs, lorsqu'une clause a omis d'interdire un mode d'exercice de l'activité, la jurisprudence n'hésite pas à retenir une interprétation finaliste et à juger que l'interdiction de concurrencer comme salarié implique celle de ne pas concurrencer en créant son entreprise et inversement<sup>3389</sup>.

Par conséquent, les clauses de non-concurrence post-contractuelles portent, par leur objet, une atteinte identique au principe de libre exercice d'une activité professionnelle, qu'elles soient stipulées dans une relation de distribution fondée sur un contrat de travail ou non. La Cour de cassation l'a admis implicitement en exigeant une contrepartie pécuniaire aux clauses de non-concurrence des gérants de succursales et des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire alors qu'ils ne sont pas liés par un contrat de travail<sup>3390</sup>. A cette identité d'objet correspond une identité d'effets.

**885. Identité d'effets.** La clause de non-concurrence a pour effet d'obliger un distributeur soumis au droit du travail à changer au moins partiellement d'activité ou de lieu d'activité ou encore à attendre avant de reprendre son activité antérieure.

La situation est identique pour un distributeur non soumis au droit du travail. Ainsi, la clause de non concurrence contraint le franchisé à changer l'objet de son commerce (les produits ou services distribués), à l'implanter hors de la zone visée par la clause de non-concurrence ou encore d'attendre la durée stipulée s'il souhaite commercialiser des produits ou services concurrents dans la même zone. De même l'agent commercial sera obligé de prospector la même clientèle pour d'autres produits ou services, de prospector une nouvelle clientèle située hors de la zone géographique visée par la clause ou encore de suspendre son activité en attendant l'expiration de l'obligation de non-concurrence.

Du fait de ces restrictions, le salarié pourra potentiellement subir une perte de revenus s'il ne parvient pas à se reconvertir partiellement, à exercer une activité identique dans une autre zone géographique ou encore s'il attend le terme de l'obligation de non-concurrence. Le distributeur non salarié subira également une perte de revenus. Ainsi, l'agent commercial sera privé des commissions qu'il tirait de la prospection de la clientèle et le franchisé sera privé des bénéfices qu'il tirait de l'exploitation de la clientèle locale des produits ou services du franchiseur. En effet, qu'il existe ou non une clientèle locale juridiquement propre au franchisé pour les produits et services du franchiseur, économiquement cette clientèle sera perdue<sup>3391</sup>. La clause de non-concurrence a justement pour effet de rendre certaine cette perte puisqu'elle prive le franchisé de la possibilité de distribuer des produits concurrents dans la zone géographique qui correspondra, en principe, à celle de la clientèle locale pour ces produits ou services. Une partie importante de la doctrine partage ce constat<sup>3392</sup>.

---

*clause non seulement de se réembaucher dans une entreprise concurrente, mais encore de créer ou d'exploiter une telle entreprise* » – Dans le même sens : GAURIAU (B.), *op. cit.*, n° 66, « pour le salarié, cette liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle se traduira, après la rupture de son contrat de travail, soit par une création d'entreprise, soit par une embauche au service d'un nouvel employeur. En conséquence la liberté professionnelle à laquelle fait référence la Cour de cassation nous renvoie à la liberté d'entreprendre et à la liberté du travail » – *Infra* n° 885.

<sup>3389</sup> Sur la question : SERRA (Y.), *La non-concurrence...*, *op. cit.*, n° 344 s.

<sup>3390</sup> *Supra* n° 859. – Sur l'absence de contrat de travail : 224 (gérant de succursale) et 258 (gérant non salarié).

<sup>3391</sup> *Supra* n° 838 s.

<sup>3392</sup> Dans ce sens : BENSOUSSAN (H.), *Les clauses restrictives de non-concurrence, vestige des temps anciens ?*, in *La protection du franchisé au début du XXIème siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 149 s., p. 153, « la clause de non-concurrence [...] vide ainsi de sa substance le fonds de commerce du franchisé et induit ce dernier à devoir fermer boutique ou à y exercer une activité sans rapport avec celle du concept de franchise » –

De plus, à la différence d'un salarié devant trouver un nouvel emploi et qui bénéficiera certainement de dispositifs de reclassement et du régime d'assurance chômage, l'ancien franchisé se trouvera privé de toute aide à la reconversion<sup>3393</sup>. Ainsi, le franchisé devra financer lui-même sa recherche d'un employeur s'il souhaite louer sa force de travail ou, dans le cas contraire, sa création d'une exploitation quasiment nouvelle.

Les effets de l'atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle n'apparaissent donc pas moindres pour les distributeurs non régis par le droit du travail.

## CONCLUSION DU PARAGRAPHE 2

**886. Différences de traitement.** Finalement, si l'encadrement des clauses de non-concurrence post-contractuelles a été progressivement harmonisé<sup>3394</sup>, il subsiste une différence de traitement importante puisque leur validité est conditionnée à l'existence d'une contrepartie financière non dérisoire pour les distributeurs bénéficiant du droit du travail (salarié, VRP, gérant de succursale, gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire) mais pas pour les autres (agent commercial, franchisé, concessionnaires, commissionnaires-affiliés, gérants-mandataires du Code de commerce, etc.)<sup>3395</sup>.

**887. Fondements de la contrepartie financière.** Les fondements de cette contrepartie financière résident dans la volonté jurisprudentielle de rémunérer (fondement téléologique) une atteinte, même consentie et justifiée, au principe de libre exercice d'une activité professionnelle (fondement technique)<sup>3396</sup>. Or, ce principe recouvre à la fois la liberté du travail et la liberté d'entreprise. Il concerne donc l'ensemble des distributeurs, qu'ils entrent ou non dans le champ du Code du travail<sup>3397</sup>.

**888. Absence de justification.** Par suite, seule une absence d'atteinte ou une atteinte moindre à ce principe par les clauses de non-concurrence liant des distributeurs non soumis au droit du travail pourrait justifier la différence de traitement. Or, tel n'est pas le cas puisque, tant par leurs objets que par leurs effets, les clauses de non-concurrence ayant pour débiteur un distributeur non soumis au droit du travail portent une atteinte, au moins aussi importante, au principe de libre exercice d'une activité professionnelle<sup>3398</sup>. La différence observée caractérise donc une inégalité de traitement des distributeurs par le droit positif.

---

BENSOUSSAN (H.), *La clientèle au franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement*, D. 2001, chron. p. 2498 s. – JAMIN (C.), *Clause de non-concurrence et contrat de franchise*, D. 2003, p. 2878, n° 5 s. – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, Litec, 2007, n° 689 s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 753 – GRIGNON (P.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Préf. J.-M. Mousseron et D. Ferrier, BDE, t. 44, Litec, 2000, n° 276 s. – FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 105 s. et 106.

<sup>3393</sup> A cet égard, il a été jugé que « le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion » (Com. 06/05/2002 : n° 99-14093 ; B. n° 81 ; CCC 2002, 134, L. Leveneur et 158, M. Malaurie-Vignal ; D. 2002, 1754, E. Chevrier, 2842, D. Mazeaud et 3008, D. Ferrier ; JCP 2002.II.10146, note. P. Stoffel-Munck ; JCP E 2003.II.66, A. Soney ; PA 07/03/2003, 20, C. Diloy ; RTD civ. 2002, 810, n° 6, J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2003, 157, n° 7, B. Boulloc ; RDC 2003, 34, J.-P. Chazal – Pour des confirmations : Com. 07/04/2004 : n° 02-15287 ; CDE 3/2004, 30, J.-L. Respaud ; CCC 2004, étude 12, n° 8, M. Béhar-Touchais – Com. 08/10/2013 : n° 12-22952 ; B. n° 148 ; CCC 2014, 1, L. Leveneur ; JCP E 2014, 1063, D. Mainguy et J.-L. Respaud).

<sup>3394</sup> *Supra* n° 856.

<sup>3395</sup> *Supra* n° 858 s.

<sup>3396</sup> *Supra* n° 866 s.

<sup>3397</sup> *Supra* n° 882 s.

<sup>3398</sup> *Supra* n° 884 s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**889. Différences de traitement multiples et importantes.** Finalement, le régime de la fin des relations distributions n'a été que très partiellement harmonisé si bien que de nombreuses et importantes différences de traitement existent encore entre les distributeurs.

Si l'obligation de préavis a été généralisée par le biais des pratiques restrictives de concurrence, il subsiste des différences sur la durée du préavis et les sanctions applicables en cas d'irrespect<sup>3399</sup>.

De même, si les conditions de validité des clauses limitant l'activité du distributeur en fin de relation ont été progressivement harmonisées, il subsiste une différence sur l'exigence d'une contrepartie financière<sup>3400</sup>.

Il a également été mis en évidence des différences de traitement dans l'exigence d'une motivation et justification de la rupture de la relation à l'initiative du fournisseur<sup>3401</sup> et dans l'existence et le quantum des indemnités de cessation de relation prévues par le droit positif<sup>3402</sup>.

**890. Absence de justification.** Les fondements de ces règles de protection n'ont pas permis de justifier ces différences qui doivent donc être qualifiées d'inégalités de traitement entre les distributeurs.

---

<sup>3399</sup> Section 1, §1 – *Supra* n° 588 s.

<sup>3400</sup> Section 2, §2 – *Supra* n° 855 s.

<sup>3401</sup> Section 1, §2 – *Supra* n° 641 s.

<sup>3402</sup> Section 2, §1 – *Supra* n° 750 s.

## CONCLUSION DU TITRE 2

**891. Inégalités de traitement.** L'étude des règles du droit positif permettant de limiter les effets de la dépendance des distributeurs révèle ainsi l'existence d'inégalités de traitement à tous les stades de la relation de distribution et notamment lors de sa cessation.

En effet, si les statuts spéciaux traduisent effectivement une interpénétration des règles du droit social et du droit économique, ils ne forment pas un droit cohérent de la dépendance des distributeurs car des dépendants peuvent être soumis à des règles propres aux indépendants et inversement, des indépendants se voir appliquer des règles propres aux dépendants. Des distributeurs placés dans des situations identiques ou comparables de dépendance peuvent ainsi être traités de façon différente sans justification au regard des fondements de la règle de protection considérée.

Il n'existe pas non plus de cohérence d'ensemble, une faible protection à l'égard d'un aspect de la relation n'étant pas nécessairement compensée par une protection plus importante pour un autre aspect.

Par exemple, un agent commercial jouissant d'une grande autonomie dans sa prospection bénéficiera, en cas de rupture de sa relation pour une cause réelle et sérieuse ne résidant pas dans faute grave, d'une indemnité supérieure à celle d'un salarié de droit commun ou d'un VRP libre de ses horaires<sup>3403</sup>. Il pourrait être soutenu que cette protection supérieure contre la perte de revenus en fin de relation compense une protection inférieure des revenus en cours de relation. Or si le salarié de droit commun bénéficie effectivement d'un revenu net garanti par la législation sur le SMIC même lorsqu'il est autonome dans l'organisation de son temps de travail, ce n'est pas le cas du VRP libre de ses horaires<sup>3404</sup>.

**892. Infirmité de l'hypothèse.** L'hypothèse que les qualifications éclatées, incertaines, incohérentes et restrictives de la dépendance des distributeurs en droit du travail et en droit économique ne s'accompagneraient pas d'inégalités de protection<sup>3405</sup> est donc infirmée.

L'étude analytique des régimes montre, au contraire, que des distributeurs connaissant une nature et un degré de dépendance identiques ou comparables, ne bénéficient pas d'une protection identique ou comparable ou, en d'autres termes, que les degrés de protection des distributeurs face à la dépendance ne sont pas corrélés à la nature ou au degré de leur dépendance au fournisseur.

---

<sup>3403</sup> *Supra* n° 778.

<sup>3404</sup> *Supra* n° 544 s.

<sup>3405</sup> *Supra* n° 469.

## CONCLUSION DE LA PARTIE 1

### 893. Qualification éclatée, incertaine et incohérente de la dépendance des distributeurs.

Finalement, si dans une première approche, le droit positif semblait s'organiser autour d'une *summa divisio* entre les distributeurs dépendants relevant du droit du travail et les distributeurs indépendants relevant du droit économique, il a été démontré qu'il était souvent impossible d'opérer cette distinction.

Les critères du contrat de travail de droit commun ne permettent pas de faire émerger un degré ou une nature de dépendance permettant de distinguer de façon certaine et cohérente les distributeurs relevant du droit du travail et ceux relevant du droit économique<sup>3406</sup>.

De plus, des statuts spéciaux du droit du travail éclatent la qualification sans permettre de distinguer des natures ou degrés de dépendance caractérisant des situations intermédiaires entre le salariat et l'indépendance puisque les critères de rattachement au droit du travail sont distincts de ceux du contrat de travail de droit commun mais tout aussi incertains et incohérents<sup>3407</sup>.

Par ailleurs, le droit économique, s'il n'ignore pas la dépendance des distributeurs, la qualifie également de façon éclatée, incertaine, incohérente et souvent restrictive. Par suite, la dépendance non appréhendée par le droit du travail ne l'est pas nécessairement par le droit économique, que ce soit à travers le droit de la concurrence<sup>3408</sup> ou le droit du fonds de commerce<sup>3409</sup>.

La qualification de la dépendance des distributeurs à l'égard des fournisseurs n'est donc pas satisfaisante en droit positif et, en particulier, n'est pas corrélée à une nature ou un degré de dépendance.

**894. Régimes inégalitaires de protection des distributeurs face à la dépendance.** A cette qualification insatisfaisante de la dépendance correspond un traitement inégalitaire par le droit positif.

Une étude analytique des régimes montre que des distributeurs connaissant une nature et un degré de dépendance identiques ou comparables ne bénéficient pas d'une protection comparable. Les degrés de protection des distributeurs face à la dépendance sont détachés de leur degré de dépendance au fournisseur et très variables selon les aspects et périodes de la relation de distribution et les distributeurs considérés que ce soit à l'égard de l'information précontractuelle<sup>3410</sup>, de la protection des revenus en cours de relation<sup>3411</sup>, du délai de préavis de rupture devant être respecté par le fournisseur<sup>3412</sup>, des obligations de motivation et justification de la rupture imposées au fournisseur<sup>3413</sup>, de l'indemnité de cessation de relation due au distributeur<sup>3414</sup> ou encore de l'encadrement des clauses limitant son activité post-relationnelle<sup>3415</sup>.

**895. Nécessité d'une refonte du droit de la dépendance des distributeurs.** Ce constat d'insatisfaction de la qualification de la dépendance des distributeurs et de protection inégalitaire contre ses effets conduit à envisager la possibilité d'une évolution du droit vers plus de cohérence et d'égalité.

---

<sup>3406</sup> Titre 1, Chapitre 1, Section 1 – *Supra* n° 53 s.

<sup>3407</sup> Titre 1, Chapitre 1, Section 2 – *Supra* n° 215 s.

<sup>3408</sup> Titre 1, Chapitre 2, Section 1 – *Supra* n° 324 s.

<sup>3409</sup> Titre 1, Chapitre 2, Section 2 – *Supra* n° 388 s.

<sup>3410</sup> Titre 2, Chapitre 1, Section 1 – *Supra* n° 473 s.

<sup>3411</sup> Titre 2, Chapitre 1, Section 2 – *Supra* n° 535 s.

<sup>3412</sup> Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1 – *Supra* n° 588 s.

<sup>3413</sup> Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2 – *Supra* n° 641 s.

<sup>3414</sup> Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1 – *Supra* n° 750 s.

<sup>3415</sup> Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2 – *Supra* n° 855 s.

## PARTIE 2 – ESSAI D’UN DROIT PROSPECTIF DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS

**896. Présentation.** Proposer une rénovation du droit de la dépendance des distributeurs pour mettre fin aux inégalités de traitement ne peut s’envisager sans considérer préalablement les enjeux du droit de la distribution. En effet, le risque de se focaliser sur la dépendance des distributeurs est d’ignorer la situation des fournisseurs et l’intérêt général.

**897. Existence d’une dépendance des distributeurs.** Par définition, tout distributeur est dans un état de dépendance-nécessité à l’égard de ses fournisseurs car, sans eux, son activité n’a pas d’existence puisqu’elle réside précisément à diffuser leurs produits et services. Cette dépendance est plus ou moins marquée selon le marché (le nombre de fournisseurs, leur pouvoir économique, etc.) et les investissements réalisés par le distributeur.

Cette dépendance-nécessité est généralement doublée d’une dépendance-obéissance. En effet, la volonté du fournisseur de conserver la maîtrise de la distribution de ses produits et services malgré l’externalisation de cette fonction le conduit à faire peser diverses contraintes sur les distributeurs réduisant d’autant leur autonomie<sup>3416</sup>. Ces contraintes sont rarement négociables lors de la naissance de la relation car elles répondent à la stratégie de diffusion du fournisseur et, le cas échéant, à un impératif d’homogénéité d’un réseau de distribution<sup>3417</sup>.

**898. Existence d’une dépendance des fournisseurs.** Mais les rapports entre fournisseurs et distributeurs ne peuvent être résumés à une opposition entre les premiers qui seraient puissants et dominants et les seconds qui seraient faibles et dépendants<sup>3418</sup>. En effet, les fournisseurs sont également dans un état de dépendance-nécessité à l’égard de leurs distributeurs notamment s’ils n’ont pas développé leurs propres canaux de diffusion. Ainsi un distributeur – en particulier une enseigne de la grande distribution – peut parfaitement être en situation de force à l’égard de son fournisseur. Tel est notamment le cas si le distributeur est en mesure de compenser facilement l’arrêt de la relation par la distribution d’autres produits ou services<sup>3419</sup> et si cet arrêt est susceptible de générer une perte importante de débouchés pour le fournisseur.

---

<sup>3416</sup> *Supra* n° 124 s.

<sup>3417</sup> *Infra* n° 991.

<sup>3418</sup> Pour une vision extrême : DIAS (C.), *Les contrats de distribution à l’épreuve du temps*, Préf. I. Urbain-Parléani, PUAM, 2014, n° 1145, « Ouranos, Kronos et Zeus représentent la « force » masculine, la violence, que pourrait personnifier le fournisseur. Gaïa et Rhéa, à travers leur féminité, symboliseraient quant à elles la faiblesse qui pourtant arrive à déjouer la force aveugle et violente à force de courage, mais aussi de ruse. Elles incarneraient ainsi la position fragile dans laquelle se retrouve le plus souvent le distributeur ».

<sup>3419</sup> GUYENOT (J.), *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, 1968, n° 394, « sous la menace d’abandonner le réseau, le concessionnaire peut contraindre le concédant à modifier ses directives et l’organisation du groupement [...]. De même, le concessionnaire qui se trouve dans une position de force à l’égard du concédant, peut user de sa puissance pour le contraindre à réviser les clauses du contrat, à son seul profit. Il exigera des marges bénéficiaires plus élevées, une modification du taux de sa participation aux frais de publicité, ou un accroissement des investissements du producteur dans le circuit de distribution de ses produits. Tout est évidemment question d’espèces et de circonstances. Mais de la part du concessionnaire, l’efficacité d’un moyen de pression implique surtout des conditions de marché particulièrement propices à rendre vraisemblable et possible l’exécution d’une menace d’abandonner le réseau. » – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 181, exposant qu’à une époque, les mandataires « en position de force, ont imposé aux mandants le versement d’une indemnité au cas de rupture unilatérale du contrat » – Sur le rapport de force inversé, voir également : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, n° 200.

Les distributeurs peuvent également parfois imposer leurs conditions aux fournisseurs et leur faire produire des produits ou services spécifiques qui seront diffusés sous leur propre marque<sup>3420</sup>.

Par conséquent, à la différence du droit du travail ou du droit de la consommation, il ne s'agit pas de protéger des présumés faibles contre des présumés forts<sup>3421</sup> mais d'identifier des situations de dépendance méritant une protection.

**899. Dépendance des distributeurs, intérêts des fournisseurs et intérêt général.** Compte tenu de l'objet de l'étude, seules les situations de dépendance des distributeurs seront identifiées. Cela ne signifie en rien qu'une protection ne devrait pas être accordée aux fournisseurs dans les situations pré-évoquées et encore moins que l'intérêt du fournisseur puisse être ignoré.

En effet, la dépendance des distributeurs n'est pas, en elle-même, un mal qu'il conviendrait de traiter et d'éradiquer. Elle trouve sa source dans les stratégies des fournisseurs pour organiser la diffusion de leurs produits et services qui découlent de la liberté du commerce et de l'industrie et leurs effets bénéfiques pour l'intérêt général ont été constatés : les accords permettant de créer des réseaux de distributeurs stimulent la concurrence entre fournisseurs<sup>3422</sup> et permettent des économies d'échelle<sup>3423</sup>. Ils tendent ainsi à accroître la qualité des biens et services offerts aux consommateurs<sup>3424</sup> et à baisser leurs prix. C'est précisément ce qui justifie leur exemption d'interdiction en droit de la concurrence : ces accords « *contribuent à améliorer [...] la distribution des produits [...] tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* »<sup>3425</sup>. Il convient ainsi de laisser aux fournisseurs une grande liberté d'organisation de la distribution de leurs produits ou services pour qu'ils puissent s'adapter aux évolutions du marché et optimiser leur diffusion en vue d'acquiescer un avantage concurrentiel.

Dans cette perspective, le droit ne doit pas brider l'inventivité des acteurs de la distribution mais leur laisser la liberté de développer des stratégies de distribution et d'inventer de nouvelles formes contractuelles répondant à leurs besoins, à ceux des consommateurs et contribuant au progrès économique<sup>3426</sup>. Cependant,

---

<sup>3420</sup> Le procédé est courant dans la grande distribution où les marques de distributeurs se multiplient. Pour tenir compte de ce facteur de dépendance des fournisseurs, le législateur a prévu un doublement du délai de préavis de rupture de la relation (C. com. art. L. 442-6, 5°). – Sur la question : REIS (P.), *L'accès au marché des fournisseurs face au développement des marques de distributeurs*, CCC 2014, étude 6.

<sup>3421</sup> Sur cette tendance de l'ordre public contemporain, voir notamment : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 37 et 278 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 422 et n° 650 – TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 35 et 384 – Sur les limites de la méthode : NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, Préf. F. Labarthe, BDP, t. 382, LGDJ, 2002.

<sup>3422</sup> Les réseaux de distribution apparaissent ainsi comme des ramifications du fournisseur lui permettant de multiplier les points de distribution et donc la concurrence entre ces points et ceux des autres fournisseurs opérant sur le même marché pertinent.

<sup>3423</sup> LE TOURNEAU (P.), *Ouverture*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 149 s., p. 152 « *contrairement à un lien commun qui fut longtemps répandu, la pluralité d'intermédiaires, qui caractérise un circuit de distribution n'entraîne pas forcément un renchérissement des produits, nuisible au consommateur. Un réseau permet une standardisation et des économies d'échelle* ».

<sup>3424</sup> La multiplication des distributeurs et leur coopération avec le fournisseur permet notamment l'acquisition d'une meilleure connaissance des attentes des consommateurs. – Sur la question, voir : *ibid.*, n° 151 s.

<sup>3425</sup> TUE art. 101, §3 – Règl. UE n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010, « (6) Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes ».

<sup>3426</sup> Dans ce sens : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, il faut « *redonner à la liberté contractuelle ses vertus* » « *pour éviter que le contrat ne méconnaisse les intérêts des contractants, comme ceux de la collectivité* » (n° 38), le contrat « *est synonyme de souplesse. Il permet aux individus, aux agents de la vie économique, de s'adapter avec le maximum d'efficacité à l'infinie diversité des besoins sans cesse changeants* » (n° 48). – GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 169 s., défendant la nécessité de concilier la liberté, l'utilité et la justice et exposant notamment que « *pour que cet instrument [qu'est le contrat] puisse remplir pleinement sa fonction, il faut que son régime juridique soit inspiré par un principe de liberté contractuelle. C'est pourquoi la liberté contractuelle est nécessairement l'un des principes directeurs dont le législateur doit s'inspirer dans la réglementation du contrat* » (n° 172). – V. également : PAILLUSSEAU (J.), *Les contrats d'affaires*, in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, dir. L. Cadet, Economica, 1987, p. 168 s. – LELOUP (J.-M.), *La création des contrats par la pratique*



le progrès économique et les intérêts des fournisseurs ne doivent pas éluder les intérêts des distributeurs.

**900. Dépendance, intérêts des distributeurs et intérêt général.** Il s'agit ainsi d'associer à la liberté des fournisseurs un régime permettant de préserver les intérêts des distributeurs lorsque ceux-ci sont potentiellement en danger, de les protéger contre les usages de la liberté des fournisseurs remettant en cause leurs intérêts<sup>3427</sup>. En effet, lorsqu'ils se trouvent en situation de dépendance, les distributeurs ne sont parfois plus en mesure de défendre leurs intérêts, le droit doit alors intervenir.

Si le distributeur consent à abandonner une partie de sa liberté en reconnaissant celle du fournisseur et en acceptant donc ses contraintes de diffusion, c'est qu'il considère que celles-ci contribueront à une meilleure distribution des produits ou services et optimiseront donc son propre profit. En d'autres termes, le distributeur prévoit qu'en usant de sa propre liberté, son profit aurait été moindre qu'en abandonnant une part de cette liberté au fournisseur<sup>3428</sup>. Mais les effets de la dépendance peuvent déjouer cette prévision et créer des incertitudes qui dissuadent les investissements dans une activité de distribution puisque ceux-ci supposent un environnement juridique sécurisant. La protection du distributeur contre les effets de la dépendance rejoint ainsi la poursuite du progrès économique en offrant aux acteurs de la distribution un environnement juridique sécurisant, propice à l'investissement, à la collaboration et aux échanges.

**901. Nécessité d'une conciliation.** L'objet et l'enjeu d'un droit de la dépendance des distributeurs sont ainsi de concilier, d'une part, la liberté des fournisseurs d'organiser et maîtriser la distribution de leurs produits ou services et, d'autre part, la protection des distributeurs contre les excès de l'exercice de cette liberté, c'est-à-dire de préserver le retour qu'ils peuvent légitimement attendre de leurs investissements et de leur renonciation à une part de liberté pour diffuser les produits ou services d'un autre. Cette conciliation doit également s'opérer dans un sens favorable à l'économie, à l'intérêt général.

**902. Plan.** Dans la poursuite de cet objectif, il a été démontré que le droit positif n'était parvenu pour l'instant qu'à des solutions fragmentaires, incohérentes, incertaines et inégalitaires qui ne paraissent pas à la hauteur des enjeux. C'est pourquoi il sera contribué au débat par la proposition de moyens (Titre 1) et d'un contenu (Titre 2) pour un droit cohérent et égalitaire de la dépendance des distributeurs.

---

*commerciale, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 167 s. – CABRILLAC (M.), Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, in Mél. G. Marty, Univ. Toulouse, 1978, p. 233 s.*

<sup>3427</sup> Dans ce sens : LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Préf. M. Pédamon, BDE, t. 57, Litec, 2002, n° 213, « si ces maîtres du réseau sont le mieux à même d'organiser un réseau cohérent, pour un produit qu'ils connaissent, ou un système de distribution qu'ils maîtrisent, il ne peut être question de les laisser détourner ce rôle à leur entier profit, au détriment de leur cocontractant ».

<sup>3428</sup> Rappr. : *supra* n° 143 et *infra* n° 1080.



# TITRE 1 – LES MOYENS D’UN DROIT COHÉRENT ET ÉGALITAIRE DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS

**903. Plan.** Proposer une approche juridique cohérente et égalitaire de la dépendance suppose le choix d’une méthode (Chapitre 1) et d’un instrument pour la mettre en œuvre (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 – LE CHOIX D’UNE MÉTHODE

**904. Plan.** Après avoir tiré les enseignements des limites des approches de la dépendance des distributeurs qui ont déjà été proposées ou suivies (Section 1), il sera possible d’en proposer une nouvelle (Section 2).

### SECTION 1 – LES APPROCHES À ÉCARTER

**905. Plan.** Deux approches de la dépendance des distributeurs doivent être écartées : d’une part, l’approche analytique qui consiste à distinguer les différentes formes de distribution (§1) et, d’autre part, l’approche par une notion unitaire de dépendance (§2).

#### §1 – Les limites d’une approche analytique par les formes de distribution

**906. Multiplication des statuts et qualifications.** Afin de protéger les distributeurs, le législateur, relayé par la jurisprudence et une partie de la doctrine a essentiellement cherché à distinguer les différentes formes de distribution pour les rattacher à des catégories juridiques distinctes correspondant à autant de régimes juridiques. Cette démarche s’est traduite par une accumulation de statuts légaux spéciaux (VRP, gérant de succursale, gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire, agent commercial, agent général d’assurance, gérant-mandataire du Code de commerce)<sup>3429</sup> qui auraient d’ailleurs pu être plus nombreux si un statut du concessionnaire avait été adopté<sup>3430</sup>.

Se sont également accumulées les qualifications juridiques doctrinales issues de la pratique et parfois consacrées par la jurisprudence ou la loi (concession, concession exclusive, franchise<sup>3431</sup>, master-franchise ou franchise principale<sup>3432</sup>, partenariat<sup>3433</sup>, contrat d’assistance et de fourniture<sup>3434</sup>, contrat d’approvisionnement

---

<sup>3429</sup> Dans le même sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, avant-propos, « pour surmonter l’épreuve [de la complexité et de l’instabilité des relations de distribution], le droit français continue à empiler les textes, à l’instar des Danaïdes remplissant des tonneaux sans fond ». – V. déjà : VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986, n° 316 s., analysant la multiplication des statuts comme une traduction de la prise en compte de la dépendance par le droit positif.

<sup>3430</sup> Sur les différentes propositions de loi instaurant un statut pour les concessionnaires dans les années 1950 et 1970 : AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 47 s. – DE BOUARD (F.), *La dépendance économique née d’un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, n° 246 s. – PIGASSOU (P.), *La distribution intégrée*, RTD com. 1980, p. 473 s., n° 39 s.

<sup>3431</sup> Sur ces qualifications : *supra* n° 126.

<sup>3432</sup> Sur cette qualification : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 755 s.

<sup>3433</sup> Sur cette qualification et sa distinction avec la franchise : KAHN (M.), *Franchise et Partenariat*, Dunod, 2009 – SIMON (F.-L.), *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éd., 2009, n° 48 – Rappr. : Paris 19/07/2006 : JurisData n° 2006-311531 ; CCC 2007, 9, M. Malaurie-Vignal – Pour un exemple : Com. 01/10/2013 : n° 12-23337.

exclusif ou contrat de bière<sup>3435</sup>, distribution sélective<sup>3436</sup>, convention d'affiliation<sup>3437</sup>, commission-affiliation<sup>3438</sup>, gérance-dépôt<sup>3439</sup>, etc.).

**907. Raisons.** Cette approche s'est imposée historiquement. En effet, les contrats spéciaux du Code civil et du Code de commerce ont été conçus à destination d'une économie où la diffusion des produits et services s'opérait essentiellement par des opérations élémentaires pour lesquelles les contrats de vente et d'entreprise offraient des supports juridiques suffisants<sup>3440</sup>. Mais avec la révolution industrielle du XIX<sup>e</sup> siècle suivie d'une révolution commerciale au XX<sup>e</sup> siècle, la fonction économique de distribution s'est développée et complexifiée<sup>3441</sup> en même temps que les fonctions de production et de consommation. Ce développement et cette complexification ont été possibles grâce à l'inventivité des acteurs de la distribution qui ont pleinement tiré partie de la liberté contractuelle qui leur était laissée par le Code civil. Le phénomène s'est poursuivi tout au long du XX<sup>e</sup> siècle et même amplifié avec « *l'avènement du marketing et du merchandising ; le développement considérable de la « communication grand public » et des moyens de cette communication ; l'apparition et le développement du commerce moderne (centrales d'achats, hypermarchés, entrepôts, etc.) ; et, enfin, la volonté de l'entreprise de production de se développer rapidement et de maîtriser au maximum la distribution de ses produits, si possible jusqu'au niveau du consommateur* »<sup>3442</sup>.

La jurisprudence et le législateur ont subi cette évolution : à chaque fois qu'est apparue une nouvelle forme de distribution, ils ont cherché à réagir mais n'ont pas repensé globalement leur cadre d'analyse. Ainsi, la doctrine n'a cessé de mettre en évidence les inadaptations du droit positif sans qu'une solution juridique ne s'impose<sup>3443</sup>. Ainsi, il a fallu attendre 1995 pour que la jurisprudence admette la spécificité du contrat-cadre par rapport à la vente<sup>3444</sup> mais à l'exception de cette adaptation, c'est essentiellement des règles du droit commun des contrats, élaborées antérieurement à l'avènement de la fonction de distribution qui sont appliquées à ces rapports. Quant au législateur, il n'a pas adopté un statut du distributeur mais tâtonne

---

<sup>3434</sup> Sur cette qualification : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 588 s. – MOUSSERON (J.-M.) et SEUBE (A.), *Les contrats d'assistance et de fourniture*, D. 1973, chron. p. 197 s.

<sup>3435</sup> Sur cette qualification : LAMBERT (T.), *La spécificité du contrat de bière*, RIDA 26/2008, p. 86 s.

<sup>3436</sup> Sur cette qualification : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 611 s. – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *Droit de la distribution européen et français*, Lawlex, 2011, n° 242 s. – VIENNOIS (J.-P.), *La distribution sélective*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 41, Litec, 1999.

<sup>3437</sup> Sur cette qualification : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 845 – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 1432 s. – Le projet de loi n° 3508 du 01/06/2011, dit *Lefebvre* (D. 2012, 85, note M. Malaurie-Vignal), adopté en première lecture par le Parlement mais abandonné ensuite, consacrait légalement cette convention.

<sup>3438</sup> *Supra* n° 172.

<sup>3439</sup> Sur cette qualification : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1217.

<sup>3440</sup> Dans ce sens : MOUSSERON (J.-M.) et autres, *Droit de la distribution*, BDE, t. 4, Libr. tech., 1975, n° 4 – V. également : ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, n° 1 et n° 7, constatant que le droit commun des contrats qui, conçu avant la Révolution industrielle, répond aux besoins d'une économie « *des échanges ponctuels de biens et de services simples* » ayant pour instrument principal le contrat instantané – la vente – ignore la durée et ne répond pas aux besoins d'une économie plus complexe aux contextes incertains conduisant les acteurs à s'organiser durablement en constituant notamment des « *structures stables en réseaux* ».

<sup>3441</sup> BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 1, « *pour que naisse véritablement la fonction de distribution, il a fallu la conjugaison de deux éléments. Tout d'abord, c'est l'irruption des moyens de transport, notamment ferroviaires et routiers, qui a permis à un producteur d'acheminer la marchandise vers le consommateur, c'est-à-dire de développer ses débouchés. C'est ensuite, l'avènement de l'industrie qui a permis une production de masse que ne permettait pas l'artisanat. C'est ce qui explique que vers 1850 se soit développée véritablement la fonction de distribution* ». – Pour un historique : BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 22 s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 2 s.

<sup>3442</sup> PAILLUSSEAU (J.), *Les contrats d'affaires, in Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, dir. L. Cadet, Economica, 1987, p. 168 s., n° 11, faisant état d'une création permanente de nouveaux contrats (n° 10 s.) et d'une complexité croissante (n° 14 s.) – V. également : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 48 – LELOUP (J.-M.), *La création des contrats par la pratique commerciale, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier*, PUF, 1986, p. 167 s.

<sup>3443</sup> *Supra* n° 1.

<sup>3444</sup> AP 01/12/1995, 4 arrêts : n° 91-15578, 91-15999, 91-19653 et 91-19653 ; B. n° 7, 8 et 9 ; JCP 1996.II.22565, J. Ghestin ; D. 1996, 13, L. Aynès ; RTD civ. 1996, 153, n° 9, J. Mestre ; Defr. 1996, 747, P. Delebecque – Sur la question, voir notamment : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 288 s.

en accumulant les statuts spéciaux<sup>3445</sup> et en multipliant les pratiques restrictives de concurrence prohibées<sup>3446</sup>.

**908. Limites.** Or, une fois qu'un statut spécial de protection est adopté, les personnes se trouvant dans des situations proches revendiquent souvent une protection semblable ou une protection comparable tenant compte de leurs spécificités. Les statuts spéciaux ont donc tendance à s'étendre et à se multiplier<sup>3447</sup>.

Or, leur multiplication accroît les problèmes de frontières<sup>3448</sup> et limite la liberté des acteurs de la distribution. Ceux-ci cherchent à contourner les obstacles posés en inventant de nouvelles formules<sup>3449</sup> et en procédant à des hybridations<sup>3450</sup>. La difficulté d'identification du contenu des régimes applicables créent alors une insécurité juridique importante<sup>3451</sup> qui conduit elle-même à la création de nouveaux statuts<sup>3452</sup>.

L'extension des statuts conduit à appliquer des règles inadaptées<sup>3453</sup> et à élaborer des régimes très incertains<sup>3454</sup>. La lutte contre l'extension d'un statut peut ainsi conduire à l'adoption de nouveaux statuts. Par exemple, le statut du gérant-mandataire du Code de commerce a été adopté pour stopper l'extension du droit du travail<sup>3455</sup> mais loin de résoudre les problèmes de frontières<sup>3456</sup>, il en a créé de nouveaux<sup>3457</sup>, alimentant ainsi un cercle vicieux.

**909. Conclusion.** Les limites de la méthode analytique conduisent ainsi à proposer l'abrogation des statuts spéciaux qui se sont accumulés jusqu'à présent (VRP, gérant de succursale, gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire, agent général d'assurance<sup>3458</sup>, agence commerciale, gérant-mandataire du Code de commerce, vendeurs à domicile indépendants) pour appréhender unitairement ces distributeurs.

---

<sup>3445</sup> La loi *Doubin* apparaît formellement comme un embryon de droit commun des distributeurs dépendants mais est dans l'esprit du législateur un texte spécial visant la franchise (*supra* n° 506).

<sup>3446</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 37, constatant une inflation juridique sur cette question et concluant que « l'efficacité du droit est probablement inversement proportionnelle à sa profusion ».

<sup>3447</sup> Dans ce sens : CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mél. G. Marty, Univ. Toulouse, 1978, p. 233 s., « réclamer une intervention législative qui régleme une convention née de la pratique afin d'assurer l'équilibre entre les contractants est sans doute la solution la plus simple, du moins dans l'immédiat, celle vers laquelle on ne peut éviter de se tourner. Comment échapper à ce passage de la liberté au statut, du juridique au réglementaire, qui fait aujourd'hui figure de fatalité historique ? Ainsi le courant qui a bénéficié aux VRP, aux agents commerciaux, aux gérants non-salariés de succursales de maisons d'alimentation de détail et à bien d'autres encore ne paraît pas prêt de se tarir. » (n° 15 s.) et concluant que « l'intervention législative est un engrenage qu'il est bien difficile d'arrêter et qui achemine vers des solutions de plus en plus fragmentaires » (n° 16).

<sup>3448</sup> *Supra* n° 176 s.

<sup>3449</sup> La commission-affiliation a été inventée pour passer outre l'interdiction des prix imposés dans la franchise (AMEDEE-MANESME (G.), *La politique des prix et la commission-affiliation : un juste équilibre à trouver*, D. aff. 1999, p. 1160 s.) tout en évitant le droit de l'agence commerciale (*supra* n° 172 et *infra* n° 1094), la gérance-mandat et la gérance-dépôt pour contourner le statut des gérants de succursale (MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 1207).

<sup>3450</sup> MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 30 – *Infra* n° 1094.

<sup>3451</sup> PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, n° 35, « les difficultés de qualification ne sont pas seulement un inconvénient pour les juristes, elles sont aussi une cause d'insécurité pour les parties dans la mesure où le régime juridique des opérations qu'elles ont réalisées est incertain. Des tribunaux ne risquent-ils pas de les qualifier autrement qu'elles ne l'ont fait et de leur appliquer un régime juridique qu'elles n'avaient pas envisagé et dont les conséquences se révèlent désastreuses ? ».

<sup>3452</sup> Dans ce sens : TOMASIN (D.), *A la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail*, in Mél. M. Despax, PU Toulouse, 2002, p. 203, n° 27, « on constate ainsi que, dans les secteurs des services fondés sur l'entremise ou l'intermédiation, l'application des critères et indices jurisprudentiels du contrat de travail a eu pour effet de provoquer une insécurité juridique telle que seule la réglementation des catégories professionnelles de mandataires a permis aux professions de distinguer les statuts des professionnels mandataires, indépendants et des salariés. »

<sup>3453</sup> MAINGUY (D.), *Faut-il brûler le droit de la distribution ?*, D. 2013, p. 1222 s., concluant « faut-il brûler, donc, le droit de la distribution ? Faut-il abandonner les raisonnements du droit de la distribution face au rouleau compresseur social ? Jusqu'où ira l'autonomie de raisonnement du juge social ? Une interprétation, large, trop large, de l'article L. 7321-2 du code du travail n'est pas nécessaire au bon équilibre de ce secteur et n'est pas indispensable au bon fonctionnement de la matière sociale. [...] les juristes du droit de la distribution sont parfaitement aptes à organiser les débats propres à assurer l'équilibre des relations contractuelles dont ils ont la charge et discerner les situations exagérées, scandaleuses ou simplement déséquilibrées » – V. également : REGNAULT (S.), *Pour une application raisonnée de l'article L. 781-1 2° du Code du travail*, PA 29/07/2005, p. 4 s.

<sup>3454</sup> Les règles applicables aux gérants-mandataires et aux gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire sont particulièrement difficiles à identifier : *supra* n° 549 et 554 s.

<sup>3455</sup> *Supra* n° 206.

<sup>3456</sup> *Supra* n° 209 s.

<sup>3457</sup> *Supra* n° 176.

<sup>3458</sup> L'abrogation se limite aux règles légales régissant les relations entre l'agent et la compagnie d'assurance, les règles visant à protéger les consommateurs ne relèvent pas de l'objet la présente étude (*supra* n° 18).

Cette appréhension ne doit cependant pas passer par une approche synthétique à partir de la notion de dépendance en raison des importantes limites qu'elle présente.

## §2 – Les limites d'une approche synthétique par la notion de dépendance

**910. Description.** Il peut être envisagé d'appréhender la dépendance des distributeurs en adoptant une définition unitaire de la dépendance. Monsieur Virassamy a ainsi proposé une notion de *contrat de dépendance*<sup>3459</sup> et Madame Del Cont a soutenu que la dépendance était objectivable et pouvait ainsi devenir une catégorie du droit positif<sup>3460</sup>. Plus récemment, Messieurs Antonmattéi et Sciberras ont proposé un statut du *travailleur économiquement dépendant* qui se superposerait aux régimes actuels pour apporter une protection particulière à certains professionnels<sup>3461</sup>.

**911. Critique.** Or, la dépendance est un phénomène complexe revêtant des natures, formes et degrés divers pouvant varier selon les périodes et les aspects d'une relation de distribution. Par exemple, un franchisé est plus dépendant de son franchiseur pendant la période d'amortissement de ses investissements qu'après.

En raison de sa complexité et évolutivité, il apparaît impossible d'enfermer la dépendance dans une définition générale et précise<sup>3462</sup> et, *a fortiori*, de fixer un degré général de dépendance à partir duquel un distributeur devrait être protégé.

**Définition de Madame Del Cont.** Ainsi, Madame Del Cont se résout à faire de la dépendance un standard juridique<sup>3463</sup>, c'est-à-dire une notion sans contenu intrinsèque susceptible de se rapporter à des situations très différentes selon les espèces et les juges<sup>3464</sup>. Elle renonce donc à définir la dépendance mais souhaite habilitier les juges à prendre en compte un phénomène dont ils définiront eux-mêmes les contours au gré des affaires.

Or, une telle approche de la dépendance conduit à des appréciations divergentes et imprévisibles selon les juges et les espèces. Il a ainsi été constaté les différences importantes d'appréciation de la dépendance ou de

---

<sup>3459</sup> VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 226.

<sup>3460</sup> DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Préf. F. Collart Dutilleul et G. J. Martin, L'Harmattan, 1997, p. 231 s.

<sup>3461</sup> ANTONMATTEI (P.-H.) et SCIBERRAS (J.-C.), *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, La documentation française, 2008. – V. déjà : CHAUCHARD (J.-P.), *Éléments pour une définition d'un contrat de travail indépendant*, JCP E 2007, 1761 – BARTHELEMY (J.), *Le professionnel parasubordonné*, JCP E 1996.I.606 – Sur la question : PASQUIER (I.), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010, n° 184 s.

<sup>3462</sup> Dans ce sens : DEL CONT (C.), *op. cit.*, p. 248, « la dépendance est un phénomène dynamique, complexe et protéiforme qui dépasse largement le champ des reconnaissances formelles ».

<sup>3463</sup> *Ibid.*, p. 233 s., l'auteur affirme cependant que « doivent être considérés en état de dépendance économique [...] les agents économiques dont l'activité entre dans le champ d'application de la loi du 31 décembre 1989 dite "loi DOUBIN" » (p. 251) or la notion de quasi-exclusivité de la loi Doubin conduit à une incertitude très importante sur les relations de distribution susceptibles d'être visées. Par ailleurs, l'absence d'exclusivité n'exclut pas l'existence d'une dépendance.

<sup>3464</sup> Le standard est une « norme[s] souple[s] fondée[s] sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques » (CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « standard ») – Sur la notion : NERON (S.), *Le standard, un instrument juridique complexe*, JCP 2011, 1003 – NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, Préf. F. Labarthe, BDP, t. 382, LGDJ, 2002, n° 507 s. – JESTAZ (P.), *Rapport de synthèse, in Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988, p. 1181 s. – NAVARRO (P.), *Standards et règles de droit*, RRJ 1988, p. 834 s. – RIALS (S.), *Les standards, notions critiques du droit*, in *Les notions à contenu variable en droit*, dir. C. Perelman et R. Vander Elst, Bruylant, 1984, p. 40 s. – RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard*, Préf. P. Weil, Bibl. dr. publ., t. 135, LGDJ, 1980 – HAURIOU (M.), *Police juridique et fond du droit*, RTD civ. 1926, p. 265 s. – STATI (O.), *Le standard juridique*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927 – POUND (R.), *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, 1922, p. 116.

l'indépendance qui pouvaient exister, par exemple, pour l'agence commerciale<sup>3465</sup> ou la rupture brutale d'une relation commerciale établie<sup>3466</sup>. Faire dépendre un régime de protection d'une qualification aussi imprévisible conduirait ainsi à des inégalités importantes et ne permettrait pas de modifier les comportements des acteurs économiques, ceux-ci ne pouvant connaître, *a priori*, le contenu de la norme et anticiper celui qui lui sera donné *a posteriori* par un juge.

**Définition de Monsieur Virassamy.** L'approche de Monsieur Virassamy n'est pas plus satisfaisante. L'auteur définit le *contrat de dépendance* comme « *un contrat régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour sa survie ou son existence, du maintien de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il avait établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique, et sous sa domination* »<sup>3467</sup>.

Cette définition est tautologique puisque le contrat de dépendance apparaît comme celui qui a pour effet de placer un contractant sous la dépendance économique ou la domination de l'autre.

Les autres éléments considérés rendent la notion de contrat de dépendance à la fois floue et restrictive.

Ainsi, les notions de survie, de régularité et de relation privilégiée sont particulièrement imprécises. A partir de quelle durée le contrat entraîne-t-il une dépendance ? Comment déterminer ce qu'est une relation privilégiée ? La survie suppose-t-elle un risque de décès du cocontractant ? A partir de quel niveau de revenus la survie est-elle assurée ?

La définition apparaît également restrictive car une dépendance peut exister dans une activité sans que celle-ci soit essentielle pour l'existence ou la survie de celui qui l'accomplit<sup>3468</sup>. Par ailleurs, il sera démontré qu'une dépendance peut parfaitement exister en l'absence de contrat<sup>3469</sup>.

**Définition de Messieurs Antonmattéi et Sciberras.** La définition du *travailleur économiquement dépendant* proposée par Messieurs Antonmattéi et Sciberras est également à la fois contradictoire, floue et restrictive. Ce travailleur doit cumulativement appartenir à la « *catégorie des travailleurs indépendants* », exercer « *seul son activité* », percevoir « *au moins 50 % de ses revenus d'un seul donneur d'ordres dans le cadre d'une relation contractuelle d'une durée minimale de deux mois* » et exécuter « *sa prestation dans le cadre d'une organisation productive dépendante de l'activité de son donneur d'ordres* »<sup>3470</sup>.

La définition est contradictoire et tautologique car le *travailleur économiquement dépendant* doit être un travailleur *indépendant* mais travailler dans le cadre d'une organisation *dépendante* de l'activité d'autrui.

Elle est floue en raison des notions imprécises de « *travailleur indépendant* » et d'« *organisation dépendante* ».

Elle est restrictive car la dépendance est limitée aux relations contractuelles et suppose un travailleur exerçant son activité seul et ne recourant donc pas à des salariés, ce qui, par exemple, exclut de nombreux franchisés, concessionnaires, agents commerciaux ou gérants-mandataires.

---

<sup>3465</sup> *Supra* n° 197 s.

<sup>3466</sup> *Supra* n° 378 et 379 s.

<sup>3467</sup> VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 226.

<sup>3468</sup> Sur la critique du caractère restrictif des différents éléments de cette définition : CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996, n° 42 s. – V. également : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 834.

<sup>3469</sup> *Infra* n° 924.

<sup>3470</sup> ANTONMATTEI (P.-H.) et SCIBERRAS (J.-C.), *op. cit.*, p. 22.

Cette approche aboutit donc à créer un nouveau statut avec de nouveaux problèmes de frontières<sup>3471</sup>.

**912. Conclusion.** Finalement, les définitions synthétiques conduisent à réduire la complexité et l'évolutivité de la dépendance à une opposition binaire et statique entre les dépendants et les indépendants. Or, cette complexité et cette évolutivité de la dépendance doivent, au contraire, être prises en compte et requièrent ainsi une approche complexe.

## **SECTION 2 – LA POSSIBILITÉ D'UNE APPROCHE COMPLEXE DE LA DÉPENDANCE DANS LA RELATION DE DISTRIBUTION**

**913. Plan.** Une approche juridique cohérente et égalitaire de la dépendance des distributeurs tenant compte de la complexité et de l'évolutivité de celle-ci suppose d'appréhender l'ensemble des rapports de distribution (§1) pour pouvoir ensuite prévoir un régime complexe (§2).

### **§1 – La qualification unitaire des rapports de distribution par la notion de relation de distribution**

**914. Plan.** Appréhender unitairement les rapports d'un distributeur avec un fournisseur suppose un double dépassement : celui des contrats spéciaux (A) et celui du cadre du contrat (B).

#### **A – Le dépassement des conflits de qualification entre contrats spéciaux supports d'opérations de distribution**

**915. Qualification des contrats.** Les contrats de distribution ont montré les limites de la qualification des contrats à partir des catégories du Code civil et du Code de commerce. Le contrat est classiquement défini comme un accord de volonté en vue de créer une ou plusieurs obligations<sup>3472</sup>. Il est donc une notion unique au contenu potentiellement complexe associé à un régime tout aussi complexe. Des règles s'appliquent ainsi à l'ensemble des contrats, d'autres à certains contrats seulement et, parallèlement, d'autres encore à certaines obligations ou à certaines clauses de l'ensemble des contrats ou seulement de certains contrats. Le Code civil prévoit ainsi un droit commun applicable à l'ensemble des contrats et un droit spécial applicable uniquement aux contrats nommés<sup>3473</sup>. Pour nommer un contrat, il est classiquement distingué entre ses obligations principales, essentielles<sup>3474</sup> ou fondamentales<sup>3475</sup> et ses obligations accessoires. Si cette distinction

---

<sup>3471</sup> Dans ce sens : MARTIN (A.-C.), *L'imputation des risques entre contractants*, Préf. D. Ferrier, BDP, t. 508, LGDJ, 2009, n° 552 s., constatant que la création de cette catégorie intermédiaire multiplie les conflits de frontières et ne permet pas d'identifier « un critère de rattachement suffisamment précis et objectif ». – V. également : MORIN (M.-L.), *Partage des risques et responsabilité de l'emploi, contribution au débat sur la réforme du droit du travail*, DS 2000, p. 730 s., n° 16.

<sup>3472</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « contrat » – Sur la question, voir notamment : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 38 s. – MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 60 s. – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 17 s. – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 430 s. – GHESTIN (J.), *La notion de contrat*, D. 1991, p. 147 s.

<sup>3473</sup> C. civ. art. 1107, « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre ».

<sup>3474</sup> Sur la question : CARDOSO-ROULOT (N.), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Préf. E. Loquin, L'Harmattan, 2008.

<sup>3475</sup> Sur les différences entre ces termes souvent utilisés comme synonymes : ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Préf. L. Aynès, Economica, 2002, n° 150 s. – HYDE (M.-A.), *Les atteintes aux libertés individuelles par le contrat*, Thèse Paris 1, 2012, p. 300 s.



est impossible, le contrat sera alors considéré comme innomé (ou *sui generis*) et soumis seulement au droit commun<sup>3476</sup>. Si cette distinction est possible et que les obligations correspondent à une catégorie nommée, le contrat lui sera rattaché et suivra le régime correspondant. Au contraire, si les obligations ne correspondent à aucune catégorie nommée, le contrat sera innomé et soumis seulement au droit commun.

**916. Difficultés de qualification des contrats complexes.** Lorsque l'accord est simple, cette méthode de qualification est facilement mise en œuvre mais lorsque l'accord comporte de multiples obligations pouvant se rattacher à plusieurs contrats spéciaux, elle devient très délicate<sup>3477</sup>. En effet, face à de multiples obligations liant les mêmes personnes, plusieurs démarches sont possibles<sup>3478</sup>.

**Analyse en un contrat unique.** Une première voie consiste à regrouper ces obligations dans un ensemble unique, un contrat unique. Deux approches peuvent alors être suivies.

Le contrat peut être considéré comme simple, il sera donc trié entre les obligations principales et les obligations accessoires – selon un critère quantitatif ou qualitatif<sup>3479</sup> – afin de nommer le contrat. Un même régime juridique sera alors appliqué à l'ensemble des obligations à l'exception de celles qui pourront être considérées comme autonomes<sup>3480</sup>.

Au contraire, le contrat peut être considéré comme complexe ou mixte<sup>3481</sup>. Plusieurs groupes d'obligations principales seront alors identifiés et, tout en gardant son unité, le contrat sera considéré comme devant suivre plusieurs régimes spéciaux de façon distributive, la distribution pouvant obéir à une logique chronologique (application successive des régimes)<sup>3482</sup> ou matérielle (application simultanée des régimes selon l'aspect du contrat considéré)<sup>3483</sup>. Une partie de la doctrine prône ainsi une approche analytique du

---

<sup>3476</sup> Sur la question, voir notamment : PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 38 s. – GRILLET-PONTON (D.), *Nouveaux regards sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle*, D. 2000, chron. p. 331 s. – GRILLET-PONTON (D.), *Essai sur le contrat innomé*, thèse Lyon 3, 1982 – V. également : BLANC (N.), *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, Préf. P.-Y. Gautier, NBT, vol. 93, Dalloz, 2010.

<sup>3477</sup> Dans ce sens : PAILLUSSEAU (J.), *Les contrats d'affaires*, in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, dir. L. Cadiet, Economica, 1987, p. 168 s., n° 32 s.

<sup>3478</sup> Sur la question, voir notamment : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 76 – PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, n° 25 s. – LABARTHE (F.), *Les conflits de qualification*, in Mél. B. Bouloc, Dalloz, 2006, p. 539 s. – BÉNABENT (A.), *L'hybridation dans les contrats*, in Mél. M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 27 s.

<sup>3479</sup> Sur la question : PUIG (P.), *op. cit.*, n° 29 s. – Pour l'évolution d'un critère quantitatif à un critère qualitatif pour distinguer le contrat d'entreprise avec fourniture de matière et la vente : LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 83 s.

<sup>3480</sup> Tel est le cas, par exemple, des clauses compromissaires (Civ. 1 02/04/2014 : n° 11-14692 ; B. n° 59) et des clauses attributives de juridiction (Civ. 1 08/07/2010 : n° 07-17788 ; B. n° 161).

<sup>3481</sup> V. par ex. : Civ. 3 16/03/1977 : n° 75-13776 ; B. n° 131 ; JCP 1978.II.181913, T. Hassler ; RTD civ. 1978, 755, G. Cornu, « *les juges d'appel [...] ont pu estimer que la convention complexe liant la société Les papeteries de France à la société Tunzini-entreprise comportait à la fois un louage d'ouvrage et une vente de fournitures* » – Com. 23/01/1978 : D. 1978, IR, 424.

<sup>3482</sup> Dans ce sens pour le louage d'ouvrage avec fourniture de la matière : AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cour de droit civil français*, T. V, 5<sup>e</sup> éd., Marchal et Billard, 1907, § 374, « *il participe tout à la fois de la vente et du louage* », il s'agit d'un louage pendant le travail et « *c'est une vente d'une chose une fois faite* » (note 2). – Pour une critique : LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *op. cit.*, n° 80 s.

<sup>3483</sup> V. par ex. : Civ. 1 03/07/2001 : n° 99-12859 ; CCC 2001, 169, L. Leveneur, « *après avoir relevé que M. Y... assurait à la fois une mission d'entraînement et une mission de soins et d'hébergement de l'animal, en sorte que le contrat s'analysait pour partie en un contrat d'entreprise et pour partie en un contrat de dépôt salarié, la cour d'appel, qui a encore relevé que l'animal s'était blessé non pendant l'entraînement, mais dans son box, c'est-à-dire dans le cadre de l'obligation d'hébergement et de soins qui pesait sur M. Y... en sa qualité de dépositaire salarié de l'animal...* » – Civ. 1 06/06/1990 : n° 88-18150 ; B. n° 145 ; JCP 1991.II.21594, T. Hassler, « *en se déterminant comme elle a fait au motif que le contrat litigieux doit, dans son ensemble, être qualifié de contrat de louage d'ouvrage alors que la propriété des films étant transférée à l'acheteur avant que ces films soient soumis au travail du professionnel, cette convention présente pour partie le caractère d'une vente qui entraîne l'application du texte susvisé, la Cour d'appel a violé celui-ci* » – Civ. 1 25/01/1989 : n° 87-13640 ; B. n° 43 ; JCP 1989.II.21357, J. Ghestin, « *la juridiction a ensuite énoncé, par une appréciation souveraine, que, par la volonté des parties, l'acte juridique passé par M. X... était indivisible ; que, dès lors, le caractère de vente qu'il présentait, fût-ce de manière partielle, entraînait l'application [de règles réservées à la vente]* ». – Proposant cette application distributive des règles de la vente et du louage d'ouvrage pour le louage d'ouvrage avec fourniture de la matière : PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), par ROUAST (A.) et autres, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1954, n° 912, il ne faut pas « *éliminer la vente au profit de l'entreprise ou réciproquement, mais [...] combiner deux contrats qui existent réellement* » – BEUDANT (C.) et LEREBOURS PIGEONNIERE (P.), par RODIÈRE (R.) et PERCEROU (A.), *Cours de droit civil français*, t. XIII, 2<sup>e</sup> éd., Rousseau, 1947, n° 182. – Pour une critique : LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *op. cit.*, n° 80 s. – Pour le mandat : REMY (B.), *Le*

contrat, l'élaboration d'un droit commun spécial des contrats se substituant au droit des contrats spéciaux<sup>3484</sup>.

**Analyse en plusieurs contrats.** Mais plutôt que scinder le régime d'un contrat, il est possible d'analyser l'opération en une pluralité de contrats qui se suivent ou juxtaposent. En effet, l'existence d'un *instrumentum* unique n'exclut pas la pluralité de *negocium*. Plusieurs contrats distincts seront alors identifiés avec des qualifications distinctes et, par suite, des régimes différents. Cependant, si ces contrats concourent à une même opération économique, cette distinction paraît artificielle.

Cette constatation amène alors à une quatrième solution qui consiste à regrouper les obligations dans plusieurs ensembles distincts mais de les considérer comme liés, d'analyser la situation en un groupe de contrats<sup>3485</sup>, un ensemble de contrats<sup>3486</sup> liés car concourant à une même opération économique, ayant une cause commune<sup>3487</sup>. Les différents contrats suivent alors des régimes propres mais le lien qui les unit crée des interdépendances ou indivisibilités<sup>3488</sup>.

Ni la doctrine, ni la jurisprudence<sup>3489</sup> ne sont parvenues à systématiser des critères permettant de choisir entre ces quatre possibilités malgré la récurrence de la question<sup>3490</sup>. Tout dépend de l'interprétation de la volonté des parties opérée par le juge.

**917. Complexité des opérations de distribution.** Or, les relations de distribution sont très souvent faites d'opérations complexes<sup>3491</sup> qui présentent les traits de plusieurs contrats spéciaux<sup>3492</sup>.

Considérons, par exemple, un accord qui prévoit une redevance sur le chiffre d'affaires du cocontractant,

---

*mandat « façon puzzle ».* Réflexions sur l'origine des difficultés liées à l'opération de qualification en matière contractuelle, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 95 s.

<sup>3484</sup> Dans ce sens : *Ibid.* – PUIG (P.), *Pour un droit commun spécial des contrats*, in Mél. J. Foyer, *Economica*, 2008, p. 825 s. – BÉNABENT (A.), *Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux*, in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz et Litec, 2004, p. 245 s.

<sup>3485</sup> Sur la question : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 77 – MAZEAUD (D.), *Les groupes de contrats*, PA 05/05/2000, p. 64 s. – TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats*, Préf. J.-M. Mousseron, BDP, t. 139, LGDJ, 1975.

<sup>3486</sup> Sur la question : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 348, constant notamment que « des contrats complexes aux ensembles contractuels, la distance est faible » – AUBERT de VINCELLES (C.), *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, RDC 2007, p. 983 s. – NAJJAR (I.), *La notion d'« ensemble contractuel »*, in Mél. A. Decocq, Litec, 2004, p. 509 s. – AMRANI-MEKKI (S.), *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade de contrats*, Defr. 2002, p. 355 s.

<sup>3487</sup> V. not. : GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 954 s.

<sup>3488</sup> Sur la question : SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. Cabrillac, BDE, t. 40, Litec, 1999 – PELLE (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Préf. J. Foyer et M.-L. Demeester, Dalloz, 2007.

<sup>3489</sup> Comparer par exemple, pour des contrats similaires d'entraînement d'un cheval : Civ. 1 13/12/1988 : n° 87-13026 ; B. n° 359, retenant un unique contrat d'entreprise couvrant les entraînements et les périodes hors entraînement – Civ. 1 03/07/2001 : n° 99-12859 ; *op. cit.*, retenant un contrat mixte d'entreprise pour la partie entraînement et de dépôt salarié hors de l'entraînement – Civ. 1 11/02/2003 : n° 00-13432 ; PA 10/12/2003, 12, G. Babert, retenant un contrat mixte d'entreprise car « l'obligation de garde n'était que l'accessoire de l'obligation principale d'entraînement ».

<sup>3490</sup> La distinction entre la vente et l'entreprise est une question récurrente depuis plusieurs siècles. Sur cette question, voir notamment : LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *op. cit.*, n° 79 s. – SÉNÉCHAL (J.), *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Préf. M. Défossez, PUAM, 2008.

<sup>3491</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, qui distinguent les opérations élémentaires de la distribution (la vente, la prestation de service et la diffusion par contrat de travail, entreprise ou mandat) (n° 62 s.) et les opérations complexes qui « combine[nt] plusieurs types de conventions parmi lesquelles figurent des opérations élémentaires » (n° 533 s.) – BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37 s., p. 37, « très élaborés, ces contrats ont pour point commun d'être d'une grande complexité » – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 29 s. – PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, p. 168 s. – CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mél. G. Marty, Univ. Toulouse, 1978, p. 233 s., n° 3.

<sup>3492</sup> V. par ex. : Soc. 03/07/2013 : n° 12-19473, « contrat de location-gérance de fonds de commerce assorti d'une convention de mandat-vente du croire, relatif à la distribution de carburants et d'engagements d'exclusivité pour la fourniture de graisses, lubrifiants et autres produits de la marque Avia » – Soc. 17/11/2010 : n° 09-65081 ; B. n° 262, « un contrat de gérance » confiant « l'exploitation d'un fonds de commerce, composé d'une station-service et d'un magasin de vente de produits alimentaires et non alimentaires, dans le cadre d'un mandat pour la distribution de carburant et d'une location-gérance pour les autres produits et services » – Com. 03/06/1998 : n° 96-17472 – Com. 13/10/1998 : n° 96-13294 – V. également : Soc. 16/02/2012 : n° 10-12854, « Mme X... a exploité une station-service appartenant à la société Thévenin et Ducrot distribution (TDD) en exécution d'un contrat de location-gérance assorti d'une convention de mandat-vente du croire du 1<sup>er</sup> avril 1995 au 31 mars 1996, puis en vertu d'un contrat de travail de pompiste encaisseur du 1<sup>er</sup> avril 1996 au 31 décembre 1997, puis à nouveau dans le cadre d'une location gérance assortie d'un mandat de vente »

la transmission d'un savoir-faire, une assistance, une exclusivité territoriale, une exclusivité d'achat, la concession d'un droit d'utilisation d'une enseigne, qu'une partie des produits exposés par le distributeur restent la propriété du fournisseur mais doivent être vendus pour son compte avec un engagement de ducroire et qu'une autre partie est acquise et revendue par le distributeur. En s'attachant seulement aux contrats spéciaux du Code civil, ce contrat comporte des aspects se rattachant à la vente, au contrat d'entreprise, au louage des choses, au dépôt et au mandat. En considérant également les contrats spéciaux dégagés par la doctrine et la jurisprudence, le contrat comporte les éléments de la franchise (transmission d'un savoir-faire, obligation d'assistance, mise à disposition d'un signe distinctif), de la concession (exclusivité territoriale), du contrat de fourniture exclusive (exclusivité de fourniture). Il peut encore être rattaché à des contrats spéciaux du Code de commerce : la commission et l'agence commerciale.

La technique de la commission-affiliation est également un exemple de cette complexité et hybridation des contrats spéciaux au point qu'elle a pu être qualifiée de « *monstre juridique* »<sup>3493</sup>.

Chercher à distinguer des obligations principales dans de tels contrats paraît relever de la gageure. Les qualifications actuellement disponibles en droit positif apparaissent inadaptées car trop restrictives pour appréhender la complexité des contrats de distribution<sup>3494</sup>. Or, si certaines qualifications n'ont pas ou peu d'incidence<sup>3495</sup>, d'autres entraînent des conséquences importantes. Ainsi, le régime de cessation du contrat sera différent selon qu'il obéit au droit commun, au droit du mandat, au droit spécial du mandat (mandat d'intérêt commun, agence commerciale, VRP) ou encore au droit du contrat d'entreprise. La jurisprudence et la majorité de la doctrine ont renoncé à qualifier les contrats complexes de la distribution à partir des catégories du Code civil et du Code de commerce et les rattachent ainsi à la catégorie des contrats innomés<sup>3496</sup>.

<sup>3493</sup> DISSAUX (N.), *La commission-affiliation : un monstre juridique ?*, RTD com. 2011, p. 33 s.

<sup>3494</sup> Rappr. : MAZEAUD (D.), *Rapport de synthèse*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4186, n° 5, « le contrat de franchise nous offre [...] une vision du droit des contrats moderne et dynamique, loin des classifications académiques et des frontières théoriques, propres au jardin contractuel à la française. Au confluent du droit commun et du droit spécial, le régime du contrat de franchise s'abreuve tout autant à la source de la théorie générale des contrats, façonnée à partir du Code civil et des grands arrêts de la Cour de cassation, qu'à celles des droits spéciaux, tels les droits de la concurrence et de la distribution. Le droit de la franchise est un droit pluriel, métissé, imperméable aux catégories savantes ».

<sup>3495</sup> Ainsi, par exemple, la distinction entre la franchise et la concession n'emporte pas de conséquence juridique particulière (dans ce sens : SIMON (F.-L.), *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éditions, 2009, n° 26). L'obligation de transmission d'un savoir-faire serait principale dans la franchise alors que, pour la concession, ce serait l'exclusivité territoriale (dans ce sens : LELOUP (J.-M.), *La franchise*, 4<sup>e</sup> éd., Delmas, 2004, n° 234 s.). Cependant, la franchise comporte généralement une telle exclusivité territoriale (DISSAUX (N.), *Franchise*, Rép. com., 2014, n° 91, exposant que si « l'exclusivité territoriale n'est pas toujours un élément essentiel du contrat de franchise [...] En pratique, il est toutefois assez rare qu'un franchisé n'en bénéficie pas » – BEHAR-TOUCHAIS (M.), *L'exclusivité du franchisé*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 121 s.). Il est parfois soutenu que la qualification de franchise permettrait d'annuler le contrat pour absence de cause en l'absence de savoir-faire substantiel. Cependant, il ne devrait pas s'agir d'une condition de validité du contrat mais tout au plus un motif d'erreur ou de résolution pour inexécution : soit une obligation de transmission d'un savoir-faire substantiel a été stipulée et l'absence de transmission doit entraîner la résolution pour inexécution, soit une telle obligation n'a pas été stipulée et le contrat, même s'il a été qualifié par les parties de « *Franchise* », n'en est pas moins valable (dans ce sens : Paris 19/07/2006 : JurisData n° 2006-311531 ; CCC 2007, 9, M. Malaurie-Vignal).

Sur le caractère artificiel de la distinction des différents types de contrats de distribution intégrée : ZOIA (M.), *Fonds de commerce et contrats de distribution*, JCl. Distrib., fasc. 1410, 2013, n° 6.

<sup>3496</sup> BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 29, « les contrats du droit de la distribution sont, sauf la vente évidemment, presque tous innomés » – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 23 – V. également : GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *Droit de la franchise*, Litec, 2011, n° 52 – Contra : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, soutenant « les contrats de concession et de franchise sont des contrats innomés » au sens formel (p. 92) mais qui refuse la qualification de contrat « *sui generis* » en soutenant que « le contrat de concession exclusive est rattachable au louage d'ouvrage » (p. 95 s.) car s'il est un « *contrat complexe* » pouvant « se présenter comme une combinaison de plusieurs types de contrats nommés », « l'élément dominant est le louage d'ouvrage » (p. 103) et que le contrat de franchise est également « un contrat d'entreprise » (p. 116 s.) – V. également : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 4, soutenant de façon contradictoire que « le contrat-cadre mêle plusieurs contrats nommés, mais l'élément dominant est le louage d'ouvrage, de sorte que cette qualification lui convient » puis, dans la phrase suivante que « *ledit contrat* » est « *légalement « innommé* » ».

ou à des qualifications non légales issues de la pratique<sup>3497</sup>. Cependant, les auteurs restent généralement attachés à la distinction entre les contrats de distribution fondés sur la revente et les contrats de distribution fondés sur la représentation<sup>3498</sup>. Un détour par le droit international privé où la question est particulièrement présente, permet d'aboutir au même constat.

**918. Exemple du droit international privé.** L'unité du contrat de distribution a été recherchée en droit international à travers la notion de prestation caractéristique du contrat<sup>3499</sup>.

En effet, à défaut de choix des parties<sup>3500</sup>, la Convention de Rome prévoit que la loi applicable à un contrat est celle du pays avec lequel il a les liens les plus étroits et présume qu'il s'agit du pays du débiteur de la prestation caractéristique du contrat<sup>3501</sup>. Cependant, la détermination de cette prestation s'est révélée particulièrement difficile<sup>3502</sup>. La Convention a d'ailleurs prévu l'hypothèse où la prestation caractéristique « ne peut être déterminée »<sup>3503</sup>. La Cour de cassation s'y est cependant essayé ce qui l'a conduit à rendre des décisions tout à fait opposées. Ainsi, dans un premier temps, elle a jugé que le distributeur était débiteur de cette obligation, l'approvisionnement étant donc caractéristique<sup>3504</sup>. Elle a ensuite jugé strictement le contraire en retenant que « la fourniture du produit était la prestation caractéristique du contrat de distribution » et aboutissant cette fois à rendre le fournisseur débiteur de celle-ci<sup>3505</sup>.

Le Règlement Rome I de 2008 n'a réglé qu'une partie de la question en prévoyant diverses lois applicables selon la qualification du contrat : pour la vente, la loi du pays du vendeur, pour la prestation de services, la loi du pays du prestataire, pour la franchise, la loi du pays du franchisé et pour le contrat de distribution, la loi du pays du distributeur<sup>3506</sup>.

Si la distinction entre contrat de franchise et contrat de distribution est étonnante<sup>3507</sup>, elle ne pose pas de difficulté, la loi du distributeur s'imposant dans les deux hypothèses.

Cependant, des conflits sont susceptibles d'apparaître pour certains contrats complexes. En effet, lorsque le contrat comporte une obligation de fourniture et une assistance technique et financière du fournisseur

---

<sup>3497</sup> *Supra* n° 906. – Rapp. : VOINOT (D.), *Agents d'affaires*, Rép. com., 2002, maj. 2011, n° 67, « il n'est pas vain de chercher à qualifier le contrat passé par l'agent d'affaires avec son client. La démarche est cependant délicate, ce que traduisent les divergences de positions de la doctrine quant aux qualifications proposées. Du contrat de mandat, solution majoritairement retenue, au contrat d'entreprise, qui connaît les faveurs de la doctrine moderne, on analyse parfois le contrat passé par l'agent d'affaires comme une convention complexe qui puise dans différents régimes ».

<sup>3498</sup> V. par ex. : MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 24 et 65, retenant une « *summa divisio* », une « distinction fondamentale » entre les « commerçants indépendants », qui « achètent et revendent pour leur compte » et « les intermédiaires qui agissent pour le compte d'autrui » – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 62 s., distinguant la diffusion opérée par des salariés ou intermédiaires et les autres formes de distribution – LELOUP (J.-M.), *Intervention du Bâtonnier Jean-Marie Leloup*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4176, « la distinction fondamentale est celle des opérateurs qui agissent pour leur propre compte et des opérateurs qui agissent pour le compte d'autrui » – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 6 – BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 131 s.

<sup>3499</sup> Sur la question : ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Préf. L. Aynès, Economica, 2002, n° 18 s.

<sup>3500</sup> Des questions analogues se sont posées pour les conflits de juridiction.

<sup>3501</sup> Convention de Rome du 19/06/1980 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, art. 4, §2.

<sup>3502</sup> V. not. : BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (dir.), *Droit du commerce international*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2011, n° 826 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 768 s.

<sup>3503</sup> Convention de Rome du 19/06/1980 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, art. 4, §5.

<sup>3504</sup> Civ. 1 08/02/2000 : n° 96-20568 ; B. n° 39 ; D. 2000, p. 741, G. Blanc, ayant jugé que « la loi applicable au contrat était celle du pays où s'exécutait l'obligation principale, c'est à dire celle du lieu où le concessionnaire exerçait son activité ».

<sup>3505</sup> Civ. 1 15/05/2001 : n° 99-17132 ; B. n° 134 ; RCDIP 2002, 86, P. Lagarde ; JCP 2001.II.10634, J. Raynard ; JDI 2001, 1121, A. Huet ; D. 2002, 1397, B. Audit – Civ. 1 25/11/2003 : n° 01-01414 ; B. n° 237 ; RCDIP 2004, 102, P. Lagarde ; JDI 2004, 1179, M.-E. Ancel ; JCP 2004.II.1179, J. Raynard ; D. 2004, 474, H. Kenfack – Civ. 1 23/01/2007 : n° 05-12166 ; B. n° 30 ; D. 2007, 1562, S. Bollée et 1575, H. Kenfack – Civ. 1 16/04/2008 : n° 07-14697 ; RCDIP 2008, 863, S. Sindre.

<sup>3506</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 18/06/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 4 §1.

<sup>3507</sup> Dans ce sens : MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), FABRE (R.) et PIERRE (J.-L.), *Droit du commerce international*, 4<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012, n° 146.

mais pas de transmission d'un savoir-faire<sup>3508</sup>, faut-il faire prévaloir son aspect distribution (loi du distributeur) ou son aspect prestation de services (loi du prestataire) ? Or, dans les hypothèses de conflit, le règlement prévoit que « *le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* »<sup>3509</sup>, ce qui renvoie aux difficultés antérieures.

Les difficultés empirent si le contrat présente un aspect de représentation, ce qui est le cas pour la gérance-mandat ou la commission-affiliation. Le Règlement Rome I excluant la représentation de son champ d'application<sup>3510</sup>, le contrat de distribution pourra être dépecé. En effet, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sera, en principe, applicable à l'aspect représentation du contrat et prévoit, en l'absence de loi désignée par les parties, l'application de la loi du pays du représentant ou celle du pays du représenté si le représentant doit également y exercer son activité<sup>3511</sup>.

**919. Dépassement des conflits de qualifications.** Il apparaît ainsi que l'appréhension de la complexité des contrats de distribution suppose soit de les dépecer<sup>3512</sup>, soit de dépasser les catégories actuelles des contrats spéciaux en retenant une méthode globale<sup>3513</sup>.

**Dépeçage.** Le dépeçage du contrat apparaît délicat. En effet, si l'unité d'un contrat est rompue, la partie représentation étant soumise aux règles du mandat et le reste au droit commun des contrats, comment déterminer le régime de la cessation du contrat ? Comment choisir entre les règles du mandat et celles du droit commun des contrats ? L'hybride que constitue la commission-affiliation<sup>3514</sup> est topique car selon que le contrat s'analyse en commission, mandat ou agence commerciale, le régime applicable sera très différent, en particulier sur la question de l'existence ou de l'absence d'une indemnité due en cas de cessation de la relation<sup>3515</sup>. De plus, il est critiquable de considérer comme des contrats distincts les différentes parties d'un contrat que les parties ont conçues comme formant une même opération économique<sup>3516</sup>.

**Méthode globale.** Reste alors le dépassement des catégories actuelles des contrats spéciaux par une méthode globale. Madame Ancel y est parvenue à partir de la notion de prestation caractéristique. Elle soutient ainsi que la prestation caractéristique des contrats de distribution intégrée, qu'elle vise largement (commissionnaires, courtiers, acheteurs exclusifs, concessionnaires, franchisés, etc.) est, à l'instar de celle des mandats d'intérêts commun (VRP, agent commercial), la diffusion des produits ou services sur un

---

<sup>3508</sup> Il ne peut alors être qualifié de franchise. – Sur ce type de contrat : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 588 s. – MOUSSERON (J.-M.) et SEUBE (A.), *Les contrats d'assistance et de fourniture*, D. 1973, chron. p. 197 s.

<sup>3509</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 18/06/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 4 §2.

<sup>3510</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 18/06/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 1<sup>er</sup>, §2, g).

<sup>3511</sup> Convention de La Haye du 14/03/1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, art. 6. – BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (dir.), *op. cit.*, n° 876 s.

<sup>3512</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 30, « conformément aux règles applicables aux contrats spéciaux, les statuts ne se cumulent pas. L'application des règles est distributive et non cumulative. En bref, la plus grande diversité existe en la matière ».

<sup>3513</sup> Sur le dépeçage et la méthode globale, voir : BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (dir.), *op. cit.*, n° 833.

<sup>3514</sup> *Supra* n° 172 s.

<sup>3515</sup> *Supra* n° 777 s.

<sup>3516</sup> Dans ce sens : BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (dir.), *op. cit.*, n° 833, « il n'est pas certain qu'une clause assurant la mise à disposition de marque ou le prêt de matériel puisse réellement être séparée du reste du contrat en raison de l'unité économique de ces opérations. Il en est de même d'une clause d'approvisionnement exclusif dans un contrat de franchise. Il ne faudrait pas que la méthode du dépeçage aboutisse à vider le contrat de son sens. » – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 772, « nous pensons que dès lors que ces obligations annexes ont été déterminantes de la volonté de conclure le contrat de distribution, et qu'elles sont dès lors subjectivement indivisibles avec ledit contrat, elles ne peuvent être considérées comme une partie séparables du reste. Ainsi, sauf exception, il serait préférable de ne pas dépecer le contrat de distribution, et donc de rechercher la prestation caractéristique de l'élément principal dudit contrat complexe ».

marché cible<sup>3517</sup>. La prestation caractéristique vise la finalité économique recherchée – la diffusion des produits ou services sur un marché – plus qu’une obligation particulière du contrat<sup>3518</sup>. Cette finalité économique poursuivie par le contrat permet de sortir de l’impasse du tri entre ses différentes obligations<sup>3519</sup>. Ce raisonnement fait également apparaître la spécificité et l’unicité des contrats de distribution et dépasse ainsi les catégories classiques des contrats spéciaux du Code civil et du Code de commerce<sup>3520</sup>.

**Exemples.** Cette démarche n’est pas inédite en droit de la distribution.

Par exemple, la législation sur le vendeur à domicile indépendant s’attache à l’activité elle-même plutôt qu’à son support juridique afin de dépasser les conflits entre les contrats spéciaux. La loi précise qu’elle s’applique à toute personne « *qui effectue la vente de produits ou de services* » par démarchage « *dans le cadre d’une convention écrite de mandataire, de commissionnaire, de revendeur ou de courtier* »<sup>3521</sup>. Il s’agit d’appréhender tous les contrats pouvant être le support d’une distribution de produits ou services par démarchage.

Ce dépassement des conflits de qualification a été porté à son paroxysme par le droit de la concurrence. Ainsi, dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles, la nature du contrat support du comportement anticoncurrentiel est indifférente. Le règlement 330/2010 regroupe tous les contrats de distribution sous la qualification d’« *accord vertical* » défini très largement comme « *un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l’accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services* »<sup>3522</sup>. La nature juridique de l’accord est indifférente<sup>3523</sup>, seule la place économique des parties est considérée. Or, par définition, les accords de distribution lient des personnes situées à des niveaux différents de la chaîne de distribution : un fournisseur situé en amont et un distributeur situé en aval. L’accord peut ainsi n’être qu’une simple pratique et, s’il s’agit d’un contrat, sa nature importe peu. Il suffit qu’il concerne des conditions d’achat, de vente ou de revente de biens ou services ce qui embrasse l’ensemble des contrats conclus entre un fournisseur et des distributeurs,

---

<sup>3517</sup> ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Préf. L. Aynès, Economica, 2002, n° 175 s, spéc. n° 178, 184 et 186.

<sup>3518</sup> *Ibid.*, n° 138 s – Rappr. : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 769, « *plutôt que de procéder à la recherche de la prestation caractéristique par catégorie de contrats de distribution, on pourrait penser à considérer comme caractéristiques de tous les contrats de distribution, la prestation du "fournisseur", en ce qu’il est l’initiateur et l’organisateur du réseau* » mais limitant la proposition aux contrats d’intégration à un réseau de distribution (n° 770) – Rappr. : BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (dir.), *op. cit.*, n° 833, retenant la méthode globale en dernier recours.

<sup>3519</sup> Dans ce sens : PAILLUSSEAU (J.), *Les contrats d’affaires*, in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, dir. L. Cadet, Economica, 1987, p. 168 s., n° 34, « *si le réflexe naturel des juristes est de rattacher une opération nouvelle à une catégorie juridique connue, [...] il ne peut pas toujours en être ainsi. A une démarche de nature technologique, il faut parfois substituer une démarche finaliste ou organisationnelle, ou, au moins, faut-il compléter la première par la seconde. Il est certain, aussi, qu’il convient de se garder de considérer tout nouveau contrat comme un contrat sui-generis pour lequel il faudrait un régime juridique spécifique. Il faut éviter l’excès dans les deux démarches. L’essentiel est sans doute de bien analyser la nature économique de chaque nouvelle opération pour éviter que le droit ne devienne un obstacle au bon déroulement de la relation économique.* »

<sup>3520</sup> V. dans ce sens mais uniquement pour certains contrats : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 65, après avoir constaté la proximité des qualifications de mandat, contrat de travail et entreprise au point que « *dans certaines conditions de diffusion, leurs frontières sont tantôt imperceptibles, tantôt ignorées* », les auteurs semblent convaincus de « *l’utilité de reconnaître une catégorie générale d’intermédiaires du commerce* » incluant les diffuseurs salariés, les diffuseurs mandataires et les diffuseurs entrepreneurs pour les soumettre à « *un régime propre [...] du fait que leur mission est de développer la clientèle de celui pour le compte duquel ils interviennent* ». Les auteurs considèrent cependant que pour l’ensemble des contrats de distribution, « *la grande diversité des formules contractuelles utilisées pour la commercialisation et surtout de leur régime rend discutable l’affirmation d’une théorie générale des contrats de distribution qui se distingueraient par là des autres contrats* » (n° 60).

<sup>3521</sup> C. com. art. L. 135-1.

<sup>3522</sup> Règl. UE n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010, art. 1<sup>er</sup>, §1, a) – Sur la question : CHAGNY (M.), *Vers une uniformisation du droit des restrictions verticales ?*, CCC 2014, doss. 15 – PONSARD (M.), *Vers une uniformisation du droit des restrictions verticales*, CCC 2014, doss. 16.

<sup>3523</sup> Sur la question : PETIT (N.), *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013, n° 1895.

qu'ils soient des mandataires, commissionnaires, courtiers, revendeurs ou hybrides<sup>3524</sup>.

**920. Insuffisance du dépassement des conflits de qualification.** Ce dépassement des conflits entre contrats spéciaux doit également s'accompagner d'un dépassement du cadre du contrat car celui-ci est trop restreint pour appréhender la complexité des rapports de distribution.

## **B – Le dépassement du cadre du contrat de distribution par la notion de relation de distribution**

**921. Présentation.** La complexité des rapports de distribution se traduit logiquement par une complexité des contrats qui en sont le support mais déborde également le cadre du contrat. Ainsi, un seul contrat résume rarement l'ensemble des rapports entre un fournisseur et un distributeur.

**922. Relation et succession de contrats.** Tout d'abord, il est fréquent que des contrats de distribution se succèdent dans le temps, le fournisseur entendant pouvoir réapprécier et renégocier régulièrement les conditions de distribution de ses produits ou services. Il a ainsi été souligné que de nombreux rapports de distribution étaient fondés sur un contrat à durée déterminée, régulièrement renouvelé<sup>3525</sup>. Or, un contrat renouvelé est formellement analysé, en principe, non comme la poursuite d'un contrat précédent mais comme un nouveau contrat<sup>3526</sup>. Substantiellement, c'est pourtant un même rapport économique qui se poursuit entre le fournisseur et son distributeur. Le cadre d'analyse du contrat montre ainsi ses limites. Au contraire, le droit de la concurrence a su appréhender la succession de contrats à travers la notion de relation. Une succession de contrats-cadres ou un flux régulier de contrats instantanés de vente ou d'entreprise sera considéré comme une relation, ce qui rend possible un régime unique<sup>3527</sup>.

**923. Relation et ensemble de contrats.** Ensuite, en les considérant à un instant précis, il n'est pas rare que les rapports entre un fournisseur et un distributeur ne se résument pas à un contrat unique<sup>3528</sup>.

En effet, certains fournisseurs multiplient les contrats avec leurs distributeurs dans le but notamment, de pouvoir modifier les conditions de distribution sans avoir à les renégocier globalement.

Par exemple, un contrat d'agence commerciale ou de gérance-mandat pourra s'accompagner d'un contrat de franchise ou d'un contrat d'approvisionnement exclusif<sup>3529</sup> et un contrat de franchise, d'un contrat d'approvisionnement et d'un contrat de bail ou de location-gérance<sup>3530</sup>.

---

<sup>3524</sup> Le conflit subsiste néanmoins partiellement à travers la notion d'entreprise puisque les contrats d'agence commerciale sont partiellement exclus du champ d'application du règlement par ce biais (*supra* n° 328 s.).

<sup>3525</sup> *Supra* n° 141.

<sup>3526</sup> Sur la question : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 481-1 – *Supra* n° 679.

<sup>3527</sup> *Supra* n° 594. – Sur la question : ROCHFELD (J.), *Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil, l'avènement de la « relation » contractuelle ?*, RDC 2006, p. 1033 s. – ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, n° 23 – V. également : CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 560.

<sup>3528</sup> Rapp. : MAZEAUD (D.), *Rapport de synthèse*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4186, n° 7, « le contrat de franchise illustre parfaitement la réalité contractuelle contemporaine, dans laquelle le contrat se conjugue de moins en moins au singulier et s'intègre souvent dans un groupe de contrats composé d'un contrat d'approvisionnement, d'un bail commercial, d'un pacte de préférence, de conventions de ristournes, etc. ».

<sup>3529</sup> V. par ex. : Soc. 19/01/2012 : n° 10-23653, agent commercial devant respecter un contrat de franchise – Soc. 06/06/2007 : n° 06-42951, gérant-mandataire devant respecter un contrat de franchise.

<sup>3530</sup> V. par ex. : Cons. conc. 03/03/2010, *Carrefour* : n° 10-D-08, pt 28 s. – V. également : Soc. 19/05/2010 : n° 09-42614, conclusion pour l'exploitation d'un supermarché, avec la société *Prodim* d'un contrat de location-gérance, d'un contrat de franchise "Marché Plus", d'une convention de service "SVP Social" et d'un contrat de concession de logiciel et de maintenance du logiciel et avec la société *Champion supermarchés France* d'un contrat d'approvisionnement dit "type proximité" – Com. 16/12/1997, *Prodim* : n° 95-21555 ; B. n° 337 ; D. 1998, somm. 338, D. Ferrier.

Une complexité temporelle s'ajoute parfois à ces multiples contrats car ceux-ci peuvent avoir des durées et conditions de renouvellement différentes malgré leur interdépendance de fait<sup>3531</sup>.

Se forme ainsi un ensemble de contrats artificiellement distincts. Dans ces hypothèses encore, le cadre du contrat atteint ses limites car il ne permet pas d'appréhender globalement des rapports complexes entre un fournisseur et un distributeur. Au contraire, la notion de relation dégagée par le droit de la concurrence paraît pouvoir appréhender ces situations. Ainsi, par exemple, à travers la rupture partielle d'une relation commerciale établie, le droit de la concurrence appréhende le déréférencement partiel, c'est-à-dire l'absence de renouvellement d'un contrat d'approvisionnement pour un produit ou service en dépit du renouvellement des contrats d'approvisionnement portant sur les autres produits ou services du partenaire<sup>3532</sup>.

**924. Relation et absence de contrat.** Enfin, approcher la dépendance à travers le contrat de distribution ne permet pas de saisir certains rapports de dépendance entre fournisseurs et distributeurs<sup>3533</sup>. En effet, toujours dans le but de se laisser la liberté de modifier à tout moment les conditions de distribution de ses produits ou services, un fournisseur peut parfaitement choisir de ne pas inscrire ses rapports avec les distributeurs dans des contrats-cadres. Formellement il existera uniquement un flux de commandes, une succession de contrats de vente indépendants. L'absence d'*instrumentum* n'excluant pas l'existence d'un *negocium*, ces situations pourront parfois être qualifiées en relations contractuelles non formalisées<sup>3534</sup> mais la preuve de l'existence du contrat-cadre et surtout de son contenu sera extrêmement difficile.

Certes, en l'absence de contrat, le distributeur jouit formellement d'une grande liberté puisqu'il n'est tenu à aucune exclusivité, peut ne pas respecter les directives du fournisseur et s'opposer à des contrôles. Mais ces pratiques privent également le distributeur de toutes les protections légales associées au contrat. Or, un distributeur qui, en pratique, diffuse exclusivement les produits ou services d'un seul fournisseur, respecte les conditions de commercialisation préconisées par lui et a procédé à des dépenses ou investissements spécifiques suite à des incitations du fournisseur peut se trouver dans une situation de dépendance comparable à celle d'un distributeur ayant conclu un contrat-cadre lui imposant une exclusivité, le respect de normes de commercialisation et des dépenses ou investissements spécifiques. Les rapports non contractualisés doivent ainsi être appréhendés au même titre que les rapports ayant fait l'objet d'un contrat et, *a fortiori*, d'un contrat formalisé.

On objectera qu'en n'exigeant pas de contrat formalisé, le distributeur a accepté cette dépendance et doit

---

<sup>3531</sup> V. par ex. : Aut. conc. 03/03/2010, *Carrefour* : n° 10-D-08, pt 28 s. – Sur la question : DE GRAMONT (D.), *Les pratiques de la grande distribution alimentaire*, CDE 2011, entretien 2, « certains groupements [distributeurs] tels que Carrefour concluent le plus souvent une pluralité de convention avec leurs adhérents. Ces conventions sont présentées comme indépendantes les unes des autres et leurs durées ne sont pas toujours identiques : contrat de franchise, contrat d'approvisionnement, contrat de ristourne outre, le cas échéant différents contrats de mise à disposition de matériel et ou logiciel informatique » – BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Les obstacles à la sortie du franchisé, in La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4180, n° 12 – BOY (L.), *Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?*, RLC 2010, 1618.

<sup>3532</sup> Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 395 – MALAURIE-VIGNAL (M.), *op. cit.*, n° 700.

<sup>3533</sup> Comp. : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004, mettant en évidence l'existence de rapports dans lesquels une personne a la « faculté d'imposer sa volonté à autrui » (un pouvoir) (n° 16) hors du contrat (n° 34 s.) mais que le droit appréhende essentiellement à travers le contrat (n° 28 s.). L'auteur propose ainsi de reconnaître l'originalité de ces rapports et de les émanciper du cadre du contrat pour les régir par un régime propre (n° 300 s.). L'auteur constate ainsi l'existence de « dispositifs juridiques qui adoptent des solutions peu orthodoxes au regard du droit des contrats parce qu'ils poursuivent un objectif qui lui est antinomique, le contrôle du pouvoir » (n° 563), en particulier dans le droit de la distribution (n° 564), mais conclut pour ce domaine que « malgré l'intérêt que pourrait présenter une plus grande émancipation du pouvoir, il faut admettre que le régime du pouvoir est loin d'occuper en droit de la distribution la place qui est la sienne en droit du travail ou en droit des sociétés, sans doute parce que la spécificité du réseau par rapport au contrat n'est pas encore suffisamment affirmée » (n° 572).

<sup>3534</sup> V. par ex. pour une exclusivité : Com. 03/07/2001 : n° 99-11390 ; CDE 3/2002, 33, D. Mainguy ; RTD civ. 2002, 293, J. Mestre et B. Fages – V. également pour différentes pratiques non formalisées dans le cadre d'une franchise : Com. 16/12/1997 : n° 95-21555 ; B. n° 337.



donc en subir les conséquences<sup>3535</sup>. Cependant, avec un tel argument, on aboutit à rejeter toute protection des distributeurs. En effet, l'acceptation d'un contrat emportant une dépendance s'analyse également en un choix du distributeur, en une acceptation du risque de dépendance<sup>3536</sup>.

On pourrait encore opposer que ce n'est pas la dépendance qui est acceptée mais la dépendance non contractualisée. Les distributeurs auraient choisi ou accepté de se placer hors du droit et devraient ainsi être ignorés par le droit. Or, il est extrêmement difficile de savoir si la situation de dépendance d'un distributeur résulte de son choix délibéré ou de la puissance du fournisseur<sup>3537</sup> alors même qu'une telle situation apparaît très suspecte. Exclure les rapports non formalisés par des contrats-cadres reviendrait ainsi à avantager les fournisseurs puissants qui peuvent organiser la précarité de leurs relations de distribution par rapport à ceux qui donnent une certaine visibilité à leurs distributeurs en acceptant de conclure des contrats-cadres<sup>3538</sup>.

Dans un objectif de protection des intérêts des distributeurs en situation de dépendance, il n'apparaît donc pas pertinent de distinguer selon que la dépendance a été choisie ou subie<sup>3539</sup>. Tous les rapports de distribution, contractualisés ou non, formalisés ou non, devront donc être appréhendés. La notion de relation permet une telle appréhension puisque le droit de la concurrence a montré qu'un flux de commandes, indépendamment de tout contrat-cadre, s'analysait en une relation<sup>3540</sup>.

Par ailleurs, s'agissant des relations emportant une dépendance choisie, ce qui pose difficulté n'est pas tant de protéger les distributeurs contre les effets de cette dépendance mais d'imposer au fournisseur d'assumer une situation dont il n'aurait pas connaissance et qu'il n'a donc pas voulue ou acceptée, ne serait-ce tacitement. Tel serait, par exemple, le cas d'un fournisseur se trouvant face à un distributeur ayant choisi unilatéralement de ne distribuer que ses produits ou services sans qu'il n'en ait été informé. Cette question mérite d'être considérée non au stade de l'appréhension des relations de distribution mais de leur régime, ce qui est possible avec une approche complexe.

---

<sup>3535</sup> Ainsi, en droit des pratiques anticoncurrentielles, l'état de dépendance économique a déjà été écarté au motif qu'il résultait d'un choix, d'une stratégie d'absence de diversification de l'activité de l'entreprise considérée (*supra* n° 362). Dans les pratiques restrictives de concurrence, le choix de la dépendance a parfois été pris en compte comme une acceptation des risques justifiant une atténuation de la responsabilité de l'auteur d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie (*supra* n° 377).

<sup>3536</sup> *Infra* n° 991.

<sup>3537</sup> Même en présence d'un contrat stipulant expressément la possibilité du distributeur de distribuer des produits concurrents, la puissance du fournisseur pourra conduire le distributeur à ne pas se diversifier ou à limiter la place des produits concurrents afin de ne pas perdre la distribution des produits et services du fournisseur.

<sup>3538</sup> Dans ce sens : CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996, constant qu'« il est aisé pour une entreprise économiquement puissante de se retrancher derrière un refus systématique de conclure le moindre contrat garantissant des quantités minimales d'achat, ou une durée déterminée » (n° 51) et qu'« il serait tout de même paradoxal que le droit pénalise, en octroyant une protection spécifique aux contractants assujettis dans le cadre d'un contrat de dépendance, les entreprises économiquement puissantes qui ont l'honnêteté et le courage de conclure avec leurs partenaires un contrat, et favorise corrélativement celles qui laissent leurs partenaires économiquement faibles dans l'incertitude et la précarité des commandes ponctuelles et volatiles » (n° 52).

<sup>3539</sup> Dans ce sens : CHONE (A.-S.), *op. cit.*, n° 542 – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, n° 920 et n° 764 – CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996, n° 50 s. – C'est la position de la jurisprudence lorsqu'elle applique un statut protecteur d'ordre public (agence commerciale, droit du travail, etc.) puisqu'elle ne s'attache pas à l'existence d'un contrat mais aux relations de fait entre les parties. De la situation de celui qui applique des directives alors qu'aucun contrat formalisé ne le lui impose, il pourra être déduit l'existence d'un contrat de travail (*supra* n° 76 s.). De la situation de celui qui vend essentiellement les produits d'un seul fournisseur alors qu'aucun contrat formalisé ne le lui impose, il pourra être déduit la qualité de gérant de succursale (*supra* n° 223 s.). Le statut de l'agence commerciale envisage expressément ces contrats non formalisés puisqu'il prévoit que « chaque partie a le droit, sur sa demande, d'obtenir de l'autre partie un écrit signé mentionnant le contenu du contrat d'agence, y compris celui de ses avenants » (C. com. art. L. 134-2).

<sup>3540</sup> *Supra* n° 594.

## §2 – L’approche complexe du régime de la relation de distribution

**925. Présentation.** Si une approche égalitaire de la dépendance des distributeurs suppose de dépasser les catégories des contrats spéciaux et le cadre du contrat en considérant une notion unitaire de relation de distribution, la diversité des relations de distribution ne peut être niée<sup>3541</sup>.

Par exemple, la situation d’un distributeur ayant plusieurs fournisseurs et sa propre enseigne n’est pas comparable à celle d’un distributeur tenu par une exclusivité d’approvisionnement et déployant son activité sous l’enseigne de son fournisseur.

Ces situations différentes et souvent évolutives peuvent appeler des traitements différenciés. Selon la période et l’aspect considéré de la relation de distribution, il doit donc être possible de prévoir un régime différent en tenant compte de la situation du distributeur. Il s’agit ainsi de faire varier la protection, non en fonction de la qualification globale du contrat mais en fonction des facteurs de dépendance pertinents à chaque moment et aspect de la relation de distribution.

**926. Exemples.** Plusieurs exemples de cette approche existent en droit positif.

**Loi Doubin.** Ainsi, la loi *Doubin* dépasse la nature du contrat pour retenir d’autres critères permettant d’appliquer un régime spécial à un aspect particulier de la relation de distribution : la conclusion d’un contrat-cadre. Le champ d’application de la loi n’est pas défini en fonction de la qualification du contrat eu égard aux contrats spéciaux mais à partir de la réunion de deux facteurs de dépendance : la mise à disposition d’un signe distinctif et une obligation d’exclusivité ou de quasi-exclusivité<sup>3542</sup>. La loi s’appliquera donc que le contrat relève de la vente, du louage, du mandat ou encore du dépôt, qu’il puisse être rattaché à la franchise, à la concession ou encore à la commission-affiliation<sup>3543</sup>.

**Clause d’exclusivité.** De même, la loi du 14 octobre 1943 relative à la clause d’exclusivité<sup>3544</sup> est un exemple de législation régissant un aspect spécifique de la relation de distribution indépendamment de la nature du contrat. Est visée et encadrée, une clause (la clause d’exclusivité) qui peut être présente dans différents contrats<sup>3545</sup>.

**Droit de la concurrence.** Le droit de la concurrence offre certainement les meilleurs exemples de règles régissant des aspects spécifiques d’une relation de distribution indépendamment de la nature du contrat qui peut en être le support.

Ainsi, dans le droit des pratiques anticoncurrentielles, le règlement 330/2010 d’exemption des accords verticaux ne s’intéresse pas aux différents types d’accord<sup>3546</sup> mais à des obligations ou pratiques particulières : fixation des prix de revente, exclusivité de vente, obligation de non-concurrence, obligation de

---

<sup>3541</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 60, « la grande diversité des formules contractuelles utilisées pour la commercialisation et surtout de leur régime rend discutable l’affirmation d’une théorie générale des contrats de distribution qui se distingueraient par là des autres contrats ».

<sup>3542</sup> *Supra* n° 478 s.

<sup>3543</sup> *Supra* n° 485.

<sup>3544</sup> C. com. art. L. 330-1 et 2.

<sup>3545</sup> Initialement étaient concernés la vente ou le bail de biens meubles mais la jurisprudence a considérablement étendu le domaine des contrats visés. – Sur la question : DIAS (C.), *Les contrats de distribution à l’épreuve du temps*, Préf. I. Urbain-Parléani, PUAM, 2014, n° 116 s. – ERÉSÉO (N.), *L’exclusivité contractuelle*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 79, Litec, 2008, n° 310 s. – LEBRETON (S.), *L’exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Préf. M. Pédamon, BDE, t. 57, Litec, 2002, n° 149 s., critiquant la sanction par la nullité de la clause d’exclusivité.

<sup>3546</sup> Il a déjà été souligné que la notion d’accord vertical permettait de faire abstraction de la nature juridique du contrat (*supra* n° 919).

non-concurrence post-contractuelle<sup>3547</sup>. Il s'agit d'un droit spécial des clauses<sup>3548</sup>, d'un droit spécial des obligations et plus généralement d'un droit des pratiques et non d'un droit des contrats spéciaux.

De même, dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence, les textes ne font pas référence à la nature du contrat mais s'appliquent au « *producteur, commerçant, industriel ou [artisans]* » dans ses rapports avec un « *partenaire commercial* » et visent des faits<sup>3549</sup> qui peuvent se rapporter à des pratiques contractuelles ou non. Les pratiques prohibées concernent des périodes et aspects particuliers des relations de distribution indépendamment de tout contrat.

Ainsi, la prohibition de l'obtention d'un avantage sans contrepartie se rapporte à la naissance de la relation de distribution<sup>3550</sup>. La prohibition de la soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif<sup>3551</sup> concerne la naissance d'une relation ou la modification des conditions d'une relation existante. La prohibition de l'obtention de conditions abusives sous la menace d'une rupture vise la modification des conditions d'une relation existante<sup>3552</sup>. La prohibition de la rupture brutale traite de la cessation de la relation de distribution<sup>3553</sup>.

Les pratiques prohibées concernent parfois des aspects très spécifiques de la relation comme la passation, le règlement ou la facturation des commandes<sup>3554</sup>, les refus ou retours de marchandises ou encore la compensation des créances de prix et pénalités<sup>3555</sup>, etc.

**927. Conclusion.** Ces exemples montrent qu'il est possible d'élaborer un régime complexe de la relation de distribution s'appliquant à ses différents aspects et périodes pour tenir compte du caractère complexe et évolutif de la dépendance des distributeurs.

---

<sup>3547</sup> Règl. UE n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010, art. 4 et 5.

<sup>3548</sup> Les règlements d'exemption par catégorie procèdent également à une véritable typologie des clauses qu'une partie de la doctrine classe selon des couleurs (clauses blanches, noires, grises et rouges) selon que leur présence est indifférente ou nécessaire à l'exemption de l'accord, s'oppose à celle-ci, entraîne un retrait d'exemption ou un contrôle pour la clause considérée (ARCELIN (L.), *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., PUR, 2013, n° 138 s. – RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 824 s. – MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCÉ (M.), *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 306) – Sur la question : CHAGNY (M.), *Catégories juridiques contractuelles et droit européen de la concurrence*, in *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, dir. D. Voinot et J. Sénéchal, Larcier, 2012, p. 89 s. – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, n° 386 s. – AUBRY (H.), *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Préf. A. Ghozi, PUAM, 2002, n° 151 s. – TROCHU (M.), *Incidence du droit communautaire sur la rédaction des contrats de distribution*, D. 1995, chron. p. 179 s. – CLAUDEL (E.), *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse Paris 5, 1994, n° 357 s. – L'exemption individuelle procède également d'un raisonnement par clauses : CJCE 28/01/1986, *Pronuptia* : 161/84, § 14, « la compatibilité des contrats de franchise de distribution avec [le droit européen des ententes] [...] ne peut être apprécié de façon abstraite, mais [...] est fonction des clauses contenues dans ces contrats ».

<sup>3549</sup> C. com. art. L. 442-6, I, « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé **le fait**, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers... » (mise en gras ajoutée).

<sup>3550</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 1<sup>o</sup>.

<sup>3551</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 2<sup>o</sup>.

<sup>3552</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 4<sup>o</sup>.

<sup>3553</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 5<sup>o</sup>.

<sup>3554</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 12<sup>o</sup>.

<sup>3555</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 8<sup>o</sup>.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**928. Approche complexe.** La résorption des inégalités de traitement de la dépendance des distributeurs pourrait passer par la combinaison d'une approche synthétique et une approche analytique des rapports entre fournisseurs et distributeurs.

L'approche synthétique au stade de la qualification des rapports entre fournisseurs et distributeurs permettrait de dépasser le cadre trop restreint du contrat et les conflits entre les multiples contrats spéciaux pour considérer une notion unitaire de la relation de distribution.

L'approche analytique au stade du régime permettrait de prévoir des règles spécifiques aux différents aspects et périodes de la relation de distribution tenant ainsi compte de la complexité et de l'évolutivité de la dépendance des distributeurs.

Il s'agit ainsi de créer un droit des aspects et périodes de la relation de distribution se substituant à l'approche actuelle mêlant des droits des contrats supports d'une opération économique de distribution avec un droit des pratiques restrictives de concurrence. Reste cependant à déterminer l'instrument juridique le plus adéquat et efficace pour concrétiser cette approche.

## CHAPITRE 2 – LE CHOIX D’UN INSTRUMENT

**929. Instruments disponibles.** Deux instruments principaux permettent une évolution du droit positif<sup>3556</sup> : la loi et la jurisprudence<sup>3557</sup>. L’évolution par la voie législative s’accompagne nécessairement d’une évolution jurisprudentielle. En effet, le législateur ne pouvant tout prévoir les juges devront interpréter la loi et, ce faisant, contribueront à la construction de la norme<sup>3558</sup>. En revanche, une évolution jurisprudentielle peut également intervenir en l’absence d’évolution législative.

**930. Plan.** Il sera démontré qu’un traitement cohérent et égalitaire de la dépendance des distributeurs ne peut passer par une simple évolution jurisprudentielle mais nécessite une intervention législative (Section 1) assortie de garanties particulières d’effectivité (Section 2).

### SECTION 1 – LE CHOIX D’UNE RÉFORME LÉGISLATIVE

**931. Plan.** Le choix d’une réforme législative sera justifié (§1) et son champ d’application précisé (§2).

#### §1 – La justification d’une réforme par la loi

**932. Débat doctrinal.** La doctrine est partagée sur la nécessité d’une loi pour faire évoluer l’approche de la dépendance des distributeurs<sup>3559</sup>. Il sera répondu aux arguments avancés en faveur d’une réforme purement jurisprudentielle (A) et démontré qu’une évolution législative est incontournable (B).

---

<sup>3556</sup> Rapp. : MAINGUY (D.), *Introduction générale au droit*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, n° 56 s., distinguant deux moyens d’intervention du droit : la norme et le procès.

<sup>3557</sup> Si la jurisprudence comme source du droit est classiquement objet de débat, mais si on peut discuter la légitimité de la jurisprudence comme source du droit, son rôle normatif est indéniable. L’existence même d’un débat sur sa légitimité en atteste. – Sur la question : JESTAZ (P.), *Les sources du droit*, Dalloz, 2015, p. 63 s. – JOBARD-BACHELIER (M.-N.), BACHELIER (X.) et BUK LAMENT (S.), *La technique de cassation*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, p. 62 s. – BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle et la production des normes*, in *Traité international de droit constitutionnel*, dir. D. Chagnollaud et M. Tropper, t. 2, Dalloz, 2012, p. 705 s. – TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, n° 359 s. – RRY-VERNIERES (S.), *Les « petites » sources du droit*, Préf. N. Molfessis, Economica, 2012 – CHARBONNEAU (C.), *La contribution de la Cour de cassation à l’élaboration de la norme*, Préf. P. Delebecque, Bibl. IRJS, t. 29, IRJS éd., 2011, n° 44 s. – PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, Préf. L. Leveneur, Coll. des thèses, t. 35, Defrénois-Lextenso, 2009, n° 130 s. – *La création du droit par le juge*, APD, t. 50, Dalloz, 2007 – MAZEAUD (A.), *La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la chambre sociale de la Cour de cassation*, in Mél. J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 383 s. – ZÉNATI (F.), *La nature de la Cour de cassation*, BICC, n° 575, 15/04/2003 – AUBERT (J.-L.), BANDRAC (M.), BRETON (A.), CARBONNIER (J.), CORNU (G.), GOBERT (M.), TERRÉ (F.), TUNC (A.) et ZÉNATI (F.), *La jurisprudence aujourd’hui, libres propos sur une notion controversée*, RTD civ. 1992, p. 337 s. – ZÉNATI (F.), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991 – DUPEYROUX (O.), *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit*, in Mél. G. Marty, Univ. Toulouse, 1978, p. 462 s. – DUPEYROUX (O.), *La jurisprudence source abusive de droit*, in Mél. J. Maury, t. 2, Dalloz, 1960, p. 349 s. – MAURY (J.), *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, in Mél. G. Ripert, t. 1, LGDJ, 1950, p. 28 s. – WALINE (M.), *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in Mél. G. Scelle, t. 2, LGDJ, 1950, p. 613 s.

<sup>3558</sup> PORTALIS (J.-E.-M.), *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, 1801, « nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur, la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ? [...] Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu’il est impossible au législateur de pourvoir à tout. [...] Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l’empire de l’usage, à la discussion des hommes instruits, à l’arbitrage des juges ».

<sup>3559</sup> Pour la loi : BEAUCHARD (J.), *Protection du franchisé : faut-il une réforme législative ?*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L’Harmattan, 2009, p. 261 s. – Pour la jurisprudence : DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d’un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, n° 802 s. – GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, 12<sup>e</sup> éd., Economica, 2003, n° 835-1.

## A – La réfutation des arguments avancés en faveur d’une réforme par la jurisprudence

**933. Plan.** La doctrine prônant une évolution du droit de la distribution par le juge pointe les inconvénients de la loi (1) et met en avant les atouts de la jurisprudence (2).

### 1 – La réfutation des inconvénients de la loi par rapport à la jurisprudence

**934. Abstraction et généralité.** Il est parfois soutenu que la loi n’aurait pas vocation à appréhender la situation complexe de la dépendance et pourrait donc créer des inégalités. Ainsi, Monsieur de Boüard soutient que « *la loi ne peut, sans trahir sa nature, réserver l’application des règles dont elle définit les conditions et l’élément normatif à certains individus d’un groupe et en exclure d’autres, par référence à des critères aussi sensibles et complexes que la réalité d’une situation de dépendance économique née d’un contrat d’intégration* » et que « *dès lors que la protection de l’entrepreneur économiquement dépendant [...] exige [...] une appréciation concrète de la situation des parties, la méthode législative paraît bien mal adaptée* »<sup>3560</sup>.

Or, la loi peut parfaitement appréhender des phénomènes complexes. Le droit de la concurrence en est un exemple flagrant. Par ailleurs, la nécessité d’appréciation concrète de la situation des parties ne prive pas d’intérêt une intervention législative pour donner une légitimité à cette appréciation, déterminer des catégories juridiques et prévoir les régimes correspondants.

De plus, la loi n’est pas seule à générer des inégalités. Dans différents domaines, il a été mis en évidence d’importantes divergences d’appréciation entre les juridictions créant autant d’inégalités de traitement<sup>3561</sup>. A cet égard, la loi a au moins le mérite de faire apparaître ces inégalités alors que les divergences des juges du fond sont beaucoup plus insidieuses.

**935. Champ d’application temporel restreint.** Il a également été soutenu qu’en cas d’adoption d’une loi, le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle entraînerait des ruptures d’« *égalité de traitement entre les victimes* »<sup>3562</sup>. Cependant, il ne s’agit pas d’un véritable obstacle puisque la loi peut parfaitement déroger à ce principe<sup>3563</sup>.

**936. Insécurité juridique de l’interprétation de la loi.** Il a encore été soutenu que la loi ne serait pas une source de sécurité juridique<sup>3564</sup>.

En premier lieu, devant déroger au principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle, elle « *n’apporterait aucune sécurité supplémentaire par rapport à un revirement de jurisprudence* »<sup>3565</sup>. Cet argument apparaît bien peu pertinent lorsqu’est prônée une évolution impliquant des revirements de

---

<sup>3560</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 813, l’auteur limite l’intérêt d’une intervention législative à un soutien de la jurisprudence (n° 812).

<sup>3561</sup> V. par ex. : *supra* n° 197 s. (distinction entre l’agence commerciale et le contrat de travail de droit commun), 230 (taux et assiette de la quasi-exclusivité, condition d’application du statut du gérant de succursale), 378 s. (qualification de la dépendance dans la rupture brutale d’une relation commerciale établie) et 561 (caractérisation de l’abus dans la fixation du prix).

<sup>3562</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 814.

<sup>3563</sup> *Infra* n° 967.

<sup>3564</sup> Celle-ci renvoie à l’accessibilité, à la stabilité et à la prévisibilité du droit (PIAZZON (T.), *op. cit.*, n° 9 s.) - *Rapport annuel du Conseil d’Etat 2006*, La Documentation Française, 2006, p. 229 « *[le principe de sécurité juridique] comporte de nombreuses applications essentielles dans notre droit : prévisibilité de la loi, clarté et accessibilité de la norme, stabilité des situations juridiques* ».

<sup>3565</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 816.

jurisprudence dont le caractère rétroactif a été dénoncé, discuté et partiellement limité<sup>3566</sup>. De plus, il sera démontré qu'une absence d'application immédiate de la loi nouvelle est parfaitement admissible et n'aurait pas de conséquences désastreuses. Elle éliminerait progressivement les inégalités sans porter atteinte à la sécurité juridique<sup>3567</sup>.

En second lieu, il a été soutenu que les règles légales devant être interprétées, le « *juge serait amené à exercer, à l'occasion de leur mise en œuvre, un pouvoir d'interprétation qu'il tiendrait certes du législateur, mais qui aurait exactement la même consistance que celui qu'il aurait exercé en dehors de toute intervention de sa part* »<sup>3568</sup>. Cette affirmation appelle deux critiques. Premièrement, la légitimité de la loi – directement adoptée par les représentants du peuple – apparaît supérieure à celle du juge<sup>3569</sup>. Deuxièmement, en l'absence de loi, le pouvoir d'interprétation du juge ne devrait pas avoir la même consistance qu'en présence d'une loi : dans le premier cas, le juge dispose d'un pouvoir de création de la norme alors que dans le second, il ne devrait pouvoir, en principe, que la préciser et l'adapter sauf à méconnaître le principe de séparation des pouvoirs<sup>3570</sup>.

**937. Partialité du législateur et publicité des débats législatifs.** Un autre argument avancé au soutien d'une intervention par le juge est que le législateur français serait acquis à la cause des fournisseurs. Ainsi, Monsieur de Boüard soutient que « *l'influence que le pouvoir économique est en mesure d'exercer sur la représentation nationale constitue [...] l'un des obstacles à l'utilisation de la méthode législative aux fins d'introduction d'un statut de la dépendance économique en droit positif* » car il y aurait une « *sur-représentation [...] auprès des pouvoirs publics, comme des instances parlementaires, [d]es intérêts des grandes entreprises recourant aux stratégies d'intégration, par rapport à ceux des entrepreneurs économiquement dépendants* » et une « *incapacité* » de ceux-ci « *à s'organiser en groupes de pression homogènes, susceptibles d'imposer leurs revendications au pouvoir politique* »<sup>3571</sup>. Il a également été souligné que la Belgique avait pu doter la concession d'un tel statut parce qu'elle ne compte aucun constructeur automobile national mais uniquement des concessionnaires<sup>3572</sup>. Monsieur de Boüard ajoute encore que la publicité du processus d'élaboration de la loi ne « *jouerait pas en faveur d'une appréhension objective et apaisée, par les milieux d'affaires, de la finalité que poursuit la réforme, ni des moyens qu'elle* »

---

<sup>3566</sup> Sur la question : DEUMIER (P.), *La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ?*, RTD civ. 2014, p. 71 s. – JOBARD-BACHELIER (M.-N.), BACHELIER (X.) et BUK LAMENT (S.), *op. cit.*, p. 85 s. – ZENATI-CASTAING (F.), *Pour un droit des revirements de jurisprudence*, in Mél. J.-L. Bergel, Bruylant, 2013, p. 501 s. – CHARBONNEAU (C.), *op. cit.*, n° 746 s. – MORVAN (P.), *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, D. 2005, p. 247 s. – MOLFESSIS (N.) et autres, *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005.

<sup>3567</sup> *Infra* n° 968.

<sup>3568</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 816.

<sup>3569</sup> Dans ce sens : DUPEYROUX (O.), *La jurisprudence source abusive de droit*, *op. cit.*, p. 349 s. – Sur la question : *supra* n° 944.

<sup>3570</sup> Dans ce sens : BÉCANE (J.-C.), COUDERC (M.) et HÉRIN (J.-L.), *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010, p. 28 s. – Dans son discours préliminaire au premier projet de Code civil, Portalis prescrivait ainsi que « *quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* ». La création d'une norme par le juge, sur habilitation du législateur (notamment par des standards comme l'équité, *infra* n° 1050), est ainsi réservée à l'hypothèse d'une carence de la loi. – Rappr. : NCPC art. 12, « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables*. ».

<sup>3571</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 818. – Rappr. : LATTI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, n° 552, attribuant l'échec des tentatives d'intervention législatives pour encadrer la concession au « *conservatisme* » et aux « *pressions corporatistes des concédants* ».

<sup>3572</sup> MAYMON-GOUTALOY (M.), *Contre une intervention législative en matière de concession commerciale*, RTD com. 1982, p. 519 s., p. 520.

se donne »<sup>3573</sup> et que l'application immédiate de la loi nouvelle en matière contractuelle serait difficile « à faire admettre [...] à des parlementaires à l'écoute des milieux d'affaires »<sup>3574</sup>.

Tout d'abord, cette préférence pour la jurisprudence en raison d'une partialité du législateur qui serait trop sensible à la cause des fournisseurs intégrateurs et de la nécessaire publicité accompagnant l'élaboration de la norme est très critiquable. En effet, il s'agit purement et simplement de contourner le processus démocratique d'élaboration du droit pour imposer une évolution insidieuse au motif d'une défaillance supposée de ce processus.

Ensuite, cette préférence pour les fournisseurs et la faiblesse des entrepreneurs dépendants n'est pas évidente. Les adoptions de la loi *Doubin*<sup>3575</sup>, de la prohibition de la rupture brutale des relations commerciales établies<sup>3576</sup> et de celle du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties<sup>3577</sup> ne sont-elles pas des exemples de victoires des dépendants ?<sup>3578</sup>.

De plus, à supposer que le législateur soit effectivement acquis à la cause des fournisseurs, rien ne permet d'écarter que la jurisprudence ne le soit pas également. L'échec du solidarisme contractuel<sup>3579</sup>, l'appréciation très restrictive de l'abus de dépendance économique<sup>3580</sup>, le rejet de tout effet de l'intérêt commun hors du mandat<sup>3581</sup> ou encore la limitation des effets de l'obligation d'information précontractuelle de la loi *Doubin* sur le consentement<sup>3582</sup> pourraient en être des manifestations.

Enfin, à supposer toujours que le législateur soutienne les fournisseurs, il apparaît indispensable de le convaincre car des lois pourraient sinon venir combattre les évolutions jurisprudentielles<sup>3583</sup>.

**938. Conclusion.** Finalement, il n'apparaît pas que la loi présente des inconvénients qui justifieraient de préférer une réforme par voie jurisprudentielle. Les défenseurs de cette approche soutiennent cependant que la jurisprudence présenterait des avantages particuliers que n'aurait pas la loi.

## **2 – La réfutation des avantages de la jurisprudence par rapport à la loi**

**939. Pragmatisme adapté à la dépendance.** Une partie de la doctrine soutient que la complexité des contrats de distribution et de la dépendance appellerait un traitement plus jurisprudentiel que légal. Ainsi, Monsieur de Boüard expose que « la jurisprudence ne se soucie pas du caractère hétérogène de la catégorie

---

<sup>3573</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 817.

<sup>3574</sup> *Ibid.*, n° 814.

<sup>3575</sup> *Supra* n° 477 s.

<sup>3576</sup> *Supra* n° 591 s.

<sup>3577</sup> *Supra* n° 369 et 566.

<sup>3578</sup> Si l'adoption de ces règles a essentiellement été motivée par une volonté de protection des fournisseurs de la grande distribution, le législateur n'a pas restreint leur champ d'application aux seuls fournisseurs.

<sup>3579</sup> Cet échec est admis tant par les promoteurs du solidarisme (MAZEAUD (D.), *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises...*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis Dalloz, 2012, p. 905 s., n° 11 s. – JAMIN (C.), *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, 9<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand, Ed. Thémis, 2005, p. 27 s.) que par ses détracteurs (LEQUETTE (Y.), *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mél. P. Didier, Economica, 2008, p. 247 s., n° 24 s. – LEVENEUR (L.), *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 173 s., n° 7 s.).

<sup>3580</sup> *Supra* n° 356 s.

<sup>3581</sup> *Supra* n° 666. – De même, malgré des incitations doctrinales (LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 560 s. – LICARI (F.-X.), *L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé*, RLDA 07/13, p. 93 s. – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 693), les juges français n'appliquent pas le régime de l'agence commerciale aux distributeurs intégrés, à la différence des juges allemands et d'autres juges européens (*supra* n° 312).

<sup>3582</sup> *Supra* n° 500.

<sup>3583</sup> Sur la question : MALAURIE (P.), *La jurisprudence combattue par la loi*, in Mél. R. Savatier, Faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 1965, p. 603 s.



de rattachement des entrepreneurs intégrés au statut de la dépendance économique » et qu'en tant que « méthode empirique, elle semble prédestinée à l'analyse concrète [de] la situation de l'intégré, dans le but de déterminer si les circonstances de sa dépendance économique à l'égard de l'intégrateur justifient que lui soit appliqué le statut protecteur »<sup>3584</sup>.

Cependant, cet éloge de la méthode empirique trouve sa limite dans les exigences de sécurité juridique<sup>3585</sup> et d'égalité. Par exemple, il a été mis en avant les très grandes disparités de conception et de prise en compte de la dépendance dans l'application jurisprudentielle de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie<sup>3586</sup> ou encore dans l'appréciation de l'indépendance de l'agent commercial<sup>3587</sup>.

Par ailleurs, il a été démontré que la loi pouvait parfaitement appréhender la complexité des relations de distribution et moduler les règles en fonction des circonstances<sup>3588</sup> en laissant, le cas échéant, une certaine marge d'appréciation aux juges.

**940. Souplesse et évolutivité.** Il est également souvent souligné que la jurisprudence est un instrument possédant « souplesse et évolutivité », alors que la loi serait rigide<sup>3589</sup>. Cette dernière n'est pourtant pas dénuée de ces caractères.

S'agissant de l'évolutivité, l'inflation législative a montré que la loi pouvait évoluer très rapidement<sup>3590</sup>, plus rapidement même que la jurisprudence. En effet, pour se former, la jurisprudence suppose que des cas soient soumis aux juges étatiques et donnent lieu à des décisions passées en force de chose jugée et confirmées. Or, pour atteindre la Cour de cassation, une affaire peut facilement prendre quatre à six années. Par exemple, la définition de la *relation de dépendance* au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, b) du Code de commerce issu de la loi du 16 mai 2001, n'a commencée à être esquissée par la Cour de cassation qu'en 2007 et n'a été clairement énoncée qu'en 2013 alors, qu'entre temps, la référence à la relation de dépendance avait été abrogée par la loi du 4 août 2008<sup>3591</sup>. Ainsi, la loi peut se révéler plus rapide à modifier les normes que la jurisprudence. Sur certaines questions susceptibles d'évolution, la loi peut aussi renvoyer à des actes réglementaires dont la modification est plus facile car elle ne suppose pas de débat et de vote du Parlement.

La loi n'exclut pas non plus une certaine souplesse dans les règles qu'elle pose. Elle peut prévoir des exceptions ou encore recourir à des standards juridiques pour laisser une marge de manœuvre importante aux juges<sup>3592</sup>. Le droit de la concurrence offre de bons exemples avec les notions d'entreprise ou de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties<sup>3593</sup>.

Cependant, de façon générale, la souplesse et l'évolutivité de la norme ne sont pas toujours positives. En

---

<sup>3584</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 819.

<sup>3585</sup> Sur la notion : PIAZZON (T.), *op. cit.*, 2009.

<sup>3586</sup> *Supra* n° 378 s.

<sup>3587</sup> *Supra* n° 197 s.

<sup>3588</sup> *Supra* n° 925 s.

<sup>3589</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 824 — V. également : DIAS (C.), *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Préf. I. Urbain-Parléani, PUAM, 2014, n° 495, soutenant à propos de la concession « qu'une législation rigide apparaît particulièrement inappropriée, dans un domaine où une certaine souplesse d'application s'avère nécessaire » — MAYMON-GOUTALLOY (M.), *op. cit.*, p. 520, s'opposant à « un statut rigide alors que l'évolution et les nécessités d'adaptation sont rapides et impératives en la matière ».

<sup>3590</sup> Sur l'inflation et l'instabilité législative, voir notamment : PIAZZON (T.), *op. cit.*, n° 114 s.

<sup>3591</sup> *Supra* n° 369.

<sup>3592</sup> Sur la notion : *supra* n° 911.

<sup>3593</sup> *Supra* n° 328 (notion d'entreprise) et 566 (déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties).

effet, s'il n'est pas question de figer le droit et de tout prévoir par la loi<sup>3594</sup>, une certaine stabilité et une certaine prévisibilité apparaissent essentielles<sup>3595</sup>, en particulier pour des relations de distribution qui se projettent dans la durée.

**941. Discretion.** Monsieur de Boüard soutient encore que l'évolution jurisprudentielle serait plus discrète que l'évolution législative et permettrait ainsi d'éviter les risques de délocalisation ou de disqualification des contrats permettant de faire échec à la protection<sup>3596</sup>.

Tout d'abord, cet auteur soutient lui-même que le risque de délocalisation existe de façon limitée<sup>3597</sup>.

Ensuite, c'est sans doute sous-estimer le niveau d'information des milieux d'affaires et notamment des fournisseurs que de penser qu'ils pourraient ne pas être informés d'une évolution jurisprudentielle remettant en cause l'organisation de leurs modes de distribution. Les évolutions de jurisprudence sont publiées<sup>3598</sup>, commentées sur les sites spécialisés, dans les revues juridiques et même des magazines (*Franchise Magazine*, *Franchise et Business*, etc.) auxquels sont abonnés les services juridiques. Elles sont également relayées par les conseils à leurs clients<sup>3599</sup> et les fédérations professionnelles à leurs membres (il s'agit d'un des services offerts par la *Fédération Française de la Franchise*).

Par ailleurs, cette volonté de piéger les fournisseurs est bien peu démocratique et, à supposer qu'un tel piège fonctionne, il ne pourra perdurer. En effet, une fois que les fournisseurs auront été pris, ils s'organiseront pour ne plus l'être ensuite<sup>3600</sup>.

Enfin, plutôt que de compter sur l'effet de surprise de la jurisprudence, mieux vaut assurer l'effectivité de la norme malgré une éventuelle délocalisation du fournisseur ou une disqualification des contrats en prévoyant l'application de cette norme malgré l'existence d'un élément d'extranéité (ce qui est possible avec une loi de police<sup>3601</sup>) ou d'une volonté contraire (ce qui est possible avec une loi d'ordre public<sup>3602</sup>).

**942. Conclusion.** Par conséquent, la jurisprudence ne paraît pas présenter des atouts qui la rendraient plus adaptée que la loi pour réformer le droit positif. Au contraire, différents arguments conduisent à préférer une évolution du droit de la distribution par la loi plutôt que par le juge.

## B – Les arguments en faveur d'une réforme par la loi

**943. Présentation.** Pour développer une approche cohérente et égalitaire de la dépendance des distributeurs, la loi paraît être l'instrument à privilégier.

---

<sup>3594</sup> Dans son discours préliminaire au premier projet de Code civil, Portalis mettait en garde contre « *la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir* » par la loi.

<sup>3595</sup> Dans ce sens : DANIS-FATOME (A.), *La définition légale*, in Mél. G. Viney, LGDJ, 2008, p. 275 s., n° 21, « *entre deux maux, insécurité juridique ou rigidité, il faut opter pour le second. Mieux vaut des cadres rigides que le législateur peut changer en s'appuyant sur la volonté souveraine du peuple qui l'a élu plutôt qu'une insécurité juridique* ».

<sup>3596</sup> DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 823.

<sup>3597</sup> *Ibid.*, n° 811.

<sup>3598</sup> Sur la question, pour la Cour de cassation : CHARBONNEAU (C.), *op. cit.*, n° 687 s.

<sup>3599</sup> L'organisateur d'un réseau de distributeur dispose généralement d'un service juridique alors que les unités de distribution du réseau (notamment les franchisés) ont rarement une taille suffisamment importante pour disposer d'un tel service.

<sup>3600</sup> BEAUCHARD (J.), *op. cit.*, p. 271, constatant que les fournisseurs s'adaptent très rapidement aux évolutions jurisprudentielles car « *chaque fois qu'apparaît une nouvelle jurisprudence, leurs avocats font le point, analysent la situation et suggèrent une parade, ou une rédaction nouvelle d'une ou plusieurs clauses des contrats* ».

<sup>3601</sup> *Infra* n° 970.

<sup>3602</sup> *Infra* n° 973.

**944. Légitimité.** Tout d'abord, la loi est plus légitime que la décision de justice pour faire évoluer fondamentalement le droit positif puisqu'elle est élaborée par les représentants du peuple souverain<sup>3603</sup>. En comparaison, les juges rendent leurs décisions au nom du peuple français mais ne sont pas élus par lui et n'en constitue pas l'émanation directe. Comme le souligne fort justement Madame Frison-Roche, « *prévoir un dispositif général de protection d'une catégorie de personnes, c'est assumer une fonction politique* » relevant de la loi et non des juges, ceux-ci ne disposant pas d'une légitimité suffisante<sup>3604</sup>.

**945. Force normative.** Ensuite, la jurisprudence a un effet normatif plus restreint que la loi. Certes, même si l'effet relatif de l'autorité de la chose jugée limite, en principe, la portée d'une décision de justice, on sait que la jurisprudence de la Cour de cassation et parfois des cours d'appel a une portée normative plus étendue<sup>3605</sup>. Cependant, même publiée, la jurisprudence reste moins claire et accessible que la loi<sup>3606</sup>. Son lien avec une espèce rend toujours délicate la détermination de sa portée<sup>3607</sup> et son absence d'autorité absolue relativise son caractère contraignant pour les acteurs économiques qui peuvent toujours espérer la résistance d'une juridiction ou une évolution jurisprudentielle.

De plus, dans le domaine des affaires, des contrats entre professionnels, l'arbitrage est particulièrement développé<sup>3608</sup> si bien que l'influence des juges étatiques est limitée. L'application d'une règle jurisprudentielle pourra ainsi être évitée par le recours à l'arbitrage alors qu'une loi d'ordre public s'imposera aux arbitres<sup>3609</sup>.

Au contraire, les règles légales, en raison de leur autorité absolue, du caractère d'ordre public qui peut leur être donné et de leur publicité plus importante, paraissent bien plus à même de modifier les comportements des acteurs économiques.

**946. Sécurité juridique.** Par ailleurs, la jurisprudence sans cadre légal est source d'insécurité juridique<sup>3610</sup> et d'inégalités de traitement. Ainsi, pour Kelsen, « *même si le droit positif habilite le juge à décider selon la justice, la décision judiciaire résulte – parce qu'elle est habilitée par le droit positif valide – de l'application du droit ; et le postulat du positivisme juridique, selon lequel tout cas concret doit être décidé sur la base (c'est-à-dire en application) du droit positif valide, est sauvegardé [;] [...] l'exigence de sécurité juridique (qui relève de la politique juridique), c'est-à-dire l'exigence que la décision judiciaire puisse être prévue avec une certaine vraisemblance et que l'on puisse donc régler son comportement en fonction d'elle, est*

---

<sup>3603</sup> Constitution du 04/10/1958, art. 3 et 24.

<sup>3604</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix*, RJDA 01/96, p. 3 s., p. 5 – Dans le même sens : LARDEUX (G.), *En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique*, in *L'équilibre du contrat*, dir. G. Lardeux, PUAM, 2012, p. 59 s., p. 61, « *instaurer un contrôle généralisé de l'équilibre des contrats est une décision de politique juridique qui relève de la seule compétence du législateur* » – BEAUCHARD (J.), *op. cit.*, p. 270, « *fondamentalement [...] le rôle de la jurisprudence n'est pas de réformer le droit* ».

<sup>3605</sup> Sur la question, voir notamment : CHARBONNEAU (C.), *op. cit.*, n° 51.

<sup>3606</sup> Sur l'accessibilité et la clarté de la jurisprudence : PIAZZON (T.), *op. cit.*, n° 133 s.

<sup>3607</sup> Sur la difficulté d'identifier la norme jurisprudentielle : CHARBONNEAU (C.), *op. cit.*, n° 53 s., l'auteur conclut que c'est de la combinaison d'un ensemble de critères objectifs et subjectifs que « *résulte la sensation plus ou moins juste que la solution est désormais (jusqu'à un éventuel revirement) de droit positif. Le risque de se tromper n'est jamais totalement écarté, sauf lorsque la règle est si constante et ancienne qu'elle fait en quelque sorte corps avec le texte qui lui sert de fondement* » (n° 61, en gras dans le texte).

<sup>3608</sup> PAILLUSSEAU (J.), *Les contrats d'affaires*, in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, dir. L. Cadet, Economica, 1987, p. 168 s., n° 35, constatant que « *les difficultés très grandes de qualification* » générées par les « *nouveaux contrats d'affaires, à la complexité croissante* », notamment dans le domaine de la distribution, conduisent les parties, pour « *limiter leurs risques et leur insécurité* » à recourir à « *l'arbitrage et confier aux arbitres les pouvoirs d'amiable composition [car] elles espèrent que des spécialistes, compétents techniquement et juridiquement, chercheront à régler les problèmes en s'inspirant de leur volonté profonde, de ce qu'elles ont voulu véritablement réaliser, surtout si elles l'ont exposé clairement, dans un exposé des motifs soit en tête de leur contrat, soit dans le protocole « chapeau » d'une groupe de contrats, plutôt que de chercher une solution uniquement juridique, spécifique seulement à un aspect particulier de leur relation, étrangère ou contraire au bon règlement de leur situation économique.* ».

<sup>3609</sup> C. civ. art. 1492, 5°.

<sup>3610</sup> Dans ce sens : PIAZZON (T.), *op. cit.*, n° 132 s., démontrant que « *l'élaboration jurisprudentielle du droit est techniquement une cause d'insécurité juridique plus ou moins dangereuse, quelle que soit l'opportunité et la sagesse quant au fond de la règle nouvelle que le juge dessine* ».

quasiment abandonnée »<sup>3611</sup>. En effet, en l'absence de cadre légal précis, il s'avère difficile et souvent impossible d'anticiper la décision du juge<sup>3612</sup>. Cette décision peut varier d'un juge à l'autre sans que les espèces soient fondamentalement différentes. De telles situations existent en particulier lorsque la Cour de cassation n'a pas été saisie de la question considérée ou a opté pour une absence de contrôle ou un simple contrôle de motivation<sup>3613</sup>, les juges du fond disposant alors d'une grande marge d'appréciation.

Seule une loi relativement précise et ne se référant pas exclusivement à des standards juridiques, qui ne fixent qu'un cadre inconsistant aux juges, peut assurer la sécurité juridique essentielle à l'État de droit<sup>3614</sup> et attendue par les acteurs économiques<sup>3615</sup>. Alors que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont des préoccupations importantes se traduisant même dans un objectif de valeur constitutionnelle<sup>3616</sup>, il serait paradoxal d'abandonner à la jurisprudence, dont l'accessibilité et l'intelligibilité sont moindres<sup>3617</sup>, le soin de dégager les règles s'appliquant à des pans entiers des relations de distribution.

En outre, seule la loi peut attribuer un contentieux à des juridictions spécialisées afin de contribuer au développement d'une jurisprudence uniforme. A cet égard, le contentieux de l'application et de l'interprétation des dispositions législatives applicables aux distributeurs mériterait, à l'instar du contentieux sur les pratiques restrictives de concurrence<sup>3618</sup>, d'être attribué à un nombre limité de juridictions de premier degré et à une cour d'appel unique.

**947. Rapidité.** Par ailleurs, l'évolution par voie jurisprudentielle est lente et imprévisible car elle nécessite que des affaires topiques soient soumises aux juges – et non à l'arbitrage, fréquent en droit des affaires en raison notamment des incertitudes jurisprudentielles<sup>3619</sup> – et qu'une décision passée en force de chose jugée soit rendue avec des principes suffisamment clairs pour être transposables à d'autres affaires<sup>3620</sup>. Au contraire, le droit est immédiatement modifié par la loi.

**948. Possibilité d'abroger des lois.** Enfin, puisqu'il a été mis en évidence que l'évolution du droit des distributeurs justifiait la disparition de statuts spéciaux légaux<sup>3621</sup>, le recours à la loi s'impose procéduralement. En effet, si les juges disposent d'un pouvoir d'interprétation de la loi pouvant parfois aller jusqu'à en paralyser l'application, il est inenvisageable qu'ils écartent systématiquement l'application de

---

<sup>3611</sup> KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, 1979, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996, p. 308.

<sup>3612</sup> *Ibid.*, p. 307, « l'ordre juridique peut tout à fait habiliter l'organe d'application du droit à appliquer une norme juridique positive générale à un cas concret seulement s'il considère cette application dans ce cas comme juste. C'est uniquement à cette condition que l'on peut dire que la mission du juge serait de prendre une décision « juste ». Les profanes et parfois aussi les juristes soutiennent que telle est, de manière générale, la mission du juge ; ils admettent ainsi qu'il existe une justice valide universelle et qu'on peut répondre sans équivoque à la question de savoir ce qui est juste dans le cas concret. Mais c'est une erreur fondamentale ; car il n'y a pas une seule idée de justice, mais plusieurs idées de justice qui sont en conflit les unes avec les autres. La seule justice, qui soit ici en question, est ce que le juge compétent pour trancher le cas considère comme juste ; et cela peut être très différent de ce qu'un autre juge considère comme juste. ». – Comp. : PASCAL (B.), *Pensées*, GF Flammarion, 1976, n° 294-60, « on ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence ; un méridien décide de la vérité [...]. Plaisante justice qu'une rivière borne ; vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà ».

<sup>3613</sup> Sur ces types de contrôle : WEBER (J.-F.), *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile*, BICC 15/05/2009, n° 702, p. 6 s., p. 10 s.

<sup>3614</sup> Sur la sécurité juridique, valeur fondamentale du droit : PIAZZON (T.), *op. cit.*, n° 68 s. – V. également : DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé 1911*, La Mémoire du Droit, 2001, p. 63 s.

<sup>3615</sup> Rapport annuel du Conseil d'Etat, La Documentation Française, 2006, p. 276 s.

<sup>3616</sup> V. par ex. : CC 16/12/1999 : n° 99-421 DC, pt 13 – Sur la question, voir notamment : RRAPI (P.), *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Préf. A. Roux, NBT, vol. 137, Dalloz, 2014.

<sup>3617</sup> Sur les risques d'incompréhension des arrêts de la Cour de cassation : CHARBONNEAU (C.), *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Préf. P. Delebecque, Bibl. IRJS, t. 29, IRJS éd., 2011, n° 483.

<sup>3618</sup> *Supra* n° 378 et *infra* n° 1140.

<sup>3619</sup> *Supra* note n° 3608.

<sup>3620</sup> *Supra* n° 945. – V. également : BEAUCHARD (J.), *op. cit.*, p. 270.

<sup>3621</sup> *Supra* n° 906 s.

l'ensemble des statuts spéciaux d'ordre public dont il a été proposé l'abrogation<sup>3622</sup>. Il s'agirait d'une atteinte inacceptable à la séparation des pouvoirs. Seul le législateur, par une loi abrogative, peut faire perdre sa force normative à des dispositions législatives en vigueur et, de surcroît, non tombées en désuétude.

**949. Conclusion.** Par conséquent, comme le soutenait Carbonnier, la jurisprudence souffre d'infirmités ; elle est lente, incertaine, insécurisante, indifférente aux justiciables, imparfaite dans sa diffusion et donc finalement impuissante à faire de véritables réformes<sup>3623</sup>. La loi devra ainsi être l'instrument privilégié de la réforme du droit des distributeurs.

Une attention particulière devra être portée à sa clarté, à sa précision et à son recours aux standards juridiques. En effet, il ne faudrait pas que les infirmités de la jurisprudence ne réapparaissent par le biais d'une délégation légale au juge d'un pouvoir de détermination du contenu de la norme.

Toute réforme législative présente également – comme les évolutions jurisprudentielles – des effets pervers<sup>3624</sup> et d'incidence<sup>3625</sup> qu'il convient d'anticiper au mieux, sans qu'il soit possible de tous les prévoir et juguler. Dans cet objectif, le champ de la réforme doit être précisément envisagé.

## §2 – Le champ d'une réforme par la loi

**950. Plan.** Le choix d'une réforme par voie législative suppose de préciser clairement le champ d'application matériel, personnel (A) spatial et temporel de la loi (B)

### A – Le champ d'application matériel et personnel

**951. Plan.** L'adoption d'une législation d'ordre public<sup>3626</sup> s'appliquant aux relations de distribution s'analyse en la création d'un droit spécial de la distribution se substituant aux différents droits spéciaux des distributeurs. Le choix d'un droit spécial mérite d'être justifié (1). Par ailleurs, celui-ci peut potentiellement entrer en conflit avec le droit du travail, lui aussi, d'ordre public (2).

#### 1 – La justification d'un statut spécial des distributeurs

**952. Présentation.** Proposer une évolution du droit par la création d'un statut des distributeurs suppose de justifier la pertinence d'un droit spécial par rapport à une évolution du droit commun, du droit de la concurrence ou une extension du droit du travail. La doctrine est partagée sur l'existence<sup>3627</sup> et la nécessité<sup>3628</sup> d'un droit spécial de la distribution.

---

<sup>3622</sup> *Supra* n° 909.

<sup>3623</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, PUF, 26<sup>e</sup> éd., 1999, n° 147.

<sup>3624</sup> Sur la question : MALAURIE (P.), *L'effet pervers des lois*, in Mél. G. Cornu, PUF, 1994, p. 309 s. – PIGNARRE (G.), *L'effet pervers des lois*, RRJ 1994, p. 1097 s.

<sup>3625</sup> CARBONNIER (J.), *Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois*, in *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2004, p. 149 s.

<sup>3626</sup> Sur le caractère d'ordre public de la réforme : *infra* n° 973.

<sup>3627</sup> Soutenant qu'il existe un droit spécial de la distribution : STOFFEL-MUNCK (P.), *La rupture du contrat et le droit de la distribution*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 177 s., n° 3 s., « l'application des instruments du droit commun en droit de la distribution présente un particularisme marqué. Les relations de distribution ont, je crois, un ensemble de spécificités qui en font un ensemble non pas seulement formellement spécifique, mais profondément spécifique » et que « cela vaut pour l'ensemble de la formation comme de l'exécution de la relation, rupture incluse » – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 7, soutenant qu'il existe une théorie générale des contrats de distribution et des régimes spéciaux – BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 28, « le droit de la distribution est un droit spécial, de nature principalement contractuelle, qui est une branche du droit des affaires. C'est un droit des professionnels, pour

**953. Droit commun.** Grua a mis en évidence le caractère « irréfléchi » des prétentions à l'autonomie.

Tout d'abord, l'autonomie d'un droit « doit pouvoir se déduire de l'exclusion ou au moins du filtrage des règles venues d'ailleurs en fonction de la logique interne de la discipline considérée » et non d'un simple « besoin pédagogique de rassembler des règles concernant une même activité pour en donner une présentation synthétique ».

Ensuite, la « spécificité d'une activité déterminée ne peut expliquer que la nature de la dérogation, mais ne suffit pas à expliquer son existence ». En effet, « il ne suffit certainement pas qu'une règle apparaisse inopportune ou inique dans certains domaines pour qu'elle cesse de faire partie des sources qui les régissent, sans quoi ce sont presque toutes les lois qui se trouveraient pulvérisées au contact des faits ».

Par ailleurs, il est illusoire de penser que l'autonomie permettrait de « constituer des ensembles de règles cohérentes ». D'une part, les règles de droit « présentent toutes les mêmes propriétés », « ne constituent pas des "ensembles" à proprement parler » et, d'autre part, « les raisons qui portent la loi à déroger à elle-même tiennent [...] moins à la partie du droit qu'elle régit qu'aux différences de degré de généralité et d'abstraction auxquels on se place », le droit connaissant des divisions à la fois « par domaines, mais aussi par couches ».

Enfin, Grua souligne qu'« un droit qui serait une somme de droits autonomes ne serait pas viable » car « l'autonomie est contagieuse » si bien que des « problèmes de frontières entre les différents domaines surgiraient en nombre infini » et qu'« avec la multiplication des droits autonomes se multiplieraient les problèmes de combinaison entre eux »<sup>3629</sup>.

Une partie de la doctrine dénonce également le recours à des lois spéciales, la loi spéciale serait l'« instrument privilégié de la réforme mais souvent de la réforme maladroite, parce qu'ignorante du

---

l'essentiel, non codifié, en constante et rapide évolution. » – CHAMPAUD (C.), *Le droit des affaires*, 5<sup>e</sup> éd., PUF, 1995, p. 100 s., « le "droit de la distribution" a conquis une place éminente et particulière au sein même du droit des affaires. Il la doit à l'unité économique de l'objet des structures qu'il a élaborées et qui le composent, et non pas à l'homogénéité des techniques juridiques qu'il met en œuvre. On ne saurait cependant contester ni son existence propre, ni son unité réelle et profonde. L'autonomie du "droit de la distribution" traduit un fait majeur de la civilisation marchande moderne : la production et la distribution de masse. C'est ce qui conduit la doctrine juridique à en faire l'objet d'une discipline originale au sein même du droit des affaires. » – Soutenant que le droit de la distribution est un agrégat : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, le droit de la distribution, en raison du caractère pluridisciplinaire de ses règles, « n'apparaît [...] pas comme une branche du droit spécifique mais constitue un dispositif homogène d'encadrement de l'activité économique de distribution » (n° 35) et que « la grande diversité des formules contractuelles utilisées pour la commercialisation et surtout de leur régime rend discutable l'affirmation d'une théorie générale des contrats de distribution qui se distingueraient par là des autres contrats » (n° 60) – MAINGUY (D.), *Faut-il brûler le droit de la distribution ?*, D. 2013, p. 1222 s., n° 12, le droit de la distribution est « une sorte d'amalgame des règles du droit des contrats, de la consommation, de la concurrence et d'un zeste de droit de la propriété intellectuelle, mais est surtout une praxis et une réalité économique [...] s'enrichit d'ouvrages, de revues, de thèses, d'écoles, dont celle de Montpellier, avec des enseignements, etc. » – V. également : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 32 – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *Droit de la distribution européen et français*, Lawlex, 2011, n° 1.

<sup>3628</sup> Pour un droit spécial de la distribution : KENFACK (H.), *L'obligation précontractuelle d'information : l'espoir déçu ?*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 155 s., p. 166 « même si l'accroissement excessif des régimes spéciaux n'est pas un phénomène positif, nous pensons que, comme l'a écrit Montesquieu, la grandeur (en l'espèce d'une jurisprudence) est de savoir dans quels cas il faut l'uniformité et dans quels cas il faut des différences. Les contrats de distribution méritent un régime spécial qui, tout en ayant pour fondement le droit commun, tient compte de leur spécificité ». – Contre un droit spécial de la distribution : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 37, « il semble préférable de laisser les professionnels s'entendre à leur guise : ils participent du même monde, dont ils connaissent les détours, les périls, les aléas et les chances. Le meilleur Droit des contrats spéciaux est celui forgé par la pratique. Restons dans le Droit commun ! Le contrat de franchisage relève plus du Droit commun que d'un Droit spécial ; il se passe fort bien de l'absence de loi spéciale ».

<sup>3629</sup> GRUA (F.), *Les divisions du droit*, RTD civ. 1993, p. 59 s. – Sur les rapports entre droit commun et droit spécial, voir notamment : CHANTEPIE (G.), *Les conflits entre droits particuliers, manifestations d'une dissolution du rapport au droit commun ?*, in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Larcier, 2013, p. 51 s. – GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Préf. Y. Lequette, BDP, t. 509, LGDJ, 2009 – CHAZAL (J.-P.), *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux*, in Mél. J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279 s. – POLLAUD-DULIAN (F.), *Du droit commun au droit spécial – et retour*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 925 s. – GASSIN (R.), *Lois spéciales et droit commun*, D. 1961, chron. p. 91 s. – Sur le droit commun : BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, Thèse Paris 2, 2014 – DURAND (V.), *Droit commun et Code civil*, in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Larcier, 2013, p. 15 s.

contexte juridique et des principes ». Elle conduirait « à un émiettement du droit, à une fragmentation de la loi » et marquerait « un retour certain à un certain corporatisme » car « la loi abandonne une part de sa vocation à la généralité » et « perd aussi son sens de l'égalité et de son unité, donc de sa cohérence »<sup>3630</sup>.

Le droit de la distribution n'est pas autonome et il n'apparaît pas justifié qu'il le devienne. S'il correspond à un secteur particulier de l'économie, ses opérations reposent essentiellement sur des contrats dont les règles de formation et d'exécution sont tirées du droit commun du Code civil. Ses acteurs sont des professionnels, personnes physiques ou morales, qui n'ont pas vocation à être soustraites au droit des sociétés et aux statuts professionnels. Il apparaît en réalité comme un ensemble composite mêlant des règles de différents domaines du droit (le droit civil, le droit de la concurrence, le droit commercial, le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle, etc.)<sup>3631</sup>.

En revanche, certains aspects des relations de distribution paraissent justifier des dérogations au droit commun. Les différents statuts spéciaux qui se sont accumulés ainsi que la persistance du contentieux de leur formation (obligation d'information, erreur sur la rentabilité, déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, etc.) et de leur rupture (rupture brutale, obligation de motivation, sort des stocks, etc.) sont les signes de cette inadaptation. Il ne s'agit donc pas d'autonomiser le droit de la distribution mais de prendre en compte les spécificités des relations de distribution pour mettre fin à des années de lois spéciales catégorielles ayant conduit à un émiettement incohérent, à des ruptures d'égalité et à « des problèmes de séparations et de combinaisons que le droit s'essouffle à résoudre »<sup>3632</sup>. Il s'agit d'adopter un statut spécial visant à mettre fin à la multitude des statuts spéciaux actuels et à limiter les prétentions à de nouveaux statuts, réduisant ainsi le nombre de séparations, de combinaisons et restaurant une cohérence d'ensemble.

Pour y parvenir, chaque règle spéciale composant ce statut devra être justifiée. Il conviendra de démontrer systématiquement en quoi le droit commun, *de lege lata*, est inadapté mais également en quoi ses modifications envisagées dans le cadre du projet de réforme en cours<sup>3633</sup> ne permettraient pas d'apporter des solutions satisfaisantes. Un statut spécial sera alors justifié.

Il ne sera pas proposé de modifications du droit commun des contrats car elles pourraient avoir des effets bien au-delà du champ limité de cette étude. Il est laissé à d'autres, bénéficiant du recul nécessaire, le soin d'apprécier si les règles spéciales proposées pour les distributeurs méritent une éventuelle généralisation<sup>3634</sup>.

**954. Droit de la concurrence.** La protection des distributeurs pourrait également passer par une évolution du droit de la concurrence. Depuis les années 1980, ce droit est un instrument privilégié d'encadrement des rapports entre fournisseurs et distributeurs. Les acteurs de la distribution ont ainsi intégré les règlements

---

<sup>3630</sup> POLLAUD-DULIAN (F.), *op. cit.*, p. 927 s. – V. également : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 848 s., critiquant les « méfaits de la catégorisation du droit » – CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996, n° 24 s., critiquant une « une parcellisation du droit des obligations ». – Sur la question : DABIN (J.), *Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques*, in Mél. E. Lambert, t. 3, Sirey-LGDJ, 1938, p. 66 s. – IVAINER (T.), *Le contrat moderne face à la prolifération des "statuts de personnes"*, JCP 1977.I.2876 – BALAT (N.), *op. cit.*, n° 10 s. et les références citées.

<sup>3631</sup> Sur la question : *supra* note n° 3627.

<sup>3632</sup> GRUA (F.), *op. cit.*.

<sup>3633</sup> Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, soumis à consultation le 25/02/2015 ([http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf), consulté le 09/05/2015), ci-après « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats ».

<sup>3634</sup> Sur la constatation que le droit spécial nourrit les évolutions du droit commun, voir références citées *supra* note n° 3629.

d'exemption des ententes anticoncurrentielles comme de véritables contraintes<sup>3635</sup> et le législateur a cherché à encadrer leurs rapports par l'interdiction d'une série de pratiques restrictives de concurrence<sup>3636</sup>.

La protection des distributeurs dans leurs rapports avec leurs fournisseurs ne peut cependant avoir sa place dans le droit des pratiques anticoncurrentielles. En effet, celles-ci répondent à une logique de marché et n'ont donc vocation qu'à appréhender les rapports entre fournisseurs et distributeurs susceptibles « d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché »<sup>3637</sup>. Or, la dépendance peut exister et avoir des effets sans affecter suffisamment la concurrence sur un marché. En particulier, les règlements d'exemption des ententes par leur objet et leur champ d'application limités ne sont pas les supports adaptés d'un statut protecteur des distributeurs<sup>3638</sup>.

Il pourrait néanmoins être envisagé une évolution par la voie des pratiques restrictives de concurrence, celles-ci étant prohibées *per se*. En effet, malgré sa dénomination, le droit des pratiques restrictives de concurrence apparaît comme une sorte de droit commun des contrats entre professionnels et même des relations d'affaires en général. Cette situation est critiquée au motif que la protection d'un contractant relèverait du droit des contrats et non du droit de la concurrence qui devrait se focaliser sur les atteintes au marché<sup>3639</sup>. Cependant, la recomposition du droit commun des contrats et du droit de la concurrence sortant de l'objet de la présente étude<sup>3640</sup>, la situation sera prise telle quelle. Par suite, la réforme ne passera pas par une modification du droit commun des contrats ou par des modifications importantes du droit des pratiques restrictives de concurrence.

Il sera proposé un droit comportant des dérogations au droit commun des contrats pour prendre en compte la spécificité des relations de distribution et comportant, dans le même but, des aménagements aux règles dérogatoires déjà prévues par les pratiques restrictives de concurrence. Il est ainsi également laissé à d'autres, bénéficiant du recul nécessaire, le travail d'une recomposition globale dont la portée dépasse le domaine de la distribution.

**955. Droit du travail.** Il peut enfin être envisagé de soumettre les distributeurs au droit du travail, souvent conçu comme le droit de la dépendance<sup>3641</sup>. Une telle solution n'est cependant pas souhaitable.

En premier lieu, ce droit a été conçu pour les personnes physiques alors que les distributeurs peuvent être des personnes morales. Or, l'ignorance récente de la personnalité morale par la chambre sociale de la Cour de

---

<sup>3635</sup> Les règlements d'exemption des ententes s'appliquent pourtant uniquement aux accords ayant une dimension européenne, c'est-à-dire susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres et le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Par ailleurs, ils ne font que poser des présomptions : leur respect n'exclut pas une interdiction de l'accord par retrait du bénéfice de l'exemption (Règl. CE n° 1/2003 du Conseil du 16/12/2002, art. 29) et leur irrespect n'exclut pas une exemption individuelle.

<sup>3636</sup> Depuis l'ordonnance du 01/12/1986, la liste de ces pratiques n'a cessé de s'allonger et d'être modifiée (dernièrement par la loi n° 2014-344 du 17/03/2014, art. 122 s.).

<sup>3637</sup> C. com. art. L. 420-1 et TFUE art. 101, §1.

<sup>3638</sup> Dans ce sens : LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Préf. M. Pédamon, BDE, t. 57, Litec, 2002, n° 154 s.

<sup>3639</sup> Dans ce sens : TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 47 – CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 501 s. – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, n° 800 s. – STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, Préf. R. Bout, BDP, t. 337, LGDJ, 2000, n° 598 – IDOT (L.), *La protection par le droit de la concurrence*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 55 s., n° 53 – CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, *op. cit.*, n° 575 s. – *Contra* : LUCIANI (A.-M.), *Une histoire juridique d'amour-haine : le contrôle des pratiques restrictives de concurrence*, in Mel. N. Decoopman, CEPRISCA, 2014, p. 105 s., rattachant les pratiques restrictives de concurrence à une protection du marché.

<sup>3640</sup> Pour des études globales et des propositions de recomposition : CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010 – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, 2004.

<sup>3641</sup> *Supra* n° 50.



cassation peut difficilement s'expliquer par la seule lutte contre la fraude au droit du travail puisque la réalité et la licéité de la forme sociale n'est plus remise en cause<sup>3642</sup>. Elle semble plutôt traduire l'absence d'un droit de la dépendance des sociétés de distribution à l'égard de leurs partenaires contractuels. En effet, si le droit des sociétés connaît la dépendance capitalistique et le contrôle qui l'accompagne<sup>3643</sup>, la dépendance des sociétés de distribution dans leurs rapports avec leurs fournisseurs – n'ayant pas la qualité d'associés, administrateurs, dirigeants ou gérants – relève du droit commun des contrats et du droit de la concurrence dont il a été démontré les limites<sup>3644</sup>.

En second lieu, de nombreux distributeurs sont des entrepreneurs qui ne souhaitent pas louer leur force de travail mais l'utiliser dans leur propre entreprise. Ils sont prêts à utiliser leurs deniers personnels et à offrir leur patrimoine en garantie pour investir dans une unité de distribution et notamment recourir à la main-d'œuvre d'autres personnes. Leur objectif est de tirer de ces investissements un profit supérieur à celui que le seul louage de leur force de travail leur procurerait. Ils sont disposés, pour cela, à prendre des risques accrus par rapport à ceux qu'il est admissible de faire courir à un salarié en application du droit du travail<sup>3645</sup>. Par suite, quand ces distributeurs entrent volontairement dans un rapport de dépendance avec un fournisseur, ils ne souhaitent nullement perdre leur qualité d'entrepreneur et intégrer le droit du travail<sup>3646</sup>.

Par conséquent, il apparaît essentiel de tracer une frontière entre les distributeurs entrepreneurs et les distributeurs salariés, c'est-à-dire entre le droit économique et le droit du travail.

## **2 – La proposition d'une frontière avec le droit du travail**

**956. Plan.** Proposer une frontière entre le droit du travail et le droit économique suppose d'élaborer un critère de démarcation (a) et d'apprécier son impact sur le droit positif (b).

### **a - L'élaboration d'un critère de démarcation**

**957. Nécessité de cantonner le droit du travail.** Si la création d'un statut spécial unique des distributeurs permettrait de mettre fin à de nombreuses inégalités de traitement générées par la multiplication des statuts spéciaux, elle ne ferait cependant pas disparaître la frontière devenue très floue entre le distributeur soumis au droit économique et le distributeur soumis au droit du travail. En raison de son caractère d'ordre public<sup>3647</sup>, de l'absence de définition claire de son champ d'application, de son

---

<sup>3642</sup> *Supra* n° 81 et 225.

<sup>3643</sup> *Supra* n° 321.

<sup>3644</sup> *Supra* n° 324 s. et 472 s.

<sup>3645</sup> Sur cette liberté : BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2010.

<sup>3646</sup> Pour des défenses de l'originalité du droit de la distribution par rapport au droit du travail : MAINGUY (D.), *Faut-il brûler le droit de la distribution ?*, D. 2013, p. 1222 s. – REGNAULT (S.), *Pour une application raisonnée de l'article L. 781-1 2° du Code du travail*, PA 29/07/2005, p. 4 s. – V. également : AMIEL-COSME (L.), *La théorie institutionnelle du réseau*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1 s., n° 10 et 31, rejetant l'application du droit du travail et soutenant qu'il serait temps « d'affirmer le statut du distributeur indépendant et de construire un régime propre, par essence commercial » – MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *La loi du 21 mars 1941, une loi en expansion ?*, CDE 2/1978, p. 4 s., p. 11, soutenant que la société française n'aurait pas à gagner d'une généralisation de l'application du droit social aux différentes formes de distribution. – V. également : REVET (T.), *Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 s., n° 15 s. soutenant que le rapprochement entre les entrepreneurs dépendants et les salariés est partiellement inadéquat et que la situation des premiers « appelle des solutions originales ».

<sup>3647</sup> Sur la question : VATINET (R.), *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 89 s. – CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, Préf. F. Gaudu, BIAT, t. 14, LGDJ, 2007 – GAUDU (F.), *L'ordre public en droit du travail*,

indifférence à la volonté des parties et à la situation formelle des personnes<sup>3648</sup>, le droit du travail pourrait potentiellement entrer en conflit avec le statut spécial des distributeurs envisagé.

Une première solution consisterait à prévoir une possibilité de cumul des protections et, en cas de conflit, un principe de prévalence des dispositions les plus favorables<sup>3649</sup> ou un régime mixte. Cependant, l'incertitude des critères de rattachement au droit du travail et la complexité de détermination du régime applicable<sup>3650</sup> conduiraient à une grande insécurité juridique faisant resurgir le besoin de statuts spéciaux<sup>3651</sup>. Par ailleurs, il a été mis en évidence que les distributeurs entrepreneurs n'entendaient pas intégrer le droit du travail mais créer leur propre entreprise<sup>3652</sup>.

Une autre solution consisterait à préciser les critères du contrat de travail de droit commun. Or, ceux-ci semblent volontairement laissés flous par le législateur et la jurisprudence depuis près d'un siècle afin de permettre au droit du travail de s'adapter aux mutations et évolutions du travail et d'éviter les fraudes<sup>3653</sup>. Par ailleurs, la précision des critères du contrat de travail de façon générale aurait des conséquences dépassant largement le champ de cette étude. Elle serait susceptible de faire entrer dans le droit du travail des personnes qui n'y sont pas soumises actuellement et de faire perdre à certains travailleurs le bénéfice de cette protection. La démarche requière donc un recul plus important et un débat d'une plus grande ampleur.

Dans la perspective d'établir une égalité de traitement des distributeurs, une telle redéfinition générale du champ du droit du travail n'apparaît pas nécessaire. Il suffit de s'interroger sur un critère permettant de distinguer les distributeurs qui devraient relever du droit économique et ceux qui devraient être soumis au droit du travail, tout en laissant intact le reste du champ d'application de ce dernier.

Si ce critère est uniquement un critère d'inclusion dans le droit du travail, il ne résout pas le problème de l'extension incertaine de ce droit à certains distributeurs par le biais des indices du contrat de travail de droit commun. Dans ces conditions, une démarcation claire, gage de sécurité juridique, entre le droit du travail et le droit économique passe nécessairement par l'adoption d'un critère légal d'exclusion du droit du travail.

**958. Choix d'un critère de démarcation.** Le problème de frontière entre droit du travail et droit économique ne se pose qu'en présence d'un travail, c'est-à-dire d'une activité humaine matérielle ou intellectuelle<sup>3654</sup>. Celui qui n'a fait qu'apporter des moyens matériels ou financiers sans déployer une telle activité relève nécessairement du droit économique. Or, le droit du travail porte bien mal son nom puisque le travail n'est pas l'apanage des personnes qui lui sont soumises<sup>3655</sup>. Celui qui déploie une activité en créant sa propre entreprise travaille également. La question est donc de distinguer entre le travail salarié et le travail

---

in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 363 s. – REVET (T.), *L'ordre public dans les relations de travail*, in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, coord. T. Revet, p. 43 s.

<sup>3648</sup> *Supra* n° 76 s. et 80 s.

<sup>3649</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 112 et 171 – CESARO (J.-F.), *Gérants de succursales*, JCl. Trav., fasc. 4-5, 2009, n° 32 – *Contra* : DISSAUX (N.), *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, D. 2010, 667 s., n° 23.

<sup>3650</sup> V. par ex. les difficultés de combinaison des règles pour les gérants : *supra* n° 547 s. et 555 s.

<sup>3651</sup> Sur la constatation de ce phénomène dans les activités d'intermédiation : TOMASIN (D.), *À la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail*, in Mél. M. Despax, PU Toulouse, 2002, p. 203 s., n° 27, « *l'impérialisme et la largesse du critère de subordination juridique conduit directement à l'organisation réglementaire des professions de mandataires présumés indépendants.* »

<sup>3652</sup> *Supra* n° 955.

<sup>3653</sup> *Supra* n° 68 s.

<sup>3654</sup> *Supra* n° 55.

<sup>3655</sup> Sur la question : GARDES (D.), *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, Préf. L. Casaux-Labrunée, PUTC, 2013 – LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990.

non salarié, c'est-à-dire de distinguer un travail se rapportant à la liberté d'entreprise et un travail se rapportant à un contrat de louage d'une force de travail.

Par ailleurs, le droit du travail n'apparaît pas comme le droit de la subordination juridique, du pouvoir de maîtrise de l'activité d'autrui. Celle-ci est certes recherchée pour caractériser le contrat de travail car elle traduit l'appropriation d'une force de travail<sup>3656</sup> mais il a été démontré qu'elle existait également hors des contrats de travail et notamment dans les relations de distribution puisque le fournisseur peut être titulaire d'un pouvoir lui permettant de maîtriser l'entreprise du distributeur et donc, indirectement, la force de travail que ce dernier y investit<sup>3657</sup>.

Il peut être envisagé de rechercher la volonté des parties. Il a cependant été constaté qu'en raison des stratégies d'évitement du droit du travail, abandonner l'application de ce droit ou son exclusion à la volonté des parties était source de fraudes<sup>3658</sup>, notamment s'il existe déjà une relation de dépendance<sup>3659</sup>. Cette volonté peut tout au plus être déduite d'éléments factuels, plus objectifs. Il s'agit alors d'identifier des manifestations objectives de la volonté subjective commune du distributeur et de son fournisseur d'inscrire l'activité dans le champ de l'entreprise et non du salariat.

L'immatriculation à un registre des indépendants ou la création d'une personne morale apparaissent comme des manifestations trop formelles pour constituer un critère, leur utilisation pour contourner le droit du travail a d'ailleurs conduit à quasiment les ignorer<sup>3660</sup>. Il convient donc de se tourner vers d'autres critères.

**959. Critère de l'engagement d'un capital.** En revenant à l'opposition économique entre le capital et le travail, il est possible de considérer que celui qui apporte un capital à une activité s'inscrit dans la liberté d'entreprendre alors que celui qui apporte seulement son travail à l'activité d'un autre s'inscrit dans le salariat. Le distributeur contribuant, par définition, à l'activité du fournisseur en diffusant ses produits ou services, il suffit alors de distinguer selon que cette contribution s'effectue uniquement en travail ou également en capital. La distinction entre le distributeur soumis au droit du travail et le distributeur soumis au droit économique pourrait ainsi résider dans l'existence de dépenses et d'investissements<sup>3661</sup> autres qu'en industrie pour la diffusion des produits ou services du fournisseur. Si le distributeur réalise ou doit réaliser des dépenses et investissements autres que son seul travail dans l'activité de distribution, il serait exclu du champ du droit du travail et relèverait donc du droit économique<sup>3662</sup>.

---

<sup>3656</sup> *Supra* n° 86 s.

<sup>3657</sup> *Supra* n° 124 s.

<sup>3658</sup> *Supra* n° 74.

<sup>3659</sup> Tel est notamment le cas lorsqu'un distributeur salarié est transformé par son employeur en distributeur indépendant pour effectuer exactement les mêmes tâches. Cette situation se traduit juridiquement par une démission suivie de la création d'une société par l'ancien salarié et la conclusion d'un contrat de mandat ou d'entreprise avec l'ancien employeur. – Pour des exemples : *supra* n° 74.

<sup>3660</sup> *Supra* n° 80 s. (contrat de travail droit commun), 183 (agence commerciale) et 225 (gérant de succursale).

<sup>3661</sup> La notion d'investissement vise les charges afférentes à des actifs immobilisés (local, aménagements, véhicule, matériel, outillage, etc.), c'est à dire comme « l'action d'engager des capitaux dans une entreprise en vue d'un profit à long terme » (CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014) alors que la notion de dépense renvoie aux autres charges, à l'engagement de capitaux à court terme (droit d'entrée, publicité, stocks, etc.).

<sup>3662</sup> Rappr. : GAUTIER (P.-Y.), *Nature et régime juridique du mandat : Jeux croisés*, in *Le mandat. Un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011, p. 89 s., « la situation du concessionnaire, du franchisé, de tous les distributeurs économiques dans notre vie contemporaine est la même que celle du mandataire. [...] En vérité, dans tous ces contrats, il y a une dépendance économique, un investissement financier, humain et matériel à moyen ou long terme et c'est cela qui devrait compter en tout premier » – LELOUP (J.-M.), *La franchise*, 4<sup>e</sup> éd., Delmas, 2004, n° 1245, soutenant notamment qu'« à chaque fois que le professionnel considéré fait [...] acte d'entreprise par l'investissement [...] il est illégitime de le traiter en salarié » – REVET (T.), *op. cit.*, n° 15 s., « le salarié est un "élément" de l'entreprise d'autrui, qui [...] ne dispose d'aucune autonomie patrimoniale – professionnellement. Le prestataire économiquement dépendant [...] dispose, souvent, d'une entité porteuse d'actifs patrimoniaux – fût-elle dépendante d'une autre. »

Ces dépenses et investissements pourraient notamment consister en un financement de locaux, d'aménagements, de matériels, d'équipements, de stocks ou encore d'autres forces de travail (salariés, entrepreneurs). En effet, le distributeur qui finance son activité de distribution et notamment l'ouverture d'un magasin manifeste clairement sa volonté de s'inscrire dans l'entrepreneuriat et de prendre des risques. Il ne s'attend pas à ce que ses dépenses et investissements lui soient remboursés par son fournisseur comme le seraient des frais professionnels. Ce distributeur qui dépense et investit dans une activité de distribution relèverait ainsi du droit économique. Au contraire, celui qui déploie une activité de distribution financée par autrui, notamment en travaillant au sein d'une unité de distribution dans laquelle il n'a pas investi et qui valorise donc exclusivement le capital d'un autre relèverait du droit du travail. Il s'agit ainsi de distinguer l'apport en industrie, en force de travail et l'apport pécuniaire ou en nature (en propriété ou jouissance) dans l'activité de distribution. Dans le champ du droit de la distribution, le droit du travail s'appliquerait aux distributeurs n'apportant que leur travail et le droit économique aux distributeurs apportant à la fois une force de travail et un capital à la diffusion des produits ou services. Ce critère a le mérite d'être objectif et de tracer une ligne de démarcation claire, source de sécurité juridique.

Ce critère de l'engagement d'un capital n'est pas inconnu du droit du travail et du droit économique.

En droit du travail, l'existence de moyens propres au travailleur est un indice d'exclusion du contrat de travail<sup>3663</sup>. De même, le rattachement au droit du travail des gérants de succursales et des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire étaient notamment justifié par leur absence de propriété des moyens d'exploitation, idée qui transparaît notamment dans la notion de « *succursale* »<sup>3664</sup>.

En droit économique, le droit de la concurrence prend également en compte les dépenses et investissements pour exclure la qualité d'entreprise indépendante<sup>3665</sup> et l'arrêt *Trévisan* a fait référence « *aux moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers [le distributeur] met en œuvre à ses risques et périls* »<sup>3666</sup>.

Cependant, en droit du travail et en droit économique, les dépenses et investissements sont généralement perçus à travers la charge des risques alors qu'elle n'est pas nécessairement attribuée à celui qui a réalisé ces dépenses et investissements, le contrat ou la loi pouvant opérer une répartition différente. Ainsi, une personne peut procéder à des dépenses et investissements sans risque (le mandataire est remboursé de ses frais et indemnisé de ses pertes<sup>3667</sup>, le salarié est remboursé des sommes dépensées au titre des frais professionnels<sup>3668</sup>). Inversement, ce n'est pas parce qu'existe un risque que des dépenses ou investissements sont nécessairement engagés dans l'activité de distribution (un distributeur est rémunéré intégralement par des commissions mais remboursé de l'ensemble de ses frais, un mandataire est tenu par une clause de ducroire, un gérant-mandataire est responsable du déficit d'inventaire).

---

<sup>3663</sup> *Supra* n° 103 s.

<sup>3664</sup> L'absence de propriété des moyens d'exploitation est une condition du statut de gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire : *supra* n° 263.

<sup>3665</sup> *Supra* n° 335.

<sup>3666</sup> *Supra* n° 429.

<sup>3667</sup> *Supra* n° 169.

<sup>3668</sup> *Supra* n° 113 s. et 541.

**960. Appréciation de l'engagement d'un capital.** Le critère de l'engagement d'un capital dans l'activité de distribution pourrait être satisfait si un ou plusieurs des investissements ou dépenses suivants sont à la charge du distributeur ou assumés par lui :

- les coûts d'utilisation d'un local : coût d'achat ou de location, coût d'aménagement (mobilier commercial) et d'équipement (matériel et outillage) ainsi que les charges associées (électricité, eau, nettoyage, impôts, etc.) ;
- les coûts liés à l'utilisation d'un moyen de transport pour prospecter la clientèle (coût d'achat d'un véhicule, essence, entretien, etc.) ;
- les coûts liés à l'achat des biens ou à la prestation des services offerts à la clientèle ;
- les coûts liés au transport, à la logistique et au stockage des produits distribués ;
- les coûts liés au recrutement, à la formation et à l'emploi de salariés ou autres auxiliaires ;
- les coûts liés à la promotion des biens ou services auprès de la clientèle (dépenses de publicité).

Afin d'apprécier la pertinence de ce critère, il convient cependant de le mettre en œuvre virtuellement pour mesurer l'impact qu'il aurait sur le droit positif.

#### **b - La mise en œuvre du critère et son impact sur le droit positif**

**961. Présentation.** L'application du critère de l'apport en capital à l'activité de distribution conduirait à une modification partielle de la répartition opérée actuellement par le droit positif entre le droit du travail et le droit économique.

**962. Le droit positif conservé.** Une partie du droit positif ne serait pas affectée.

Ainsi, les VRP et les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaires resteraient rattachés au droit du travail mais par un contrat de travail de droit commun, l'éventuelle liberté d'organisation de leur travail n'étant plus incompatible avec celui-ci et ne justifiant plus un droit spécial<sup>3669</sup>.

---

<sup>3669</sup> *Supra* n° 91 – Les règles spéciales du statut (C. trav. art. L.7311-1 s.) ont pour effet d'étendre aux VRP les incapacités d'accès à une profession industrielle ou commerciale prévues par le Code du commerce (L. 7312-1), à limiter la période d'essai à 3 mois (L. 7313-5), à autoriser la stipulation d'une clause d'exclusivité (L. 7313-6), à obliger à un paiement des rémunérations au moins tous les 3 mois (L. 7313-7), à étendre de 30 jours le privilège accordé aux salariés sur leurs rémunérations en cas de procédure collective (L. 7313-8), à prévoir un préavis minimum augmenté par rapport aux autres salariés (L. 7313-9 et -10), à garantir le droit à rémunération du VRP pour les opérations réalisées postérieurement à la rupture de son contrat mais grâce ses interventions antérieures (L. 7313-11 et -12), à lui accorder une indemnité de clientèle (L. 7313-13 à -16) ou une indemnité de substitution prévue par une convention ou un accord collectif (L. 7313-17) et à prévoir la compétence du conseil de prud'hommes pour les litiges relatifs à l'application du statut (L. 7313-18).

Les articles concernant les incapacités d'accès à une profession industrielle ou commerciales visées ont été abrogés (loi n° 2008-776 du 04/08/2008, art. 70) et les incapacités sont maintenant des peines complémentaires prévues par le Code pénal (sur leur difficulté d'application : CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Statut - Conclusion du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-10, 2012, n° 11). L'abrogation de l'article L. 7312-1 ne pose donc aucune difficulté.

Les dispositions relatives à la possibilité d'une clause d'exclusivité, au paiement trimestriel des rémunérations et la compétence du conseil de prud'hommes peuvent également être abrogées sans difficulté puisque le droit commun du travail n'interdit pas les clauses d'exclusivité, prévoit déjà la compétence du conseil de prud'hommes (L. 1411-1) et une mensualisation de la rémunération (L. 3242-1) qui serait donc plus favorable au VRP que son statut.

S'agissant des autres dispositions, il a été démontré que le préavis augmenté par rapport aux autres salariés n'avait aucune justification (*supra* n° 620 s.) et on perçoit mal pourquoi le VRP devrait bénéficier d'un privilège étendu sur ses rémunérations par rapport aux autres salariés subissant la procédure collective de l'employeur. De même, s'agissant de la rémunération sur les interventions antérieures à la rupture du contrat et à l'indemnité de clientèle, il est difficile de justifier que la loi avantage le VRP par rapport à un salarié de droit commun chargé d'une mission de prospection commerciale (*supra* n° 851 et *infra* n° 1188). En effet, ce dernier, à l'instar du VRP, peut augmenter la clientèle de son employeur et être à l'origine d'opérations conclues postérieurement à la rupture de son contrat de travail. L'abrogation de ces règles du statut restaurerait ainsi une certaine égalité entre les salariés, même si elle se ferait par un nivellement par le bas (suppression de la protection spéciale). Un nivellement par le haut (généralisation de la protection spéciale) supposerait cependant une réforme de l'ensemble du droit du travail et un débat préalable sur le partage des résultats du travail qui sortent du cadre de cette étude (*supra* n° 957).

Inversement, les concessionnaires et franchisés resteraient rattachés au droit économique grâce à un critère pertinent plutôt qu'à des raisonnements critiquables visant à occulter leur dépendance<sup>3670</sup>. En effet, le critère de l'apport en capital correspond à l'économie des contrats d'intégration qui visent à faire assumer les dépenses et investissements de création et fonctionnement d'une entreprise de distribution au distributeur tout en dirigeant et contrôlant son activité<sup>3671</sup>.

**963. Le droit positif modifié.** Une partie du droit positif serait cependant modifiée.

Le critère conduirait ainsi à rattacher au droit du travail, s'ils n'ont pas investi dans leurs moyens d'exploitation, les agents commerciaux, les gérants-mandataires du Code de commerce et les vendeurs à domicile indépendants. Les contrats de gérance-mandat du Code de commerce faisant régulièrement l'objet de requalifications en contrat de travail, ce rattachement consacrerait globalement la jurisprudence mais en apportant une certaine sécurité juridique recherchée par les acteurs économiques et le législateur<sup>3672</sup>. S'agissant des agents commerciaux, courtiers, mandataires et commissionnaires, la doctrine soutient généralement que leur indépendance se caractérise par le fait qu'ils créent leur propre entreprise en mettant en œuvre des moyens propres, notamment en employant des salariés<sup>3673</sup>. Si ce n'est pas le cas, il est donc logique de les rattacher au droit du travail. Le même raisonnement s'applique aux vendeurs à domicile indépendants<sup>3674</sup>.

Inversement, le critère conduirait à exclure du droit du travail les gérants de succursales qui assument le financement de leurs moyens d'exploitation. Ce détachement du droit du travail est souhaité par une partie de la doctrine car le caractère extensif du statut de gérant de succursale risque de rattacher au droit du travail des formes de distribution inscrites dans le droit économique comme la franchise ou la concession<sup>3675</sup>. Le critère permettrait ainsi de mettre fin à cette extension et ne priverait pas pour autant de protection ceux qui étaient concernés par le texte. Cette protection serait assurée par le droit du travail en l'absence de dépenses et investissements et, en présence de dépenses ou investissements, par le statut des distributeurs proposé.

La distinction artificielle et imprécise à partir de la nature du contrat support de l'activité de distribution laisserait ainsi place à un critère économique plus précis et plus en phase avec les évolutions du travail et de la distribution qui ont montré les limites du critère de la subordination juridique.

---

<sup>3670</sup> *Supra* n° 126 s.

<sup>3671</sup> *Supra* n° 126, 147 et 153.

<sup>3672</sup> *Supra* n° 206.

<sup>3673</sup> *Supra* n° 168 et 308.

<sup>3674</sup> La jurisprudence avait déjà appliqué le statut de VRP à ces distributeurs, les rattachant ainsi au droit du travail (Versailles 05/06/1985 : D. 1985, IR, 410). En 1993 a été adopté un statut prévoyant que ces personnes sont des « *travailleurs indépendants lorsqu'elles exercent leur activité pour leur propre compte, soit en leur nom propre, soit dans le cadre d'une convention de mandataire, de commissionnaire, de revendeur ou de courtier qui leur confie la vente de leurs produits ou de leurs services* » (loi n° 93-121 du 27/01/1993, art. 3). En 2008, un amendement parlementaire, présenté comme codifiant simplement ces dispositions « *au sein du code de commerce, afin de mieux le faire connaître et de sécuriser la situation de cette profession* » et n'ayant pas fait l'objet d'une discussion sur le fond (JOAN Déb. 05/06/2008, p. 3047) en a profité pour éliminer la référence à une « *activité pour leur propre compte, soit en leur nom propre* » (voir : C. com. art. L. 135-1, issu de la loi 2008-776 du 04/08/2008, art. 61) et à leur interdire, lorsqu'ils sont chargés d'une mission de développement et d'animation d'un réseau de vendeurs à domicile indépendants, d'exercer, pour cette mission, « *une activité d'employeur* » et d'« *être en relation contractuelle avec les vendeurs à domicile indépendants qu'il anime* » et à prévoir qu'« *aucune rémunération, à quelque titre que ce soit, ne peut être versée par un vendeur à domicile indépendant à un autre vendeur à domicile indépendant, et aucun achat ne peut être effectué par un vendeur à domicile indépendant auprès d'un autre vendeur à domicile indépendant* » (C. com. L. art. 135-2). La loi a ainsi restreint l'indépendance de ces distributeurs sans qu'aucune raison ne soit avancée et a ainsi contribué au brouillage de la distinction entre le salariat et l'indépendance (*supra* n° 108). L'abrogation du statut (*supra* n° 909) mettra fin à cette situation et le critère proposé permettra de distinguer les vendeurs à domicile devant être rattachés au droit du travail et ceux relevant du droit économique dont la loi ne bridera plus, *a priori*, l'indépendance. Le statut prévoyait encore une immatriculation à partir d'un certain montant fixé par un arrêté (C. com. art. L. 135-) qui n'a semble-t-il jamais été pris.

<sup>3675</sup> MAINGUY (D.), *Faut-il brûler le droit de la distribution ?*, D. 2013, p. 1222 s.

Ce critère aura naturellement des conséquences importantes sur le régime applicable. En effet, le distributeur soumis au droit économique investissant à la fois son travail et son capital, des règles du droit du travail seront rejetées en raison de l'investissement en capital et, au contraire, d'autres seront étendues en raison de l'existence de l'investissement en travail. Le droit économique pourra ainsi parfois s'analyser comme un droit de la subordination juridique des distributeurs ayant investi un capital dans leur activité. Il importera des méthodes de droit du travail tout en tenant compte de l'investissement en capital<sup>3676</sup>.

**964. Intégration formelle du statut des distributeurs.** Finalement, le statut des distributeurs pourrait s'intégrer dans le Code de commerce, celui-ci constituant une sorte de droit commun des règles spécifiques applicables aux activités professionnelles non salariées. Le Titre III du Livre I<sup>er</sup> intitulé « *Des courtiers, des commissionnaires, des transporteurs, des agents commerciaux et des vendeurs à domicile indépendants* » pourrait être renommé « *Des intermédiaires* »<sup>3677</sup> et les Chapitres IV (« *Des agents commerciaux* ») et V (« *Des vendeurs à domicile indépendants* »), supprimés par l'abrogation des statuts spéciaux, seraient remplacés par un Chapitre IV intitulé « *Des distributeurs* » contenant le statut proposé.

**965. Conclusion.** Les règles prévues dans ce nouveau chapitre du Code de commerce s'appliqueraient au distributeur, défini comme toute personne physique ou morale diffusant les produits ou services d'un ou plusieurs professionnels en procédant à des apports autres que sa seule force de travail dans cette activité, quelle que soit la qualification des contrats le liant avec ces professionnels.

## B – Le champ d'application spatial et temporel

**966. Plan.** Les relations de distribution s'établissant généralement dans la durée et parfois au-delà des frontières, il est nécessaire de préciser le champ d'application temporel (1) et spatial (2) du statut envisagé.

### 1 – Le champ d'application temporel

**967. Cadre normatif.** En application de l'article 2 du Code civil, la loi est d'application immédiate<sup>3678</sup>. Cependant, la jurisprudence, pour ne pas déjouer les prévisions des parties et préserver les droits acquis, a posé un principe de survie de la loi ancienne pour les effets futurs des contrats en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle<sup>3679</sup>. Ce principe peut être remis en cause par une disposition expresse de la loi<sup>3680</sup> ou par le juge, en présence de considérations d'ordre public particulièrement impérieuses<sup>3681</sup>.

---

<sup>3676</sup> Rappr. : REVET (T.), *op. cit.*, n° 15 s., soutenant que la situation du « prestataire économiquement dépendant », en raison notamment du fait qu'il réalise des investissements et que son activité est « le moyen d'un enrichissement patrimonial en revenu et capital », « appelle des solutions originales, étrangère en tout cas à la logique du droit du travail qui tue dans l'œuf les conflits relatifs à la propriété du résultat du travail en l'attribuant originellement à l'employeur par le contrat de travail ». Ces solutions devant notamment garantir que « l'entrepreneur puisse effectivement disposer des biens qu'il a acquis grâce au contrat » (sort des stocks) et que le « partenaire dominant » ne puisse l'« exproprier [...] de sa clientèle, en fait sinon en droit ».

<sup>3677</sup> Les courtiers et les commissionnaires sont des *intermédiaires* contractuels (DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Préf. C. Jamin, BDP, t. 485, LGDJ, 2007 – LOYER-LEMERCIER (M.-J.), *L'intermédiaire contractuel*, thèse Paris 2, 2006), les transporteurs des *intermédiaires* logistiques et les distributeurs des *intermédiaires* commerciaux au sens économique du terme (*supra* n° 12).

<sup>3678</sup> Sur l'ensemble de la question, voir notamment : AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit*, 15<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 101 s. – BACH (L.), *Conflits de lois dans le temps*, Rep. civ. Dalloz, 2006, maj. 2014 – TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, n° 511 s. – GAUDEMET (S.), *Application de la loi dans le temps*, JCl Civil Code, fasc. 10, 2011 – GAUDEMET (S.), *Application de la loi dans le temps - Le juge et l'article 2*, JCl. Civil Code, fasc. 20, 2011 – GAUDEMET (S.), *Application de la loi dans le temps - Le législateur et l'article 2*, JCl. Civil Code, fasc. 30, 2011 – MAINGUY (D.), *Introduction générale au droit*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, n° 230 s.

<sup>3679</sup> V. par ex. : Civ. 3 03/07/1979 : n° 77-15552 ; B. n° 149 ; R. Cass. 1979, 58 ; JCP 1980.II.19384, F. Dekeuwer-Défossez – Com. 03/06/1962 : B. n° 313 – GAUDEMET (S.), *Application de la loi dans le temps - Le juge et l'article 2*, *op. cit.*, n° 40 s.

<sup>3680</sup> Sur la question : GAUDEMET (S.), *Application de la loi dans le temps - Le législateur et l'article 2*, *op. cit.*, n° 3 s.

**968. Absence d'application aux contrats en cours.** S'il a été démontré que le statut des distributeurs doit avoir un caractère d'ordre public afin de protéger efficacement les distributeurs ne disposant pas d'un pouvoir de négociation suffisamment fort, ce statut ne paraît pas obéir à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses. En effet, il s'agit seulement de faire cesser des inégalités de traitement qui existent depuis de nombreuses années ce qui n'est pas comparable à des considérations d'ordres public impérieuses telles que le fait de prévenir un risque d'atteinte à la santé des personnes. Il n'y a donc pas lieu de déroger au principe de survie de la loi ancienne pour les contrats de distribution en cours.

La loi s'appliquerait ainsi aux contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur. Par la suite, la réforme s'étendra progressivement aux relations de distribution. Il existera nécessairement des inégalités de traitement entre les distributeurs bénéficiant du nouveau statut et ceux restant soumis aux lois anciennes mais elles doivent être relativisées en raison de leur caractère transitoire. Il s'agit d'un moindre mal au regard des inégalités déjà existantes en droit positif et par rapport à l'atteinte que porterait à la sécurité juridique une application immédiate de la loi aux contrats en cours. Par ailleurs, de nombreux contrats de distribution sont conclus pour une durée déterminée en raison notamment des règles de concurrence<sup>3682</sup>. Or, la tacite reconduction ou le renouvellement d'un contrat à durée déterminée s'analysant, en principe, comme la conclusion d'un nouveau contrat<sup>3683</sup>, le statut s'appliquera d'autant plus rapidement et entraînera des renégociations plus équilibrées lors des reconductions ou renouvellements.

En revanche, il est à craindre que certains fournisseurs ayant une dimension internationale ne tentent de contourner le statut en soumettant les contrats conclus avec leurs distributeurs à un droit étranger. Il apparaît ainsi essentiel de préciser également le champ d'application spatial du statut envisagé.

## **2 – Le champ d'application spatial**

**969. Mondialisation de la distribution.** Dans une économie mondialisée, il n'est pas rare que les fournisseurs soient établis dans un pays différent de celui de leurs distributeurs. D'ailleurs, l'externalisation de la fonction de distribution se justifie d'autant plus dans ces hypothèses. En effet, il est pertinent pour un fournisseur souhaitant diffuser ses produits ou services sur un marché étranger de recourir à des distributeurs locaux en raison de leur connaissance des spécificités du marché et l'environnement juridique du pays. L'agence commerciale est ainsi très souvent utilisée pour conquérir des marchés étrangers ce qui explique qu'elle ait fait l'objet d'une directive européenne d'harmonisation<sup>3684</sup>. Cependant, en l'absence d'harmonisation et d'uniformisation et en raison des différences entre les législations des États, il serait possible à certains fournisseurs étrangers en position de force de faire échec à l'application du statut en imposant dans les contrats de leurs distributeurs français le choix d'une loi étrangère.

---

<sup>3681</sup> Civ. 1 04/12/2001 : n° 98-18411 ; B. n° 307 – Com. 03/03/2009 : n° 07-16527 ; B. n° 170 – Sur la question, voir : MESTRE (J.) et FAGES (B.), RTD civ. 2002, chron. p. 507 s., p. 508, « *il ne suffit pas qu'une loi nouvelle soit d'ordre public pour qu'elle régie les effets à venir des contrats précédemment conclus [...]; il lui faut une impérativité particulière, une sorte de force intérieure telle que les situations différenciées en deviennent insupportables* ».

<sup>3682</sup> *Supra* n° 140 et *infra* n° 1066.

<sup>3683</sup> Sur la question : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 481-1 – *Supra* n° 679.

<sup>3684</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.



**970. Choix d'une loi de police.** Afin de contrer ces stratégies, plusieurs solutions sont envisageables.

La plus ambitieuse consisterait à proposer un droit matériel uniforme européen<sup>3685</sup>, voire mondial<sup>3686</sup>, des relations de distribution. Cette proposition pourrait prendre la forme d'un instrument optionnel visant à une harmonisation ou uniformisation<sup>3687</sup> progressive spontanée<sup>3688</sup>, d'un instrument obligatoire d'harmonisation minimale ou complète (directive) ou d'un instrument obligatoire d'uniformisation (règlement, traité prévoyant un droit matériel)<sup>3689</sup>. Une telle proposition serait très certainement souhaitable et n'est pas nécessairement utopique puisqu'existent déjà un droit international uniforme de la vente de marchandises<sup>3690</sup>, une directive européenne sur l'agence commerciale et un règlement européen sur les accords verticaux qui, à travers le droit de la concurrence, réglemente une partie du contenu des accords de distribution<sup>3691</sup>. Par ailleurs, un droit européen des pratiques déloyales entre professionnels est à l'étude<sup>3692</sup>.

Une telle proposition supposerait cependant une étude préalable des droits internes des différents États affectés et une importante prise de recul. Il est donc laissé à d'autres le soin d'élaborer de telles règles. Le cadre plus modeste de cette étude impose de se limiter à la proposition d'un instrument interne pouvant, le cas échéant, contribuer à inspirer un instrument européen ou mondial.

En revanche, pour éviter que ce droit interne soit contourné par la désignation d'une loi étrangère, il convient de lui donner expressément<sup>3693</sup> un caractère d'ordre public<sup>3694</sup> et de loi de police, au sens de l'article 3 du Code civil<sup>3695</sup>. Ce caractère garantirait que tous les distributeurs opérant en France soient traités également, indépendamment de la localisation de leur fournisseur. Cependant, la compatibilité de cette solution avec le droit européen doit être appréciée.

---

<sup>3685</sup> Pour une proposition : HUHTAMAKI (M.), *Protection contractuelle des distributeurs - Proposition de modification de la directive 86/653/CEE du Conseil*, RDC 2008, p. 949 s. – Voir également : Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Sellier Bruylant, Oxford University Press et Steempfli Publishers, 2006 – Sur les différents projets de droit européen des contrats : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 38 – GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 8 s.

<sup>3686</sup> Il s'agit notamment de l'ambition de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) qui a notamment élaboré une *Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise* (<http://www.unidroit.org/fr/>) et de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) (<http://www.uncitral.org/uncitral/fr/index.html>).

<sup>3687</sup> L'harmonisation consiste, par l'adoption de guides, d'objectifs généraux, à faire converger des législations différentes. Au contraire, l'uniformisation consiste à adopter une norme commune unique se substituant aux règles existantes.

<sup>3688</sup> Il s'agit de l'ambition du *Cadre commun de référence* européen. – Sur la question : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 40 – GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 16 s.

<sup>3689</sup> Sur ces instruments : JACQUEMIN (Z.), *Les instruments du droit commun européen*, in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Larcier, 2013, p. 71 s.

<sup>3690</sup> Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ratifiée le 11/04/1980 par la France.

<sup>3691</sup> *Supra* n° 926.

<sup>3692</sup> La Commission a publié en 2013 un *Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe* (COM(2013) 37 final) et ouvert une période de consultation achevée le 30/04/2013. Il s'agit d'une première étape vers une éventuelle intervention de l'Union européenne sur les pratiques restrictives de concurrence entre professionnels. ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/), consulté le 16/05/2015, v. notamment la contribution des Universités de Lille II, KU Leuven, HUB et Versailles).

Sur la question : CHAGNY (M.), *Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des « petits pas »*, RTD com. 2014, p. 571 s. – BEHAR-TOUCHAIS (M.), *A propos du Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe* (Réponse du réseau Trans Europe Experts), RLC 2013, n° 2342 – TERRY (E.) (dir.) et VOINOT (D.) (dir.), *Droit européen des pratiques commerciales déloyales*, Larcier, 2012.

<sup>3693</sup> Sur les incertitudes en l'absence de précision du caractère de loi de police : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 783 s.

<sup>3694</sup> *Infra* n° 973. – L'article 3, §3, du règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil n° 593/2008 du 18/06/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) prévoit que « tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix [de loi par les parties], dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ». Une règle similaire est prévue pour les dispositions impératives du droit communautaire (§ 4).

<sup>3695</sup> Sur la question : FOYER (J.), *Lois de police et principe de souveraineté*, in Mél. B. Audit, LGDJ, 2014, p. 339 s. – SINEY-CYTERMANN (A.), *Variations autour de la qualification de loi de police et de sûreté dans les contrats internationaux*, in Mél. N. Decoopman, CEPRISCA, 2014, p. 141 s.

## 971. Compatibilité avec le droit européen.

**Règlement Rome I.** Un statut interne des distributeurs ayant valeur de loi de police devrait être compatible avec le règlement européen Rome I. Celui-ci prévoit expressément que ses « *dispositions ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi* » et qu' « *il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de polices rendent l'exécution du contrat illégale* »<sup>3696</sup>.

Le règlement définit la loi de police comme « *une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* »<sup>3697</sup>. Un statut des distributeurs entre dans cette définition car son caractère exprès de loi de police aurait pour but la sauvegarde des intérêts publics sociaux et économiques de la France en assurant une protection des distributeurs contre certains effets néfastes de la dépendance<sup>3698</sup>.

**Directive sur l'agence commerciale.** L'adoption d'un statut unique des distributeurs se substituant aux différents statuts spéciaux pose également une question de compatibilité avec la directive sur l'agence commerciale<sup>3699</sup> puisqu'il implique l'abrogation de la loi de transposition de celle-ci en droit interne français.

Plusieurs solutions sont envisageables : œuvrer pour une abrogation de la directive, conserver un statut spécial de l'agence commerciale en droit interne, intégrer au statut des distributeurs les éventuelles dispositions et dérogations nécessaires au respect de la directive ou encore modifier la directive pour la rendre compatible avec le statut des distributeurs en droit français.

Dans la perspective de l'adoption d'un droit interne cohérent et égalitaire de la dépendance des distributeurs, la directive est un frein puisqu'elle impose un statut spécial qui maintient un éclatement et donc de potentielles inégalités de traitement de la dépendance des distributeurs. L'abrogation de la directive éliminerait cette difficulté mais, en l'absence d'adoption concomitante d'une directive européenne sur le droit de la dépendance de l'ensemble des distributeurs de l'Union européenne, elle marquerait un recul important dans l'harmonisation des législations des États membres et n'apparaît donc pas souhaitable.

La modification de la directive serait sans doute souhaitable et la Commission en avait d'ailleurs émis le souhait dès 1996, constatant les divergences importantes de transposition dans les États membres, notamment sur l'indemnité de cessation de la relation<sup>3700</sup>. Elle impliquerait cependant une analyse des différentes législations qui sort du cadre de la présente étude.

La solution la moins mauvaise, dans l'attente d'une plus grande harmonisation européenne, réside donc dans l'intégration des exigences de la directive dans le statut des distributeurs en droit interne. En effet, les

---

<sup>3696</sup> Règl. CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 18/06/2008, art. 9, § 2 et 3.

<sup>3697</sup> *Ibid.*, §1.

<sup>3698</sup> Sur les enjeux économiques et sociaux d'un droit de la dépendance des distributeurs et ses rapports avec l'intérêt général : *supra* n° 899 s.

<sup>3699</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986.

<sup>3700</sup> Rapport du 23/07/1996 *sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des états membres concernant les agents commerciaux indépendants*, COM (96) 364 final.

dispositions de la directive peuvent globalement être généralisées à l'ensemble des distributeurs<sup>3701</sup> et n'imposent pas une harmonisation maximale<sup>3702</sup>. Elles ne sont pas fondamentalement incompatibles avec le droit positif existant ou le droit prospectif envisagé. Leur étude rapide permettra de s'en convaincre.

Ainsi, les obligations de l'agent de veiller aux intérêts du fournisseur, d'exécuter son contrat, d'agir loyalement et de bonne foi, de communiquer les informations nécessaires dont il dispose et de se conformer aux instructions raisonnables du fournisseur<sup>3703</sup> peuvent être rattachées à la force obligatoire des conventions et à l'exigence de bonne foi<sup>3704</sup> et donc être bilatéralisées et généralisées.

Les obligations du fournisseur de mettre à disposition du distributeur la documentation nécessaire aux produits distribués et à l'exécution du contrat et de l'informer en cas de prévision d'une réduction du volume des opérations commerciales anticipées<sup>3705</sup> peuvent également être rattachées à l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions.

Le droit du distributeur à une rémunération raisonnable en l'absence de prévision des parties<sup>3706</sup> peut également être généralisé. En effet, entre professionnels, le caractère onéreux des relations est souvent présumé – même pour un contrat gratuit par nature<sup>3707</sup> – et, dans la plupart des contrats supports d'une activité de distribution (mandat, commission, contrat d'entreprise, etc.), le prix peut être déterminé *a posteriori* par le juge<sup>3708</sup>.

Les règles sur les faits générateurs et les documents justificatifs des commissions<sup>3709</sup> sont susceptibles d'être généralisées à tous les distributeurs rémunérés, au moins en partie, par des commissions.

Le droit de chaque partie d'obtenir un écrit signé mentionnant le contenu du contrat<sup>3710</sup> est également généralisable, sachant que la plupart des relations de distribution font déjà l'objet d'un écrit et que la directive n'impose pas que l'écrit soit prévu *ad validitatem*<sup>3711</sup>.

La règle prévoyant la transformation en contrat à durée indéterminée d'un contrat à durée déterminée dont l'exécution s'est poursuivie après son terme<sup>3712</sup> a déjà été posée en principe par la jurisprudence<sup>3713</sup>.

La faculté de résiliation avec préavis et l'exigence d'une durée minimale de préavis sauf inexécution ou circonstances exceptionnelles<sup>3714</sup> sont redondantes avec la prohibition de la rupture brutale des relations

---

<sup>3701</sup> Prônant une telle extension : LICARI (F.-X.), *L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé*, RILDA 07/13, p. 93 s. – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 560 s. – V. également : HUHTAMAKI (M.), *op. cit.*

<sup>3702</sup> La directive n'interdit pas de façon générale aux Etats membres de prévoir d'autres dispositions que celles qu'elle établit et indique d'ailleurs à plusieurs reprises qu'elle n'affecte pas les dispositions du droit national, notamment si elles sont plus protectrices de l'agent (directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 11, § 4, 13, § 2, 16, 20, § 4). – Sur l'harmonisation maximale : LATINA (M.), *L'impact de l'harmonisation européenne sur le droit commun des contrats*, in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumgbar et V. Durand, Larcier, 2013, p. 95 s. – ROCHFELD (J.), *L'eupéanisation des sources du droit des contrats : de l'influence des directives d'harmonisation maximale, de nouveau, et des limites éventuelles à la contrainte qu'elles imposent*, note ss CJCE 09/11/2010 : 540/08, RDC 2011, p. 397 s. – PORTA (J.), *La réalisation du droit communautaire*, Préf. A. Lyon-Caen, Fondation Varenne, LGDJ, 2008, n° 135 s.

<sup>3703</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 3 et 5.

<sup>3704</sup> C. civ. art. 1134, al. 1 et 3.

<sup>3705</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 4 et 5.

<sup>3706</sup> *Ibid.*, art. 6 à 12.

<sup>3707</sup> Pour le mandat par exemple : *supra* n° 705.

<sup>3708</sup> Sur la question, voir notamment : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 281 s.

<sup>3709</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 6 à 12.

<sup>3710</sup> *Ibid.*, art. 13.

<sup>3711</sup> *Ibid.*, art. 13, §2.

<sup>3712</sup> *Ibid.*, art. 14.

<sup>3713</sup> *Supra* n° 679.

<sup>3714</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 16.

commerciales établies et les durées minimales courtes prévues (un à trois mois) pourraient constituer un minimum pour l'ensemble des relations de distribution<sup>3715</sup>.

Le droit à une indemnité de cessation de relation et ses modalités<sup>3716</sup> ne sont pas fondamentalement incompatibles avec la généralisation de l'indemnité de cessation qui sera proposée et dont les modalités sont partiellement inspirées de l'agence commerciale<sup>3717</sup>.

Enfin, l'exigence d'une limitation matérielle, géographique et temporelle des clauses de non-concurrence post-contractuelles<sup>3718</sup> a déjà été généralisée par la jurisprudence<sup>3719</sup> et l'exigence complémentaire d'une contrepartie financière<sup>3720</sup> est compatible avec la directive, celle-ci prévoyant qu'elle « *n'affecte pas les dispositions de droit national qui apportent d'autres restrictions à la validité ou à l'applicabilité des clauses de non-concurrence* »<sup>3721</sup>.

Afin de ne pas perturber les raisonnements, la compatibilité avec la directive européenne sur l'agence commerciale ne sera pas envisagée dans l'élaboration du statut des distributeurs qui sera proposé en droit interne mais ces raisonnements mèneront à des solutions qui semblent compatibles avec cette directive.

**972. Conclusion.** Finalement, donner au statut envisagé un caractère de loi de police permettrait d'éviter des contournements par l'application de lois étrangères en attendant une harmonisation européenne et ne serait pas fondamentalement incompatible avec le droit européen actuel.

Ce caractère de loi de police contribuerait à l'effectivité de la réforme envisagée, effectivité qui doit également être assurée en droit interne.

## SECTION 2 – LES CONDITIONS D'EFFECTIVITÉ D'UNE RÉFORME LÉGISLATIVE

**973. Nécessité d'un caractère d'ordre public.** Une loi ayant pour objet la protection de personnes en situation de dépendance, ne peut être supplétive au risque d'être inefficace<sup>3722</sup>. Il est essentiel que les règles de protection ne puissent être écartées par l'effet de la volonté des parties et notamment par celle d'un partenaire en position de force. Toute clause dérogeant à cette loi devra donc être considérée, en principe, comme nulle<sup>3723</sup>. Cependant, l'ordre public ne suffit pas à assurer l'effectivité d'une loi, encore faut-il que les sanctions prévues soit dissuasives et que les personnes protégées agissent lorsque la loi est méconnue.

**974. Levée des obstacles aux actions en justice.** Or, une personne en état de dépendance peut ne pas être en mesure d'agir et son action peut être entravée par des clauses contractuelles relatives aux litiges. Pour surmonter ces obstacles, il peut être envisagé une action autonome d'une autorité publique (§1) ou un encadrement des clauses dissuadant les actions privées (§2).

---

<sup>3715</sup> Sur cette question : *infra* n° 1152.

<sup>3716</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 17 et 19.

<sup>3717</sup> *Infra* n° 1202 s.

<sup>3718</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 20.

<sup>3719</sup> *Supra* n° 856.

<sup>3720</sup> *Infra* n° 1244 s.

<sup>3721</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 20, §4.

<sup>3722</sup> CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2004, p. 136 s.

<sup>3723</sup> D'autres sanctions que la nullité pourront néanmoins être prévues afin d'éviter ses effets parfois pervers – Sur les effets pervers de l'ordre public : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 25.

## §1 – L'intérêt limité de l'action autonome d'une autorité publique

**975. Identification des freins à l'action du distributeur.** Un distributeur qui subit un abus du fournisseur en cours de relation de distribution n'agira pas par crainte que la poursuite de sa relation avec le fournisseur ne soit compromise<sup>3724</sup>. Une telle action marquerait un passage d'un mode coopératif à un mode conflictuel et compromettrait la suite de la relation. Le fournisseur pourrait être tenté de rompre la relation avec toutes les conséquences que cela implique pour un distributeur qui en est fortement dépendant<sup>3725</sup>.

Le distributeur n'agira donc qu'à partir du moment où il perd son intérêt dans la relation ce qui suppose que la relation cesse ou que ses conditions soient tellement modifiées que sa continuation mette en péril à court terme son activité de distribution. Il existe ainsi un *facteur peur* qui explique notamment l'échec de la jurisprudence prohibant l'abus dans la fixation du prix et des règles de la violence économique<sup>3726</sup>.

**976. Insuffisance des actions de groupements ou groupes.** Ces freins aux actions des victimes sont connus des droits protégeant les parties considérées comme faibles.

En droit du travail, les syndicats peuvent exercer des actions autonomes en défense des intérêts collectifs qu'ils défendent<sup>3727</sup> mais également des actions en substitution pour certains travailleurs déterminés<sup>3728</sup>.

En droit de la consommation, les associations peuvent mener des actions en défense de l'intérêt collectif des consommateurs notamment en cessation des agissements illicites<sup>3729</sup>. Elles peuvent également agir en représentation conjointe au nom de plusieurs consommateurs<sup>3730</sup> ou introduire une action de groupe<sup>3731</sup>.

Une transposition de ces procédures dans le domaine du droit de la distribution<sup>3732</sup> est cependant difficilement envisageable ou présenterait un intérêt limité pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, il n'existe pas de groupements de distributeurs comparables aux syndicats et associations de consommateurs.

Ensuite, la plupart des actions précédemment évoquées supposent la caractérisation d'un intérêt collectif (action en défense d'un intérêt collectif), une absence d'opposition des victimes ou un mandat de leur part (action en substitution<sup>3733</sup> ou action en représentation conjointe<sup>3734</sup>). Elles permettent d'assurer une protection générale ou de faciliter une action individuelle mais se révèlent inefficaces à l'égard de pratiques s'exerçant au cours d'une relation dont le maintien est souhaité par la victime (qui ne donnera donc pas mandat ou s'opposera à l'action) et qui ne mettent pas nécessairement en jeu des intérêts collectifs.

---

<sup>3724</sup> CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 567.

<sup>3725</sup> *Supra* n° 141, 743, 838 s. et *infra* n° 1058 s.

<sup>3726</sup> *Infra* n° 1042, 1046 et 1088.

<sup>3727</sup> C. trav. art. L. 2132-3.

<sup>3728</sup> C. trav. art. L. 2262-9 – Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 1326.

<sup>3729</sup> C. conso. art. L. 421-1 s.

<sup>3730</sup> C. conso. art. L. 422-1.

<sup>3731</sup> C. conso. art. L. 423-1 s. – Sur la question : MAINGUY (D.), *L'action de groupe en droit français*, Gazette du Palais-Lextenso, 2014 – MAINGUY (D.), *L'entrée en vigueur des procédures d'action de groupe*, JCP E 2014, act. 787 – MAINGUY (D.) et DEPINCE (M.), *L'introduction de l'action de groupe en droit français*, JCP E 2014, 1144 – CLAUDEL (E.), *Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier*, RTD Com. 2014, p. 339 s. – LASSERRE (V.) et LE MORE (P.), *Premières observations sur la mise en œuvre de l'action de groupe en matière de consommation* (D. n° 2014-1081, 24/09/2014), CCC 2014, étude 11 – FRANÇOIS-MARTIN (L.) et DOULOUEDE (I.), *L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises*, CCC 2014, doss. 5.

<sup>3732</sup> Rapp. : BEHAR-TOUCHAIS (M.), *À la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence*, RLC 2005, 136, envisageant une action des associations de fournisseurs à l'égard des grands distributeurs pour les pratiques restrictives de concurrence.

<sup>3733</sup> Sur la question : AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *op. cit.*, n° 1048.

<sup>3734</sup> C. conso. art. L. 421-6.

Enfin, l'action de groupe, à supposer que son initiative ne soit pas réservée à une association ou un syndicat<sup>3735</sup>, supposerait que des fautes identiques ait été commises simultanément par un fournisseur à l'égard de plusieurs distributeurs et surtout que l'espoir d'être rejoint par les autres compense le *facteur peur* d'un de ses distributeurs pour qu'il initie l'action, ce qui n'est pas du tout évident. Le droit actuel permet d'ailleurs déjà aux distributeurs d'intervenir à une action engagée par l'un d'entre eux<sup>3736</sup>. L'action de groupe peut permettre de lever des freins aux actions liés au montant faible du dommage subi par chaque personne d'un groupe de victimes de fautes identiques mais pas les freins liés à une dépendance.

**977. Efficacité de l'action autonome d'une autorité publique.** Dans le cadre de la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence, la loi a offert au Président de l'Autorité de la concurrence une possibilité d'initier les actions et surtout au ministre de l'Économie et au ministère public une action autonome pour demander la cessation des pratiques, la constatation de la nullité des clauses et contrats illicites, la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile<sup>3737</sup>. Le montant maximal de cette amende est fixé à 2 millions d'euros<sup>3738</sup> et, afin de décourager les fautes lucratives, peut être portée au triple des sommes indûment versées<sup>3739</sup>.

Cette action autonome ne suppose aucune demande, autorisation ou intervention des victimes mais seulement leur information<sup>3740</sup>. Elle constitue ainsi un remède intéressant à l'inaction des victimes de pratiques illégales. En effet, celles-ci peuvent se limiter à informer l'autorité publique de l'existence d'une pratique sans avoir à investir dans une action judiciaire qui mettrait en péril leurs relations avec un partenaire important. Si l'autorité publique ne révèle pas la source des informations à l'origine de son action, les victimes pourront être protégées sans s'exposer. Elles bénéficieront de l'action de l'autorité publique tout en pouvant se présenter comme protégées malgré elles à l'égard de l'auteur des pratiques. Si ce dispositif élaboré pour protéger les fournisseurs de la grande distribution<sup>3741</sup> est aussi un moyen efficace pour assurer l'effectivité des règles protectrices des distributeurs en cours de relation de distribution<sup>3742</sup>.

Par ailleurs, depuis 2014, des agents habilités par le ministre de l'économie peuvent également rechercher et constater les pratiques restrictives de concurrence et « *enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite* »<sup>3743</sup>. L'irrespect de l'injonction est passible d'une amende administrative<sup>3744</sup>.

---

<sup>3735</sup> Rapp. : CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 570 s., proposant l'introduction d'une action de groupe pour tous les groupements (associations et cabinets d'avocats) pour les « *abus dans le contrat* ».

<sup>3736</sup> CPC art. 325 s.

<sup>3737</sup> C. com. art. L. 442-6, III. – Sur les garanties procédurales devant accompagner le dispositif :

<sup>3738</sup> C. com. art. L. 442-6, III. – Le projet de loi n° 2447 pour la croissance et l'activité, déposé le 11/12/2014, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale le 17/02/2015 prévoit de substituer à l'amende maximale de 2 millions d'euros, une amende de « 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France par l'auteur des pratiques incriminées » (art. 10 D).

<sup>3739</sup> C. com. art. L. 442-6, III – Sur la question : BEHAR-TOUCHAIS (M.), *L'amende civile, un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ?*, PA 20/11/2002, p. 36 s. – LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Préf. M. Pédamon, BDE, t. 57, Litec, 2002, n° 239 s. – Sur la notion de faute lucrative, voir notamment : MESA (R.), *Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime*, JCP 2012, 625.

<sup>3740</sup> *Supra* n° 628.

<sup>3741</sup> Dans ce sens BEHAR-TOUCHAIS (M.), *"Le choc des titans" : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ?*, in Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 53 s.

<sup>3742</sup> Rapp. : CHONE (A.-S.), *op. cit.*, n° 566 s., proposant une extension de l'action autonome pour tous les abus dans le contrat pouvant aboutir au prononcé d'une amende.

<sup>3743</sup> C. com. art. L. 465-1, I, introduit par la loi n° 2014-344 du 17/03/2014 (art. 121).

<sup>3744</sup> C. com. art. L. 465-1, II et L. 465-2 – Sur la question : BRETZNER (J.-D) et BENDAVID (M.), *Analyse critique des dispositions relatives aux sanctions administratives*, in *Loi Hamon : quel impact sur les contrats d'affaires ?*, AJCA 2014, p. 19 s. – CLAUDEL (E.), *L'essor des sanction en*

**978. Limites de l'action autonome d'une autorité publique.** Cependant, si l'action autonome d'une autorité publique est un procédé intéressant de protection des dépendants, elle présente des limites.

Tout d'abord, les autorités publiques n'ont pas les moyens de connaître toutes les relations de distribution et d'agir systématiquement.

Ensuite, les interventions des autorités publiques sont généralement très mal perçues par les milieux d'affaires qui y voient une immixtion entravant leur activité, bridant leur liberté et déjouant leurs négociations. Pour ne pas se mettre à dos des partenaires dont il a besoin pour mener des politiques économiques et sociales, le gouvernement pourra ainsi être tenté de limiter les actions<sup>3745</sup>.

Par ailleurs, le niveau d'analyse d'une autorité publique est souvent global, les actions seront donc vraisemblablement limitées aux violations de la loi les plus néfastes à l'économie, ce qui restreindrait l'objectif de protection individuelle recherché.

Enfin, l'intérêt de l'action autonome d'une autorité publique est limité lorsque la protection du distributeur réside essentiellement dans un encadrement des conditions de cessation de la relation. En effet, si, en cours de relation de distribution, le distributeur agira rarement à l'encontre du fournisseur de peur de compromettre l'avenir de la relation, ce frein n'existe plus lorsqu'elle a cessé. Le succès de la prohibition de la rupture brutale des relations commerciales établies l'a démontré<sup>3746</sup>.

**979. Conclusion.** Finalement, si les actions autonomes des autorités publiques peuvent suppléer l'inertie de certains distributeurs, elles ne sont pas en mesure d'assurer la protection de l'ensemble des distributeurs dépendants et présentent un intérêt limité lorsque les règles dont elle assure l'effectivité concernent la cessation de la relation qui a créé la dépendance.

Le dispositif légal qui sera proposé reposant essentiellement sur un encadrement de la cessation de la relation de distribution, son effectivité ne requière pas une possibilité d'intervention d'une autorité publique et devrait être assurée de façon suffisamment satisfaisante par les actions privées des distributeurs, à condition néanmoins que celles-ci ne soient pas entravées.

## §2 – La nécessaire préservation des actions privées

**980. Validité des clauses relatives aux litiges.** Le contrat de distribution stipule souvent une clause compromissoire<sup>3747</sup> ou une clause attributive de compétence territoriale.

Les clauses compromissoires sont valables, les contrats de distribution étant conclus à raison d'une activité professionnelle<sup>3748</sup>.

---

*droit de la concurrence. – Quelle efficacité ? Quelles garanties ?*, CCC 2014, doss. 13 – FOURGOUX (J.-L.), *L'essor des sanctions en droit de la concurrence : Quelle efficacité ? Quelles garanties ?*, CCC 2014, doss. 14 – BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Projet de loi Hamon : Le droit des pratiques restrictives est-il en passe de devenir du droit administratif ?*, Concurrences 4/2013, p. 5 s. – PONSARD (M.), *Les nouvelles sanctions administratives prévues par le projet de loi relatif à la consommation*, Concurrences 3/2013, p. 5 s.

<sup>3745</sup> Ce n'est cependant pas le cas pour le Président de l'Autorité de la concurrence, en raison de son indépendance.

<sup>3746</sup> *Infra* n° 1139.

<sup>3747</sup> Cons. conc. n° 10-D-08, 3/03/2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, pt. 46, qui constate que « les contrats qui lient les franchisés aux différentes filiales de Carrefour (contrats de franchise, d'approvisionnement, de location gérance, de bail, pacte d'associés, convention de ristourne « achats et fidélité » et convention tarifaire) contiennent tous une clause compromissoire prévoyant le recours à une procédure d'arbitrage en cas de litige. »

<sup>3748</sup> C. civ. art. 2061 « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. » – Pour la démonstration de l'absence de protection du professionnel en état de faiblesse au stade du consentement et de la mise en œuvre de la convention d'arbitrage : DE FONTMICHEL (M.), *Le faible et l'arbitrage*, Préf. t. Clay, *Economica*, 2013, n° 317 s.

Les clauses attributives de compétence territoriales sont, en principe, valables en droit interne lorsque le fournisseur et le distributeur ont la qualité de commerçant<sup>3749</sup>. Elles le sont également en droit international lorsque le litige a un caractère international et que la clause ne fait pas échec à une compétence territoriale impérative d'une juridiction française<sup>3750</sup>, ce qui est le cas en matière de distribution, sans que l'applicabilité d'une loi de police ne puisse y faire obstacle<sup>3751</sup>.

**981. Effet dissuasif du coût de l'action.** Lorsque les règles de protection ont un caractère d'ordre public et de loi de police, ces clauses ne devraient pas permettre d'écarter leur application. En effet, l'arbitre interne ou international et le juge étranger devraient, en principe, appliquer les règles d'ordre public françaises et les lois de police applicables<sup>3752</sup>. S'ils ne le font pas, l'exequatur pourra être refusée en France<sup>3753</sup>. Cependant, ces clauses peuvent considérablement accroître le coût d'une action au point de la dissuader voire de la rendre impossible<sup>3754</sup>.

Ainsi, lorsque le fournisseur est établi à l'étranger, il pourra introduire dans les contrats de ses distributeurs en France des clauses attributives de compétence territoriale au juge de son siège social. Le distributeur sera ainsi contraint d'agir à l'étranger ce qui supposera d'engager des frais importants (déplacements, traduction, avocat étranger, etc.).

De même, il a été souligné que le coût de l'arbitrage pouvait être un frein pour les parties disposant de ressources financières limitées<sup>3755</sup>.

**982. Risque de déséquilibre dans la constitution du tribunal arbitral.** Le fournisseur est également souvent en mesure d'imposer la constitution du tribunal arbitral. Monsieur de Fontmichel constate ainsi que

---

<sup>3749</sup> En droit interne, « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée » (CPC art. 48) mais le Code du travail prévoit néanmoins que « toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat conclu entre [un commerçant de détail alimentaire] et un gérant non salarié de succursale [de commerce de détail alimentaire] est nulle » (art. L. 7322-6).

<sup>3750</sup> En droit commun : Civ. 1 17 déc. 1985, *Sorelec* : n° 84-16338 ; B. n° 354 ; RCDIP 1986, 537, H. Gaudemet-Tallon ; D. 1986, IR, 265, B. Audit. – Dans l'espace judiciaire européen : Règl. CE n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12/12/2012, art. 25 – NOURISSAT (C.), *L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le Règlement « Bruxelles I bis »*, in Mél. B. Audit, LGDJ, 2014, p. 567 s. – Sur la question : JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.) et CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 974 s. – AUDIT (M.), BOLLE (S.) et CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014, n° 684 s. et 697 – MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), FABRE (R.) et PIERRE (J.-L.), *Droit du commerce international*, 4<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012, n° 309 s. – BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (dir.), *Droit du commerce international*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2011, n° 1436 s. et 1519 s.

<sup>3751</sup> Dans ce sens en droit commun : Civ. 1 22 oct. 2008 : n° 07-15823 ; B. n° 233 ; JCP 2008.II.10187, L. d'Avout et D. Bureau ; JDI 2009, 599, M.-N. Jobard-Bachelier et F.-X. Train ; D. 2009, 200, F. Jault-Seseke, jugeant pour un contrat de distribution exclusive que « la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en oeuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige » (en l'espèce l'assignation portait sur un abus de dépendance économique en application de l'article L. 442-6 du Code de commerce) – V. également : MUIR WATT (H.), *L'impérativité désactivée ?*, RCDIP 2009, p. 1 s. – HUET (A.), *Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté (étude de droit commun)*, D. 2009, p. 684 s.

<sup>3752</sup> Sur la question en droit international : JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.) et CORNELOUP (S.), n° 400 s. et 1148 s. – AUDIT (M.), BOLLE (S.) et CALLE (P.), *op. cit.*, n° 188 s. – BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (dir.), *op. cit.*, n° 1984 s. – V. cependant sur les craintes suscitées par la définition de la loi de police par le Règlement Rome I qui pourrait exclure les lois de protection des parties faibles : SINEY-CYTERMANN (A.), *Variations autour de la qualification de loi de police et de sûreté dans les contrats internationaux*, in Mél. N. Decoopman, CEPRISCA, 2014, p. 141 s.

<sup>3753</sup> Pour les sentences arbitrales internes : CPC art. 1488 – Pour les jugements étrangers et sentences arbitrales internationales : JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.) et CORNELOUP (S.), *op. cit.*, n° 1035, 1162 et 1175. – AUDIT (M.), BOLLE (S.) et CALLE (P.), *op. cit.*, n° 716 s. et 913 – MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), FABRE (R.) et PIERRE (J.-L.), *op. cit.*, n° 350 – BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (dir.), *op. cit.*, n° 1544 s. et 2016 s.

<sup>3754</sup> Sur le déni de justice dû à l'impécuniosité de la partie faible dans l'arbitrage international : CLAVEL (J.), *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international*, thèse Paris 2, 2011 – Sur le coût de l'arbitrage en droit interne et son aspect dissuasif : Cons. conc. 03/03/2010 : n° 10-D-08, pt. 47, « d'après les éléments recueillis au cours de l'instruction, les procédures d'arbitrage ont un coût compris entre 35000 et 45000 euros » – MATHEY (N.), *Déséquilibre significatif : arbitrage et déni de justice*, CCC 2014, 128, note ss Paris 18/03/2014, pour une clause imposant à un distributeur un arbitrage à Stockholm et soumis à la loi suédoise – *Contra* : BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Les obstacles à la sortie du franchisé, in La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4180, n° 9. – V. également : KESSEDJIAN (C.), *Droit du commerce international*, PUF, 2013, n° 926.

<sup>3755</sup> Dans ce sens : DE FONTMICHEL (M.), *op. cit.*, n° 551 s. – Sur la question : CLAVEL (J.), *op. cit.*



« dans les contrats de distribution entre franchiseurs et franchisés, il arrive que le franchiseur décide unilatéralement du nom de l'arbitre ou des arbitres dans une clause compromissoire d'adhésion »<sup>3756</sup>.

**983. Absence de limitation.** Les droits protégeant des parties considérées comme faibles limitent ainsi le recours à l'arbitrage et parfois aux clauses attributives de compétence.

En droit de la consommation, sont présumées abusives les clauses supprimant ou entravant l'exercice d'actions en justice par le consommateur, notamment en l'obligeant à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges<sup>3757</sup>.

En droit du travail, la clause compromissoire est nulle, une compétence exclusive étant donnée au conseil de prud'hommes pour les différends nés des contrats de travail<sup>3758</sup>. La clause attributive de compétence territoriale est, quant à elle, réputée non écrite<sup>3759</sup>, y compris dans un contrat de travail international s'il s'exécute en France<sup>3760</sup>.

Par ailleurs, le règlement *Bruxelles I bis* prévoit que la clause attributive de juridiction antérieure au différend est en principe sans effet dans les contrats conclus par les consommateurs et dans les contrats de travail<sup>3761</sup>.

Ces limitations ne s'appliquent pas pour les contrats de distribution non soumis au droit du travail.

**984. Nécessité d'un encadrement.** Cependant, l'accès au juge étant un droit fondamental garanti<sup>3762</sup>, l'encadrement de ces clauses qui y portent atteinte s'impose. Il découle également de la nécessité de garantir l'effectivité des dispositions légales car sans possibilité d'une action en justice pour en demander l'application, une règle de fond risque de perdre tout effet normatif.

**985. Champ d'un encadrement.** S'agissant du risque relatif à la désignation du tribunal arbitral, il existe des remèdes préventifs (la logique de marché et l'obligation de révélation) et curatifs (inexécution de la sentence, action en récusation, action en annulation de la sentence<sup>3763</sup>, action en responsabilité civile contre les arbitres ou le centre d'arbitrage) qui apparaissent suffisants pour protéger la partie faible<sup>3764</sup>.

Un encadrement des clauses compromissoires et des clauses attributives de compétence territoriale ne paraît donc s'imposer qu'au stade de l'introduction des actions pour que le fournisseur ne puisse dissuader ou mettre le distributeur dans l'impossibilité de revendiquer les protections offertes par la loi. Cet encadrement se justifie uniquement avant la naissance du différend. Après, le distributeur retrouve sa pleine liberté pour accepter un accord compromissoire ou une attribution de compétence territoriale.

---

<sup>3756</sup> DE FONTMICHEL (M.), *op. cit.*, n° 611 s., spéc. n° 612.

<sup>3757</sup> C. conso. art. R. 132-2, 10°.

<sup>3758</sup> C. trav. art. L. 1411-4. – V. également pour les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire : C. trav. art. L. 7322-6.

<sup>3759</sup> C. trav. art. R. 1412-4.

<sup>3760</sup> Dans ce sens : Soc. 29/09/2010 : n° 09-40688 ; B. n° 204, « vu les articles L. 1221-5 ; R. 1412-1 et R. 1412-4 du code du travail ; [...] une clause attributive de compétence incluse dans un contrat de international ne peut faire échec aux dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du code du travail [prévoyant la compétence territoriale du conseil de prud'hommes] applicables dans l'ordre international ». – Sur la question et les incertitudes lorsque le travail s'exécute à l'étranger : JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.) et CORNELOUP (S.), *op. cit.*, n° 977.

<sup>3761</sup> Règl. UE n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22/12/2000, art. 19, 23 et 25 §4.

<sup>3762</sup> Sur la question : GUINCHARD (S.) et autres, *Droit processuel*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 230 s.

<sup>3763</sup> Pour un exemple de recours en annulation exercé avec succès par les franchisés d'une « supérette [...] exploitée dans un petit chef-lieu de canton », certes soutenue par *Casino*, contre la société *Carrefour* à l'encontre d'une sentence arbitrale qui leur était très défavorable : Com. 18/12/2012 : n° 11-27068 ; JCP E 2013, 1037, N. Dissaux.

<sup>3764</sup> DE FONTMICHEL (M.), *op. cit.*, n° 625 s.

**986. Modalités d'un encadrement.** Plusieurs modalités d'encadrement sont envisageables.

La première consisterait à interdire, au moins antérieurement à la naissance du différend, les clauses compromissaires et les clauses attribuant la compétence à des tribunaux d'un pays différent de celui où s'opère la distribution des produits ou services. Une telle solution est possible pour la clause compromissoire, le distributeur pourrait ainsi, dans tous les cas, saisir le juge français qui écarterait la clause compromissoire et se déclarerait compétent. Le principe compétence-compétence ne pourrait trouver à s'appliquer en raison de la nullité manifeste de la clause<sup>3765</sup>. En revanche, la nullité des clauses attributives de compétence territoriale à un juge étranger pourrait se heurter au règlement *Bruxelles I bis* qui reconnaît leur validité<sup>3766</sup>.

Une autre solution consisterait à ne pas remettre en cause la validité des clauses compromissaires ou attributives de compétence territoriale à un juge étranger au lieu de diffusion des produits ou services mais de prévoir des dispositifs d'aide financière du distributeur disposant de peu de moyens devant faire face à une instance arbitrale ou à une action à l'étranger. Un financement public par une extension de l'aide juridictionnelle a été envisagé<sup>3767</sup>. Celui-ci est cependant peu réaliste en période de restriction budgétaire et il est discutable qu'il relève du rôle de l'État de financer l'arbitrage ou les litiges à l'étranger des distributeurs, en particulier lorsqu'ils sont imposés par des fournisseurs disposant de moyens importants<sup>3768</sup>. Par conséquent, un financement privé paraît plus adapté.

Ce financement privé peut passer par les assurances de protection juridique, par des instruments bancaires (dépôt bancaire) ou par des institutions spécialisées<sup>3769</sup>. Cependant, la validité du financement par des institutions spécialisées qui ne sont pas des sociétés d'assurance est discutée<sup>3770</sup>. Par conséquent, il pourrait être prévu de contraindre le fournisseur, lorsque ses moyens sont nettement supérieurs à ceux du distributeur<sup>3771</sup>, au moment de la conclusion d'une clause compromissoire ou d'une clause attributive de compétence territoriale à un juge étranger au pays de distribution, de souscrire une assurance de protection juridique ou de constituer un dépôt bancaire permettant d'assurer que le distributeur dispose des fonds nécessaires pour engager une action. L'absence de souscription de l'assurance ou de constitution du dépôt bancaire pourrait être sanctionnée par la possibilité de faire condamner le fournisseur à assumer les provisions et frais d'engagement du litige. Pour que la condamnation soit rapide, il pourrait être prévu que le juge statue en la forme des référés.

On pourrait reprocher à un tel dispositif sa lourdeur. Elle constitue en réalité un avantage car elle dissuade la conclusion des clauses attributives de compétence territoriale à un juge étranger ou des clauses compromissaires, lorsqu'elles sont uniquement justifiées par une volonté d'entraver les actions de distributeurs disposant de moyens limités.

---

<sup>3765</sup> CPC art. 1448. – Sur la question pour le droit international : JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.) et CORNELOUP (S.), *op. cit.*, n° 1075 – BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (dir.), *op. cit.*, n° 1817.

<sup>3766</sup> Règl. UE n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22/12/2000, art. 25.

<sup>3767</sup> DE FONTMICHEL (M.), *op. cit.*, n° 582 s.

<sup>3768</sup> *Contra* : *ibid.*, n° 583.

<sup>3769</sup> *Ibid.*, n° 562 s.

<sup>3770</sup> *Ibid.*, n° 575 s.

<sup>3771</sup> Cela pourrait être mesuré par la comparaison du chiffre d'affaires du fournisseur et du chiffre d'affaires réel du distributeur si la clause est conclue en cours de relation ou du chiffre d'affaires prévisionnel du distributeur si la clause est conclue à la naissance de la relation. La contrepartie à la clause s'imposerait par exemple si le chiffre d'affaires réel ou prévisionnel du distributeur représente moins de la moitié du chiffre d'affaires du fournisseur.

## CONCLUSION DU TITRE 1

**987. Moyens de l'unification.** Une approche cohérente et égalitaire de la dépendance des distributeurs suppose de dégager une notion unitaire de relation de distribution<sup>3772</sup> et de ne pas appréhender unitairement la dépendance<sup>3773</sup> mais, au contraire, de la saisir dans sa complexité et son évolutivité par une approche analytique du régime de la relation de distribution<sup>3774</sup>.

Cette approche conduirait à abroger les différents statuts spéciaux des distributeurs pour leur substituer un statut légal unique dans le droit économique<sup>3775</sup>. Relèveraient de ce statut l'ensemble des distributeurs apportant à l'activité de distribution un capital et non leur seule force de travail, ce qui permettrait de marquer une frontière claire entre le droit du travail et le droit économique<sup>3776</sup>.

Le statut aurait vocation à embrasser l'ensemble des distributeurs opérant en France<sup>3777</sup> et s'appliquerait progressivement sans affecter les contrats en cours, préservant ainsi la sécurité juridique.

L'effectivité de ses règles serait garantie par son caractère d'ordre public et de loi de police<sup>3778</sup>. Elle ne requerrait pas une possibilité d'action autonome d'une autorité publique<sup>3779</sup> mais seulement un encadrement des clauses attributives de compétence à un juge étranger et des clauses compromissaires afin que les distributeurs ne soient pas entravés dans leurs actions<sup>3780</sup>.

La concrétisation de ces idées se traduit dans la proposition de loi suivante dont le contenu sera complété au fil des réflexions :

### PROJET DE LOI RELATIVE AUX DISTRIBUTEURS

#### Article 1<sup>er</sup> – Abrogation de diverses règles applicables aux distributeurs

Sont abrogés :

- le livre III de la septième partie du Code du travail (les articles L. 7311-1 à L. 7322-6, D. 7313-1 et D. 7322-1) [VRP, gérant de succursale, gérant non salarié des succursales de commerce de détail alimentaire]
- le chapitre IV du titre III du livre I<sup>er</sup> du Code de commerce (articles L. 134-1 à 134-17, R. 134-1 à 134-17) [agent commercial]
- le chapitre V du titre III du livre I<sup>er</sup> du Code de commerce (articles L. 135-1 à 135-3) [vendeur à domicile indépendant]
- le chapitre VI du titre IV du livre 1<sup>er</sup> du Code de commerce (articles L. 146-1 à L. 146-4, D. 146-1 et D. 146-2) [gérant-mandataire]
- l'article L. 540-1 du Code des assurances [dispositions relatives à la cessation des contrats des agents généraux d'assurance].

---

<sup>3772</sup> *Supra* n° 914 s.

<sup>3773</sup> *Supra* n° 910 s.

<sup>3774</sup> *Supra* n° 925 s.

<sup>3775</sup> *Supra* n° 906 s. et 952 s.

<sup>3776</sup> *Supra* n° 956 s.

<sup>3777</sup> *Supra* n° 969 s.

<sup>3778</sup> *Supra* n° 967 s.

<sup>3779</sup> *Supra* n° 975 s.

<sup>3780</sup> *Supra* n° 980 s.

## **Article 2 – Adoption d'un statut des distributeurs**

Le titre III du livre Ier du Code de commerce est renommé « *Des intermédiaires* ».

Il est créé dans ce titre un Chapitre IV intitulé « *Des distributeurs* » et comportant les articles suivants :

### **« Article L. 134-1**

Le distributeur est une personne physique ou morale diffusant les produits ou services d'un ou plusieurs professionnels et assumant pour cette activité des dépenses ou investissements autres que sa seule force de travail, quelle que soit la qualification des contrats le liant avec ces professionnels.

Ces dépenses ou investissements peuvent notamment se rapporter à l'utilisation d'un local, d'un véhicule, de mobilier, matériel ou outillage, de droits de propriété intellectuelle, à l'acquisition ou la conservation de stocks ou à l'emploi de salariés.

Les dispositions du Code du travail ne sont pas applicables au distributeur.

[Les articles L. 134-2 à L. 134-9 seront présentés ultérieurement à l'issue des réflexions les concernant.]

### **Article L. 134-10**

Lorsque le fournisseur dispose de moyens financiers significativement plus importants que le distributeur, toute conclusion, avant la naissance du différend, d'une clause attributive de compétence à un juge étranger ou d'une clause compromissoire pour les litiges concernant le présent chapitre est conditionnée à la souscription, par le fournisseur, d'une assurance de protection juridique ou de la constitution d'un dépôt bancaire permettant au distributeur de faire face au coût prévisible d'une action devant le tribunal arbitral ou le juge étranger.

A défaut, le fournisseur est condamné à payer les provisions et frais nécessaires au distributeur pour engager une l'action devant le juge étranger ou le tribunal arbitral. Le juge statue en la forme des référés.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret.

### **Article L. 134-11**

Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public et ont valeur de loi de police.

Les litiges relatifs à l'application du présent chapitre de la compétence d'un juge français sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret. »

[L'article 3 de la loi sera présenté ultérieurement.]

## **Article 4 – Dispositions transitoires**

Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas aux contrats en cours avant leur entrée en vigueur. Elles s'appliquent à tout contrat conclu postérieurement et au renouvellement des contrats en cours.

## **PROJET DE DECRET D'APPLICATION**

### **Article 1**

Le dernier alinéa de l'article annexe premier du décret n° 96-902 du 15 octobre 1996 portant approbation du statut des agents généraux d'assurances n'est plus approuvé.

### **Article 2**

Au Chapitre IV du titre III du livre Ier de la partie réglementaire du Code de commerce, sont créés les articles suivants :

[Les articles R. 134-1 et -2 seront présentés ultérieurement, à l'issue des réflexions les concernant.]

### **Article R. 134-3**

[Modalités d'encadrement des clauses compromissaires et des clauses attributives de compétence désignant un juge étranger.]

### **Article R. 134-4**

[Liste limitative des juridictions pouvant connaître du contentieux.]



## **TITRE 2 – LE CONTENU D’UN DROIT COHÉRENT ET ÉGALITAIRE DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS**

**988. Présentation.** Il a été démontré qu’une approche cohérente et égalitaire de la dépendance des distributeurs supposait l’élaboration d’un régime complexe de la relation de distribution tenant compte des facteurs de dépendance pouvant intervenir selon périodes et aspects de la relation. La protection des distributeurs sera ainsi déclinée selon les différentes périodes de la relation de distribution et, le cas échéant, au sein de ces périodes, selon les aspects considérés.

**989. Plan.** Une relation de distribution connaît chronologiquement trois périodes : une naissance, un cours et une cessation. Lors des deux premières périodes, des conditions de la relation sont définies puis appliquées et, le cas échéant, modifiées. Lors de la cessation de la relation, les parties en font le bilan et envisagent leur avenir séparément. La protection des distributeurs devra donc être considérée, d’une part, lors de la naissance et du cours de la relation (Chapitre 1) et, d’autre part, lors de sa cessation (Chapitre 2).





# CHAPITRE 1 – LA PROTECTION DES DISTRIBUTEURS À LA NAISSANCE ET AU COURS DE LA RELATION DE DISTRIBUTION

**990. Présentation et plan.** L'enjeu de la protection du distributeur au stade de la naissance de la relation de distribution est de garantir qu'il dispose d'informations suffisantes pour en négocier les conditions ou apprécier celles qui lui sont proposées et qui pourraient le placer dans une situation de dépendance (Section 1). Une fois que le distributeur est entré dans une relation de distribution, l'enjeu est alors de garantir que le fournisseur ne puisse profiter de sa dépendance pour remettre en cause les conditions de la relation initialement négociées ou acceptées (Section 2).

## SECTION 1 – LA PROTECTION LORS DE LA DÉFINITION DES CONDITIONS INITIALES DE LA RELATION

**991. Dépendance et contrat d'adhésion.** A la naissance de la relation de distribution et donc au moment de la définition de ses conditions initiales, le distributeur dispose d'une liberté réelle. En effet, même en présence d'un contrat d'adhésion<sup>3781</sup>, il reste libre de contracter ou non<sup>3782</sup>, le contrat d'adhésion n'étant pas un contrat imposé mais un contrat proposé et accepté<sup>3783</sup>. Par conséquent, si les conditions contractuelles proposées ne conviennent pas au distributeur, il pourra décider de ne pas entrer en relation avec le fournisseur, de se tourner vers un concurrent ou de renoncer à créer son entreprise de distribution si la relation s'inscrivait dans un tel projet.

Une partie de la doctrine estime néanmoins qu'une protection est nécessaire du seul fait de l'existence d'un contrat d'adhésion<sup>3784</sup>. Elle supposerait qu'existe un droit à obtenir un contrat de distribution et même un contrat de distribution à des conditions issues d'une négociation. Or, dans une économie de marché libérale se traduisant par la libre concurrence et la liberté contractuelle, un tel droit n'a pas, en principe, sa

---

<sup>3781</sup> Sur la notion, voir notamment : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 215 s. – GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 383 s. – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 196 s. – TESTU (X.), *Le juge et le contrat d'adhésion*, JCP 1993.I.3673 – CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996, n° 54 s. – BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, Préf. B. Goldman, BDP, t. 132, LGDJ, 1973. – RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, n° 55 s. – Le projet de réforme du droit des contrats le définit comme un contrat « dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties » et l'oppose au contrat de gré à gré « dont les stipulations sont librement négociées entre les parties » (art. 1108).

<sup>3782</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 1404, « dans le contrat de distribution en réseau intégré, le distributeur n'est pas dépendant économiquement du fournisseur avant la conclusion du premier contrat les liant. Avant la conclusion de ce premier contrat, il a le choix (certes relatif) de se lier avec tel ou tel fournisseur, de distribuer d'autres produits ou services. Certes, une fois le contrat conclu, il en résulte selon les cas une dépendance économique plus ou moins grande, car le distributeur a fait des investissements pour distribuer ce produit, et sa clientèle, même si elle lui est propre, est en général très attachée à la marque, ce qui fait que le distributeur pâtirait de son exclusion du réseau. C'est donc du contrat que naît la dépendance économique, qui est ainsi intrinsèque au contrat de distribution. » – V. également : CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 541 – THREARD (J.), *L'intégration économique du distributeur et le droit*, GP 1979.II.657, p. 658.

<sup>3783</sup> *Contra* : FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 54 s., « du point de vue formel [les contrats d'adhésion] sont des contrats de droit privé, mais du point de vue substantiel ce sont de véritables règlements » et distinguant la « volonté » par laquelle « la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi », du « consentement » qui est « signe d'une sorte de capitalisation » comportant « toujours de l'aliénation » – Sur la distinction entre volonté et consentement : FRISON-ROCHE (M.-A.), *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTD civ. 1995, p. 573 s.

<sup>3784</sup> BEAUCHARD (J.), *Protection du franchisé : faut-il une réforme législative ?*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 261 s., p. 263 « le franchisé a besoin d'une certaine protection [...] parce que les contrats de franchise sont des contrats relativement déséquilibrés, dictés à son avantage par une des parties, le franchiseur, et que le franchisé ne peut pratiquement rien négocier lorsqu'il adhère à un réseau » – BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37 s.

place<sup>3785</sup>. Imposer aux fournisseurs de conclure des contrats avec toute personne qui se présenterait pour distribuer leurs produits ou services irait à l'encontre des réseaux de distribution. Leur constitution suppose, en effet, la possibilité de limiter le nombre de distributeurs et donc de refuser de conclure des contrats de distribution et d'approvisionner des distributeurs hors réseau<sup>3786</sup>. C'est seulement si la concurrence est jugée insuffisante sur un marché que le droit de la concurrence pourra intervenir pour remettre en cause le réseau et sanctionner les refus d'approvisionnement<sup>3787</sup>.

Par ailleurs, le contrat d'adhésion n'est pas nécessairement la traduction de la puissance d'un contractant sur l'autre<sup>3788</sup> mais aussi une technique d'organisation présentant une réelle utilité, en particulier dans la distribution. En effet, pour qu'un réseau soit homogène et puisse être dirigé efficacement par le fournisseur, les distributeurs doivent être soumis à des conditions contractuelles suffisamment uniformes<sup>3789</sup>.

**992. Dépendance et déséquilibre contractuel.** De même, l'existence d'un contrat qui pourrait paraître déséquilibré car il accorde des droits au fournisseur dont ne bénéficie pas le distributeur et soumet ce dernier à des obligations très contraignantes n'est pas nécessairement le signe que le premier aurait dicté sa loi contractuelle au second. En effet, dans certaines techniques de distribution, le distributeur se place volontairement sous la dépendance du fournisseur car il entend profiter de la force d'un réseau homogène ayant une politique commerciale commune et, le cas échéant, d'un savoir-faire<sup>3790</sup>. Cette intégration du distributeur se traduira ainsi par un déséquilibre dans les prérogatives contractuelles puisqu'elle supposera de donner au fournisseur les moyens d'assurer l'homogénéité du réseau et sa direction<sup>3791</sup>.

Par conséquent, sauf à méconnaître la volonté des parties et à condamner des formes de distribution comme la concession ou la franchise, dont l'efficacité économique et l'intérêt tant pour les parties que pour les consommateurs a été démontré<sup>3792</sup>, il convient de rejeter tout contrôle des clauses des contrats qui les remettraient en cause<sup>3793</sup> et toute imposition de contrats-types légaux ou réglementaires qui briderait

---

<sup>3785</sup> V. par ex. : Com. 07/04/1998 : B. n° 126 ; RTD civ. 1999, p. 79, J. Mestre, « le concédant a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, qu'il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé ». – L'existence de conditions limitant l'accès au marché pour les distributeurs ou leur possibilité de changer de fournisseur peut, le cas échéant, révéler un marché saturé ou faussé. La situation relève alors des pratiques anticoncurrentielles et il n'existe pas, à cet égard, d'inégalités juridiques entre les distributeurs, les différences de traitement étant justifiées par des situations de marché différentes.

<sup>3786</sup> Le législateur a même incriminé *per se* la violation de l'interdiction de revente hors réseau (C. com. art. L. 442-6, I, 6°).

<sup>3787</sup> La pratique pourra alors être qualifiée d'entente anticoncurrentielle ou d'abus de position dominante, par limitation de l'accès au marché, répartition des marchés ou refus de vente.

<sup>3788</sup> Une partie de la doctrine considère que le critère de protection tiré du contrat d'adhésion n'est pas pertinent : CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996, n° 54 s. – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 862 s. – RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, n° 55 s.

<sup>3789</sup> Dans ce sens : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 68 s., « les contrats de concession et de franchise sont des contrats d'adhésion, car cela est nécessaire pour assurer la parfaite unité d'image qui fait la force du réseau. C'est parce que les membres de ce dernier mettent en œuvre les mêmes techniques et offrons les mêmes services dans un cadre standardisé que le système sera efficace ».

<sup>3790</sup> *Supra* n° 142 s. et 900.

<sup>3791</sup> *Supra* n° 124 s. et *infra* n° 1078 s.

<sup>3792</sup> *Supra* n° 899.

<sup>3793</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 182, « si le contrat de distribution est un contrat de dépendance, il comporte par essence des clauses déséquilibrées. Cela fait partie du mécanisme d'intégration. Puisque les déséquilibres les plus nocifs sont éliminés par le droit de la concurrence, aller plus loin, c'est-à-dire procéder à un véritable contrôle des clauses abusives dans le contrat de distribution, reviendrait à méconnaître l'essence même dudit contrat et sans doute à l'empêcher d'atteindre l'objectif d'intégration poursuivi » – Rapp. : REGNAULT (S.), *Pour une application raisonnée de l'article L. 781-1 2° du Code du travail*, PA 29/07/2005, p. 4 s., il existe « une situation de déséquilibre, quasi inhérente à la distribution intégrée ».

l'inventivité des praticiens et la liberté des fournisseurs d'organiser la distribution de leurs produits ou services<sup>3794</sup> de manière à s'adapter au marché et à optimiser leur diffusion<sup>3795</sup>.

Finalement, au stade de la naissance de la relation de distribution, la protection devrait se limiter à garantir un consentement éclairé du distributeur sur les conditions du contrat qui lui est proposé lorsque celui-ci présente un risque de dépendance<sup>3796</sup>.

**993. Justification d'une obligation spéciale d'information.** *De lege lata*, cette garantie d'un consentement éclairé est assurée par les vices du consentement et l'information précontractuelle. Les premiers relèvent du droit commun des contrats, les distributeurs sont ainsi traités de façon cohérente et égalitaire. La question d'une éventuelle réforme des vices du consentement ne sera donc pas envisagée. En revanche, à l'égard de l'information, il existe des obligations spéciales à l'origine d'inégalités de traitement.

Afin de résorber ces inégalités entre distributeurs, il pourrait être envisagé la suppression pure et simple des obligations d'information. L'obligation d'information paraît cependant utile dans un but de prévention des vices du consentement, c'est l'objectif qui était poursuivi par le législateur avec la loi *Doubin* et l'obligation d'information des gérants-mandataires du Code de commerce<sup>3797</sup>.

L'abrogation des obligations d'information spéciales pourrait également être envisagée si une obligation d'information générale était introduite dans le droit commun des contrats. Le projet de réforme du droit des contrats propose ainsi d'introduire un devoir d'information dans le droit commun de la formation des contrats en prévoyant que « *celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* »<sup>3798</sup>. Il est ainsi recouru à des standards juridiques (ignorance légitime, confiance légitime) pour définir le champ d'application et le contenu du devoir d'information. Or, si dans une perspective de systématisation et de présentation rationnelle du droit positif le recours à ces standards peut se justifier, leur imprécision intrinsèque limite l'effet préventif de l'obligation d'information et la sécurité juridique<sup>3799</sup>. De plus, les modalités de l'information ne sont pas envisagées et notamment le délai dans lequel elle doit intervenir<sup>3800</sup>. Enfin, les sanctions d'un manquement seraient une « *responsabilité extracontractuelle* » et une simple possibilité

---

<sup>3794</sup> Dans ce sens : PIGASSOU (P.), *La distribution intégrée*, RTD com. 1980, p. 473 s., n° 43, les contrats-types que le législateur avait proposé d'imposer pour la concession auraient « *introduit un facteur certain de rigidité dans les relations entre les parties et en définitive dans les réseaux de distribution et imposé un grave handicap au fournisseur* ».

<sup>3795</sup> *Supra* n° 899.

<sup>3796</sup> Rappr. : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 37 « *afin d'éviter que le contrat ne méconnaisse les intérêts des contractants, comme ceux de la collectivité, on peut – plutôt que d'en réglementer impérativement le contenu – essayer de redonner à la liberté contractuelle ses vertus en créant un environnement favorable à l'établissement d'un véritable débat entre les parties* » notamment en s'assurant « *qu'une information adaptée a été dispensée à la partie la plus faible et que le consentement de celle-ci est suffisamment libre et réfléchi* » (n° 39).

<sup>3797</sup> *Supra* n° 505 s.

<sup>3798</sup> Projet d'ordonnance portant de réforme du droit des contrats, art. 1129, al. 1. – V. également : Avant-projet *Catala*, art. 1110, « *celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner. [al. 2] Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties* » - Projet *Terré*, art. 33, « *La partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime. [al. 2] L'ignorance de celle-ci est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contrat ou de la qualité des parties* ».

<sup>3799</sup> Sur les standards juridiques : *supra* n° 911.

<sup>3800</sup> Logiquement l'information ayant un impact sur le consentement devrait être délivrée avant que celui-ci n'intervienne. Cependant, si le contenu de l'information est dense, ne faut-il pas exiger une information dans un délai suffisant pour l'étudier ? Par ailleurs, si une faculté de dédit est prévue, l'information peut-elle être délivrée après la conclusion du contrat si elle intervient avant l'expiration du délai de dédit ? Les projets ne répondent pas à ces questions.

d'annulation du contrat « *lorsque ce manquement provoque un vice du consentement* »<sup>3801</sup>. On peut douter de l'effectivité et de la sécurité juridique offerte par un devoir légal dont le champ d'application, le contenu et les modalités sont imprécis et dont les sanctions n'incitent pas à la délivrance d'une information complète. Une obligation spéciale paraît donc justifiée pour déterminer précisément le champ, le contenu et les modalités de l'obligation d'information visant à garantir le consentement des distributeurs<sup>3802</sup>.

Par ailleurs, il est fait référence à une information « *déterminante* ». Or, à l'égard d'une personne qui s'apprête à se placer durablement sous la dépendance d'une autre, il peut être pertinent de prévoir la communication d'informations qui, sans être nécessairement déterminantes au moment de son consentement, apparaissent utiles à sa parfaite information<sup>3803</sup>.

**994. Plan.** Une obligation spéciale d'information est donc justifiée. Il reste cependant à en préciser le champ d'application (§1), le contenu et les modalités (§2).

## **§1 – La précision du champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle**

**995. Recodification.** Il a été mis en évidence que les différentes obligations d'information précontractuelles des distributeurs procédaient toutes d'un même fondement de prévention des vices du consentement à l'égard de contrats susceptibles d'entraîner une situation de dépendance-nécessité en raison d'une exclusivité et de dépendance-obéissance en raison de l'impossibilité de développer une politique commerciale personnelle<sup>3804</sup>. L'existence de plusieurs obligations d'information distinctes n'est donc pas justifiée. L'abrogation du statut du gérant-mandataire<sup>3805</sup> mettrait fin à cette situation.

Par ailleurs, l'adoption d'un statut des distributeurs rend pertinent d'y transférer les dispositions de la loi *Doubin*. Il apparaîtrait ainsi formellement que l'ensemble des distributeurs relevant du Code de commerce doivent bénéficier d'une obligation d'information précontractuelle sous réserve d'en remplir les conditions. Les inégalités de fait résultant de la perception restreinte du champ d'application de la loi *Doubin* mises en évidence<sup>3806</sup> seraient ainsi résorbées<sup>3807</sup>.

**996. Justification de l'exclusion des distributeurs soumis au droit du travail.** Cette inclusion aurait cependant pour effet de limiter l'obligation d'information aux distributeurs ayant réalisé des dépenses

---

<sup>3801</sup> Projet d'ordonnance portant de réforme du droit des contrats, art. 1129, al. 2, « *le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé* ».

<sup>3802</sup> A cet égard, la référence de l'article L. 330-3 du Code de commerce à la fourniture d'« *d'un document donnant des informations sincères [...] qui [...] permette de s'engager en connaissance de cause [...] dont le contenu est fixé par décret* » et celle de l'article L. 146-2 à la fourniture au gérant-mandataire de « *toutes informations nécessaires à sa mission, telles que définies par décret, afin de lui permettre de s'engager en connaissance de cause* » paraissent inutiles. En effet, le contenu étant fixé par décret, il est inutile de recourir à des standards juridiques (informations permettant de s'engager en connaissance de cause, informations nécessaires à la mission). Quant à l'exigence de sincérité, elle n'apporte rien par rapport à l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions prévue par le droit commun (C. civ. art. 1134, al. 3). En effet, cette exigence est étendue à la période précontractuelle et notamment applicable aux obligations d'information (LE TOURNEAU (P.) et POUMAREDE (M.), *Bonne foi*, Rép. civ., 2009, maj. 2014, n° 22 s. – GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 481 s., 1218 s., 1328 s., 1515 s.).

<sup>3803</sup> Dans le cadre de la loi *Doubin*, on peut ainsi douter du caractère déterminant de l'indication des domiciliations bancaires du fournisseur ou de l'adresse de l'ensemble des entreprises du réseau. Ces informations pourront cependant être utiles si, après la conclusion du contrat, dans le cadre d'un différend, le distributeur est amené à saisir des avoirs du fournisseur ou à entrer en contact avec les autres membres du réseau.

<sup>3804</sup> *Supra* n° 514.

<sup>3805</sup> *Supra* n° 909.

<sup>3806</sup> *Supra* n° 533.

<sup>3807</sup> Dans le sens d'une généralisation : VABRES (R.), *La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation*, RTD com. 2011, p. 215 s., n° 25.

et investissements autres que leur seule force de travail dans l'activité de distribution. L'obligation ne serait donc plus applicable aux distributeurs relevant du droit du travail car ils n'ont pas investi de capital dans l'activité de distribution. Il existerait ainsi une différence de traitement.

Cette différence serait cependant justifiée par une différence de situation. En effet, le distributeur relevant du droit du travail, par définition, ne réalise pas d'investissement en capital dans son activité de distribution et ne court donc pas les mêmes risques qu'un distributeur qui, en plus de sa force de travail, procède à des apports pécuniaires ou en nature dans l'activité de distribution. Par définition, il n'assume pas les risques liés à de tels apports et, bénéficiant du droit du travail, il est remboursé de ses frais professionnels, assuré de percevoir au minimum un revenu égal au SMIC et n'est pas responsable pécuniairement de ses fautes à l'égard du fournisseur/employeur (sauf faute lourde) et à l'égard des tiers (sauf faute pénale intentionnelle)<sup>3808</sup>. Au contraire, dans le droit économique, le distributeur est responsable pécuniairement de l'ensemble de ses fautes tant à l'égard de son fournisseur qu'à l'égard de la clientèle et il doit, en principe, assumer la perte de ses dépenses et investissements en cas d'échec de l'activité.

**997. Conditions d'application.** Il a été démontré que les conditions actuellement prévues par la loi *Doubin*, considérées au regard des fondements de l'obligation d'information, ne laissent pas apparaître, en droit, d'inégalité de traitement mais seulement des inégalités de fait résidant dans une perception réduite de son champ d'application et dans l'incertitude entourant la notion de quasi-exclusivité. Les conditions d'application peuvent donc être conservées mais mériteraient d'être précisées et clarifiées.

**998. Précision de la condition d'exclusivité.** Afin de consacrer la jurisprudence qui prend en compte la distribution simultanée de produits ou services de catégories distinctes, il peut tout d'abord être précisé que l'exclusivité s'apprécie au regard de l'approvisionnement des produits ou services objets du contrat.

Par ailleurs, afin de limiter l'insécurité juridique, source d'inégalités, générée par l'absence de définition de la quasi-exclusivité, il apparaît pertinent de préciser son critère. Celui-ci résulte de la combinaison d'une information de référence (assiette) et d'un taux.

**Assiette.** L'information de référence permet de mesurer la part des produits ou services contractuels dans l'activité de distribution de la catégorie de produits ou services considérée. Cette information est nécessairement fournie par le contrat qui fixe la quasi-exclusivité : il peut s'agir du chiffre d'affaires, de la marge commerciale, des quantités, des mètres linéaires, etc. Seul un taux doit donc être précisé pour mettre fin aux divergences d'interprétation jurisprudentielles.

**Taux.** La fixation légale de ce taux recèle nécessairement une part d'arbitraire et est susceptible d'entraîner des effets de seuil. Elle offre néanmoins plus de sécurité juridique que son abandon à l'appréciation variable et imprévisible des juges du fond.

Pour « concilier sécurité juridique et adaptabilité de la norme à chaque espèce », Monsieur Eréséo a proposé de fixer une présomption d'exclusivité ou d'enfermer le pouvoir souverain du juge dans une fourchette<sup>3809</sup>. Cependant, pour une obligation précontractuelle d'information, une telle complexité paraît

---

<sup>3808</sup> *Supra* n° 113 s. et 539 s.

<sup>3809</sup> ERÉSÉO (N.), *L'exclusivité contractuelle*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 79, Litec, 2008, n° 242 s., proposant soit de fixer un taux en-dessous duquel il y aurait une présomption simple de non-quasi-exclusivité et au-dessus de quasi-exclusivité soit de prévoir un seuil de 60 % en dessous duquel il n'y aurait pas quasi-exclusivité et un seuil de 70 % au-delà duquel il y aurait nécessairement quasi-exclusivité, le juge restant libre d'apprécier la quasi-exclusivité entre ces deux bornes.

inutile et l'impératif de sécurité juridique doit l'emporter pour sécuriser les fournisseurs et atteindre l'objectif de prévention recherché.

Or, le risque d'un seuil trop bas est d'imposer une information inutile ayant pour effet de ralentir la conclusion d'un contrat de distribution et de générer un coût d'établissement d'un document inutile. Les effets sont minimes : le ralentissement est limité à vingt jours<sup>3810</sup> et le coût d'établissement du document est généralement faible puisqu'il porte sur des éléments connus du fournisseur et ne suppose pas, en principe, le concours d'experts<sup>3811</sup>. Par ailleurs, un fournisseur amené à conclure de nombreux contrats de distribution limite son coût puisqu'il ne procédera qu'à une adaptation et mise à jour du document.

La doctrine hésite entre des taux de 66 à 80 %<sup>3812</sup> et soutient qu'il ne saurait être inférieur à 50 %<sup>3813</sup>. Compte tenu des risques limités générés par un taux trop bas, le seuil de la quasi-exclusivité pourrait être fixé à 50 %.

**999. Précision de la condition de mise à disposition d'un signe distinctif.** Par ailleurs, la loi prévoit actuellement une condition de mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne. S'il ne s'agit pas d'une source d'inégalités, il apparaît plus pertinent, eu égard au fondement technique de l'obligation d'information précontractuelle, d'ajouter une condition d'usage. En effet, c'est l'engagement par le distributeur d'user d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne mis à sa disposition par le fournisseur qui entraîne le risque de dépendance fondant l'obligation d'information et non la seule mise à disposition de ce signe.

**1000. Abrogation de la référence à l'intérêt commun des parties.** Enfin, il conviendrait de supprimer la référence à un « *contrat conclu dans l'intérêt commun des parties* ». En effet, l'intérêt commun est source d'incertitudes et n'apporte rien au champ d'application du texte : ce sont les risques liés à la dépendance qui fondent l'information, non le fait que les deux tirent profit de la distribution des produits ou services par développement de la clientèle<sup>3814</sup>.

**1001. Conclusion.** Finalement, l'obligation d'information précontractuelle pourrait s'appliquer à la conclusion de tout contrat de distribution prévoyant un engagement d'exclusivité du distributeur d'au moins 50 % et l'usage d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne mis à sa disposition par le fournisseur.

---

<sup>3810</sup> *Infra* n° 1014.

<sup>3811</sup> En particulier, il ne sera pas proposé d'imposer la délivrance d'une étude de marché et d'un prévisionnel d'activité (*infra* n° 1007 s.).

<sup>3812</sup> V. les nombreuses références citées par ERÉSÉO (N.), *op. cit.*, n° 237.

<sup>3813</sup> ERÉSÉO (N.), *op. cit.*, n° 238, « si les mots ont un sens, la quasi-exclusivité renvoie nécessairement à l'idée de quasi-totalité. Or celle-ci ne saurait s'accommoder de taux qui sont proches ou inférieurs à 50 %. [...] un distributeur qui ne réalise que 50 % environ de son activité auprès d'un fournisseur déterminé ne saurait en principe être considéré comme étant sous sa dépendance, tout au moins pas au point de justifier la réaction du droit ».

<sup>3814</sup> *Contra* : LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012, n° 362 s., soutenant que l'intérêt commun justifie l'information. L'idée est en réalité que la collaboration qu'implique le contrat d'intérêt commun doit se traduire par des devoirs communs d'information. – Une partie de la doctrine fonde également l'obligation d'information sur l'extension de la bonne foi à la phase de formation du contrat : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 481 s. et 1515 s. – LE TOURNEAU (P.) et POUMAREDE (M.), *op. cit.*, n° 41 s. – JOURDAIN (P.), *La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport français*, in Trav. Ass. H. Capitant, *La bonne foi*, Litec, 1992, p. 121 s., p. 124.

## §2 – La résorption des inégalités de contenu et modalités de l’obligation d’information précontractuelle

**1002. Présentation et plan.** Les inégalités de modalités et de contenu de l’obligation d’information précontractuelle mises en évidence résultent de l’existence d’une obligation spéciale pour les gérants-mandataires du Code de commerce. L’abrogation de ce statut et donc de l’obligation spéciale d’information des gérants-mandataires du Code de commerce<sup>3815</sup> ferait *ipso facto* disparaître ces inégalités mais ne peut dispenser de s’interroger sur le contenu (A) et les modalités (B) de l’obligation précontractuelle d’information qui subsisterait.

### A – Le contenu de l’obligation d’information précontractuelle

**1003. Présentation.** Le contenu de l’obligation d’information de la loi *Doubin* étant globalement plus complet que celui de l’obligation due au gérant-mandataire du Code de commerce, il pourrait être conservé. Cependant, la loi *Doubin* impose moins d’information sur le passé de l’exploitation et donne lieu à un débat sur l’inclusion ou non de comptes prévisionnels.

**1004. Plan.** Le contenu de l’information pourrait ainsi être celui de la loi *Doubin*, enrichi, le cas échéant, par des informations sur le passé de l’exploitation (1) et des prévisionnels d’activité (2).

#### 1 – Les informations sur le passé de l’exploitation

**1005. Pertinence d’informations complémentaires.** Contrairement à l’obligation d’information des gérants-mandataires du Code de commerce, la loi *Doubin*, qui s’applique pourtant aux contrats de reprise de la gestion d’une activité de distribution et notamment aux locations-gérances répondant à ses conditions<sup>3816</sup>, n’envisage pas les informations essentielles pour apprécier l’état de l’activité reprise et, en particulier, sa rentabilité<sup>3817</sup>. Il apparaît ainsi pertinent d’ajouter au contenu de l’obligation, une information sur le passé de l’exploitation.

En reprenant l’information due au gérant-mandataire du Code de commerce, il pourrait être envisagé la communication du chiffre d’affaires du fonds au cours de deux dernières années. Cependant, le seul chiffre d’affaires des deux dernières années paraît relativement insuffisant pour apprécier la valeur et la rentabilité d’un fonds. A cet égard, la loi prévoit qu’en cas de cession d’un fonds de commerce, l’acte doit préciser le chiffre d’affaires et les résultats d’exploitation réalisés durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente<sup>3818</sup>. Le contenu de l’information précontractuelle donnée à celui qui reprend la gestion d’un fonds de commerce à titre indépendant pourrait ainsi être aligné sur celui de l’information contractuelle donnée au cessionnaire d’un tel fonds.

Par ailleurs, l’opération de création d’une nouvelle activité de distribution sous enseigne du fournisseur avec un engagement d’exclusivité et une soumission à des normes d’exploitation déterminées par lui

---

<sup>3815</sup> *Supra* n° 909.

<sup>3816</sup> *Supra* n° 485.

<sup>3817</sup> *Supra* n° 527.

<sup>3818</sup> C. com. art. L. 141-1, I, 3° et 4°.

(concession, franchise, commission-affiliation, etc.)<sup>3819</sup> est comparable à l'opération de reprise d'une activité de distribution existante. En effet, dans les deux cas, il s'agit d'apprécier la valeur d'une activité de distribution organisée et exploitée selon un modèle existant, d'apprécier les performances passées de ce modèle pour anticiper ses performances futures. Or, si, par définition, une information sur le passé de l'exploitation n'existe pas lors de la création d'une nouvelle activité de distribution, les informations sur les autres unités de distribution s'en rapprochant existent et sont souvent connues par le fournisseur. En particulier, dans la franchise, le fournisseur possède non seulement les informations de ses unités exploitées en propre (succursales) et notamment de ses unités pilotes<sup>3820</sup> mais également de l'ensemble des unités franchisées puisque celles-ci sont tenues de lui communiquer leurs états comptables, ne serait-ce que pour calculer les redevances. Or, de telles informations sont à la fois utiles, licites, en rapport avec l'objet du contrat et légitimement ignorées par le futur distributeur<sup>3821</sup>.

**1006. Proposition.** Il devrait ainsi être exigé la communication des comptes annuels des 3 derniers exercices de l'activité de distribution objet du contrat ou, en cas de création d'une nouvelle activité de distribution, des entreprises dont l'activité de distribution et le marché local se rapprochent le plus de celle dont la création est envisagée<sup>3822</sup>.

Afin de permettre au distributeur d'apprécier parfaitement la rentabilité de l'activité de distribution des produits et services du fournisseur envisagée, une partie de la doctrine soutient que l'information devrait également inclure des comptes prévisionnels d'exploitation et une étude de marché.

## ***2 – La question des comptes prévisionnels d'exploitation et de l'étude de marché***

**1007. Présentation.** La question de l'inclusion dans l'information de la loi *Doubin* de comptes prévisionnels d'exploitation et d'une étude de marché est l'objet d'un débat doctrinal dans le domaine de la franchise.

**1008. Débat sur l'inclusion d'une étude de marché.** La loi *Doubin* impose que le document d'information précontractuelle précise « *l'état et les perspectives de développement du marché concerné* »<sup>3823</sup> et son décret d'application prévoit la communication d' « *une présentation de 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* »<sup>3824</sup>. Pour la jurisprudence, « *la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procédure lui-même à une analyse d'implantation précise* »<sup>3825</sup>. Le fournisseur doit donc communiquer des données sur

---

<sup>3819</sup> *Supra* n° 126 s. et 172 s.

<sup>3820</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ?*, JCP 2010, 134, n° 19 s.

<sup>3821</sup> *Supra* n° 530. – La loi n'impose pas le dépôt d'une comptabilité analytique faisant apparaître des comptes isolés pour chaque succursale et s'agissant des unités non succursalistes, les comptes ne sont accessibles que si leur exploitant est soumis à une obligation de dépôt des comptes qui a été respectée (*supra* n° 531). Dans une hypothèse de non dépôt, on imagine mal le candidat à l'entrée dans un réseau, demander la condamnation de ses futurs partenaires à une telle publication. L'ignorance de ces informations devrait donc être considérée comme légitime.

<sup>3822</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *op. cit.*, n° 20 et 21.

<sup>3823</sup> C. com. art. L. 330-3, al. 2.

<sup>3824</sup> C. com. art. R. 330-1.

<sup>3825</sup> Com. 19/01/2010 : n° 09-10980 ; B. n° 15 ; JCP E 2010, 1348, E. Friedel et G. Toulouse ; D. 2010, 320, E. Chevrier ; D. 2011, 549, D. Ferrier ; JCP 2010, 1015, n° 4, P. Stoffel-Munck ; PA 22/06/2010, 11, O. Tiquant ; CCC 2010, 92, M. Malaurie-Vignal ; RDLC 02/10, 89, N. Eréséo – V. déjà : Com. 11/02/2003 : n° 01-03932.



le marché local (nombre d'habitants, liste des concurrents présents, composition de la clientèle et le cas échéant, budget moyen des ménages pour les produits ou services et performance du réseau) mais ces données peuvent être brutes ; il n'a pas à procéder à des études, analyses ou enquêtes<sup>3826</sup>.

**Opposants.** Une partie importante de la doctrine approuve cette solution en se fondant sur les termes de la loi et du décret<sup>3827</sup>, en soulignant que le franchisé est un indépendant qui doit apprécier lui-même le potentiel du fonds qu'il envisage de gérer<sup>3828</sup> ou qu'il détermine sa propre stratégie à l'égard du marché local et doit ainsi procéder lui-même à son étude<sup>3829</sup>.

**Partisans.** D'autres auteurs estiment, au contraire, que « *l'étude de marché est la quintessence du savoir-faire du franchiseur* » et devrait ainsi être incluse dans l'information précontractuelle<sup>3830</sup>.

**1009. Débat sur l'inclusion de comptes prévisionnels.** La Cour de cassation a également jugé que la loi *Doubin* n'imposait pas au fournisseur de communiquer des comptes prévisionnels<sup>3831</sup> mais la question fait néanmoins débat en doctrine.

**Opposants.** Sur le plan technique, les opposants à l'inclusion de comptes prévisionnels dans l'information précontractuelle soutiennent que la loi *Doubin* et son décret d'application, pourtant très détaillés, ne le prévoient pas et que les travaux préparatoires du décret montrent qu'il a été choisi de l'exclure<sup>3832</sup>. Ils ajoutent que l'objectif serait « *d'engager plus facilement la responsabilité du franchiseur lorsque les résultats du franchisé ne sont pas à la hauteur des prévisions* » alors que le contrat de franchise « *n'emporte pas l'assurance d'une activité fructueuse pour le futur franchisé* », les résultats étant « *soumis à l'aléa économique de l'activité faisant l'objet de la franchise [...] et aux diligences du franchisé* »<sup>3833</sup>.

**Partisans.** Les partisans de l'inclusion rétorquent que la communication de comptes prévisionnels s'inférerait de l'exigence légale « *d'un document donnant des informations sincères, qui [...] permette de s'engager en connaissance de cause* », de l'obligation d'informer sur les perspectives de développement du marché prévue par la loi et son décret<sup>3834</sup> et participerait du savoir-faire du franchisé<sup>3835</sup>. Ils ajoutent que le rejet de cette information par les travaux préparatoires du décret d'application de la loi *Doubin* est sans

---

<sup>3826</sup> Sur la distinction entre une présentation de marché et une étude de marché : GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *Droit de la franchise*, Litec, 2011, n° 133 – SIMON (F.-L.), *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éd., 2009, n° 146 – LELOUP (J.-M.), *La franchise*, 4<sup>e</sup> éd., Delmas, 2004, n° 920.

<sup>3827</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 259 – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 709 – TOULOUSE (G.), *Le document d'information précontractuel*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4179 – SIMON (F.-L.), *op. cit.*, n° 146 – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 300 – LELOUP (J.-M.), *op. cit.*, n° 919 s.

<sup>3828</sup> Dans ce sens : LELOUP (J.-M.), *op. cit.*, n° 920.

<sup>3829</sup> Dans ce sens : SIMON (F.-L.), *op. cit.*, n° 146.

<sup>3830</sup> Dans ce sens : GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *op. cit.*, n° 133 – MERESSE (S.), *Le document d'information précontractuel*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4178. – MERESSE (S.), *L'étude de marché est la quintessence du savoir-faire du franchiseur*, RJC 1997, p. 260 s. – V. également : DISSAUX (N.), *op. cit.*, n° 26 – JAMIN (C.), *La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution*, in *Fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat*, PA 06/03/1996, p. 24 s., p. 26 – TIQUANT (O.), *Rétablir l'autorité de la loi... Doubin*, D. 2002, p. 2597 s., p. 2600 s.

<sup>3831</sup> *Supra* n° 495.

<sup>3832</sup> Dans ce sens : TOULOUSE (G.), *Le document d'information précontractuel*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4179 – LELOUP (J.-M.), *op. cit.*, n° 925 s.

<sup>3833</sup> FERRIER (D.), *L'obligation d'informer le futur franchisé*, RDC 2012, p. 1068, n° 5 – Dans ce sens également : TOULOUSE (G.), *op. cit.* – LELOUP (J.-M.), *op. cit.*, n° 927 – REGNAULT (S.), *La tentation d'autoritarisme de la loi Doubin*, PA 10/01/2003, p. 13 s.

<sup>3834</sup> TIQUANT (O.), *Rétablir l'autorité de la loi... Doubin*, D. 2002, p. 2597, p. 2600 – Dans le même sens : DISSAUX (N.), *op. cit.*, n° 24.

<sup>3835</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *op. cit.*, n° 26 – JAMIN (C.), *La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution*, in *Fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat*, PA 06/03/1996, n° 29, p. 24 s., p. 26.

incidence puisqu'un décret ne peut retrancher à la loi qu'il applique<sup>3836</sup>. Ils soulignent également qu'il ne s'agirait pas de mettre à la charge du franchiseur une obligation de résultat sur la réalisation des chiffres des comptes prévisionnels mais seulement une obligation de communication de tels chiffres<sup>3837</sup>. Certains proposent également de distinguer selon l'expérience des parties en imposant au franchiseur, nécessairement expérimenté, la communication de comptes prévisionnels pour les seuls franchisés profanes<sup>3838</sup>.

**1010. Appréciations.** Les arguments textuels tenant à l'interprétation de la loi et du décret ont peu d'intérêt dans une perspective de réforme.

Sur le fond, la distinction entre les distributeurs profanes et les distributeurs expérimentés est difficile à opérer<sup>3839</sup>, il n'est donc pas souhaitable qu'elle intervienne dans la définition du contenu de l'obligation d'information<sup>3840</sup>. Elle introduirait une insécurité juridique importante sur l'existence ou non de l'obligation de communiquer des comptes prévisionnels ou une étude de marché qui pourrait conduire à une communication quasi-systématique. La question se pose donc en termes binaires : faut-il ou non exiger du franchiseur la communication de comptes prévisionnels d'activité et d'une étude de marché ?

L'étude de marché et les comptes prévisionnels sont des éléments essentiels pour une personne qui envisage de procéder à des dépenses et investissements dans une activité de distribution. Ils permettent d'apprécier les risques de l'activité que ce soient ceux liés à l'exploitation ou ceux liés au marché. La jurisprudence l'admet d'ailleurs clairement pour les comptes prévisionnels<sup>3841</sup>. C'est précisément pour cette raison qu'il ne paraît pas opportun de faire peser la charge de l'élaboration de comptes prévisionnels et d'une étude de marché sur le franchiseur et, *a fortiori* sur tout fournisseur, surtout si le distributeur est profane. En effet, la finalité de l'information précontractuelle étant de prévenir un vice du consentement, il est pertinent que le distributeur qui envisage d'investir dans une unité de distribution et de la gérer se confronte à l'élaboration du prévisionnel et à la réalisation d'une étude de marché. Cela garantirait qu'il prenne pleinement connaissance de l'état des perspectives du développement du marché local et mesure les risques liés aux dépenses et investissements devant être réalisés. Cet exercice pédagogique est susceptible d'entraîner une prise de conscience qui n'aurait pas lieu avec la communication de comptes prévisionnels et d'une étude de marché par le fournisseur. Cette communication serait, au contraire, susceptible de faire croire à un engagement de résultat du fournisseur sur une réussite chiffrée alors qu'un tel engagement est impossible en raison des aléas du marché<sup>3842</sup>. Les partisans de l'inclusion reconnaissent d'ailleurs qu'une obligation de résultat sur la réalisation des chiffres du prévisionnel n'est pas envisageable<sup>3843</sup>.

---

<sup>3836</sup> DISSAUX (N.), *op. cit.*, n° 24 à 26.

<sup>3837</sup> *Ibid.*, n° 24 à 26.

<sup>3838</sup> *Ibid.*, n° 26 – LOIR (R.), *Les prévisionnels : le point de vue du juriste*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 97 s., p. 110.

<sup>3839</sup> L'expérience doit-elle être appréciée au regard des produits et services considérés ou une expérience dans une autre activité de distribution est-elle suffisante ? L'expérience peut-elle résulter d'une activité salariée ou faut-il une expérience en tant qu'entrepreneur ou gérant ? Une activité d'entrepreneur s'étant soldée par un échec exclut-elle l'expérience ? Quelle durée d'activité est nécessaire pour être qualifié d'expérimenté ?

<sup>3840</sup> La distinction est déjà opérée par la jurisprudence pour mais pour apprécier l'erreur du franchisé (*supra* n° 497 et 500).

<sup>3841</sup> Dans ce sens : Com. 25/06/2013 : n° 12-20815, « un prévisionnel [...] [est un] élément déterminant dans le calcul des risques » d'un franchisé – Com. 12/06/2012 : n° 11-19047, « les chiffres prévisionnels [...] portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante ».

<sup>3842</sup> Dans ce sens : BEAUCHARD (J.), *Protection du franchisé : faut-il une réforme législative ?*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 261 s., p. 275 s.

<sup>3843</sup> *Supra* n° 1008.

**1011. Propositions.** Le document d'information précontractuelle devrait ainsi seulement alerter le distributeur sur l'importance de réaliser une étude de marché et des comptes prévisionnels d'exploitation afin de mettre en garde le profane sur les limites d'une simple présentation du marché local<sup>3844</sup>.

Par ailleurs, afin que la réalisation de comptes prévisionnels soit possible et de permette au distributeur d'apprécier la connaissance du marché et de l'activité par le fournisseur, il serait pertinent d'imposer à ce dernier de communiquer les comptes annuels des trois premières années d'exploitation<sup>3845</sup> des cinq distributeurs<sup>3846</sup> dont le marché local se rapproche le plus de celui envisagé<sup>3847</sup> ainsi que de l'état général et local du marché des produits ou services et de ses perspectives de développement communiqué alors à chacun d'eux. Le distributeur pourrait ainsi, en plus de disposer de données pour établir des comptes prévisionnels et réaliser une étude de marché, apprécier les risques et la pertinence des perspectives envisagées par le fournisseur en constatant leur décalage avec l'activité réelle de ses distributeurs.

Pour renforcer la possibilité d'appréciation de la compétence du fournisseur et accroître la prise de conscience des risques, il pourrait également être prévu la communication de l'état général et local du marché et des comptes des trois premières années d'exploitation des entreprises qui étaient liées par un contrat de même nature que celui dont la conclusion est envisagée et qui ont quitté le réseau dans les cinq dernières années<sup>3848</sup>.

Le contenu de l'obligation d'information étant déterminé, il reste à en préciser les modalités.

## **B – Les modalités de l'obligation d'information précontractuelle**

**1012. Plan.** Les modalités de l'obligation d'information précontractuelle renvoient à la forme et au moment de délivrance de l'information (1) et aux sanctions de sa méconnaissance (2).

### ***1 – La forme et le moment de l'information précontractuelle***

**1013. Document écrit.** Les conditions de délai et de forme appellent peu de remarques. En raison de la complexité et du volume du contenu de l'information, il est pertinent que sa transmission prenne la forme d'un document écrit. Seule cette modalité permet au créancier de l'information de procéder à une étude

---

<sup>3844</sup> Rapp. : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 362 s., préconisant une obligation de « mise en garde [...] contre les éventuels risques de l'exploitation ».

<sup>3845</sup> On estime généralement que la pérennité d'une entreprise ne peut réellement s'apprécier qu'à l'issue de la troisième année d'exploitation. Le taux de pérennité des entreprises commence en effet à se stabiliser à partir de la troisième année. – V. sur la question les statistiques et études sur la démographie des entreprises de l'INSEE (<http://www.insee.fr>) et de l'APCE (<http://www.apce.com>).

<sup>3846</sup> Afin de ne pas alourdir excessivement le contenu de l'information, cette communication doit être limitée à un nombre restreint.

<sup>3847</sup> Dans ce sens : BEAUCHARD (J.), *op. cit.*, p. 276. – Rapp. : Com. 15/05/2012 : n° 11-15573, « l'historique communiqué par le franchiseur relatif au chiffre d'affaires réalisé par l'ancien franchisé implanté à Troyes de 1992 à 2002 constituait le document le plus utile et le plus pertinent pour permettre au franchisé d'effectuer un prévisionnel ».

<sup>3848</sup> L'article R. 330-1 du Code de commerce prévoit seulement l'indication du « nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document » (5°, c). – Sur la critique de la courte durée de la période envisagée : DISSAUX (N.), *op. cit.*, n° 22, l'auteur propose également de compléter l'information sur les entreprises ayant cessé de faire partie du réseau et la modalité juridique de sortie (expiration, résiliation ou annulation du contrat) (C. com. art. R. 330-1, 5°, c) avec les raisons exactes de leur sortie. Une telle information n'est cependant pas souhaitable car elle pourrait conduire à imposer au fournisseur de motiver, auprès d'un tiers, une résiliation ou non-renouvellement de contrat qu'il n'avait pas à motiver auprès du contractant concerné. De plus, il sera démontré qu'introduire une obligation de motivation à l'égard de ce contractant n'est pas souhaitable (*infra* n° 1155).

approfondie et de s'entourer des conseils lui permettant d'éclairer son consentement. L'écrit est également dans l'intérêt du débiteur de l'information puisque pèse sur lui la charge de la preuve de sa délivrance<sup>3849</sup>.

**1014. Moment.** S'agissant du moment de la transmission, le délai de 20 jours avant la conclusion du contrat prévu par la loi *Doubin* paraît préférable au délai de 10 jours prévu pour les gérants-mandataires du Code de commerce. En effet, la complexité et le volume de l'information suppose un temps d'étude suffisant pour garantir un engagement en connaissance de cause.

## **2 – Les sanctions de l'obligation d'information précontractuelle**

**1015. Plan.** Les sanctions pénales de l'obligation d'information précontractuelle pourraient être abandonnées (a) à condition de renforcer les sanctions civiles (b).

### **a - L'abandon des sanctions pénales**

**1016. Présentation.** La non-transmission dans les délais du document d'information précontractuelle de la loi *Doubin* est sanctionnée par une contravention alors qu'aucune sanction pénale n'est prévue pour l'obligation d'information des gérants-mandataires du Code de commerce. Cette situation caractérise une inégalité de traitement entre les distributeurs<sup>3850</sup> qu'il convient de résorber.

**1017. Discussion sur le maintien de la sanction pénale.** La sanction pénale permettrait de révéler le caractère d'ordre public de l'obligation et autorise, en principe, une action publique.

La réforme proposée étant expressément d'ordre public<sup>3851</sup>, la sanction pénale n'ajoute rien.

S'agissant de l'action publique, elle interviendrait *a posteriori* et aurait donc peu d'intérêt pour garantir une information devant intervenir avant la conclusion du contrat.

La sanction pénale prévue pour l'obligation de la loi *Doubin* n'apparaît pas non plus comme une réelle garantie d'effectivité. En effet, l'incrimination est limitée à l'absence de communication des documents d'information dans les délais<sup>3852</sup> et ne semble donc pas viser la transmission d'informations incomplètes ou fausses. De plus, le montant de l'amende est plus symbolique (1.500 €) que dissuasif<sup>3853</sup>.

Assurer un véritable effet dissuasif supposerait donc d'étendre le champ de l'incrimination et de prévoir une amende plus importante. Cependant une sanction pénale n'apparaît pas nécessaire<sup>3854</sup> et une amende civile, tout en ayant un effet comparable, présenterait l'avantage d'éviter un éclatement du contentieux.

---

<sup>3849</sup> *Supra* n° 501.

<sup>3850</sup> *Supra* n° 523 s.

<sup>3851</sup> *Supra* n° 973.

<sup>3852</sup> C. com. art. R. 330-2.

<sup>3853</sup> Rappr. : OUERDANE-AUBERT de VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf.Y. Lequette, NBT, vol. 19, Dalloz, 2002, n° 261, « l'amende est dans sa nature une sanction adaptée dans la mesure où elle prive le délinquant de ce qu'il recherchait par la violation. La seule motivation de l'auteur de la violation d'une règle protectrice du consentement est la recherche du profit, que le paiement d'une amende peut réduire à néant. Mais pour qu'elle puisse et dissuade, encore faut-il que son montant soit suffisant au regard du profit retiré par la violation ».

<sup>3854</sup> Il pourrait cependant être soutenu que le caractère pénal de la méconnaissance de la loi soulignerait son importance et entraînerait un effet dissuasif supérieur. Dans le domaine économique et en l'absence de peine privative de liberté, la supériorité de la sanction pénale n'est pas évidente. – Sur la critique du « galvaudage » du droit pénal utilisé pour sanctionner des manquements au droit civil : OUERDANE-AUBERT de VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 327 s.

**1018. Conclusion.** Finalement, le caractère d'ordre public du statut et l'inutilité d'une action publique pour assurer le respect d'une obligation d'information précontractuelle conduit à abandonner toute sanction pénale et à envisager des sanctions civiles.

## **b - Le renforcement des sanctions civiles**

**1019. État du droit positif.** Les obligations d'informations sont actuellement sanctionnées par la nullité du contrat si un vice du consentement est démontré et par des dommages et intérêts en présence d'un préjudice. Il n'existe pas d'inégalité de traitement entre les distributeurs à cet égard mais dans la perspective d'un statut d'ordre public, l'efficacité de ces sanctions, régulièrement discutée en doctrine<sup>3855</sup>, mérite d'être examinée.

**1020. Nullité du contrat.** *De lege lata*, l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation d'information n'entraîne pas automatiquement démonstration d'un vice du consentement et il n'est pas certain qu'elle entraîne une présomption d'un tel vice<sup>3856</sup>. Une partie de la doctrine soutient que ces règles renforceraient l'effectivité et l'efficacité de l'obligation d'information<sup>3857</sup>.

**Rejet de la nullité automatique.** La nullité automatique n'est pas souhaitable car elle apparaît disproportionnée lorsque l'inexécution est mineure<sup>3858</sup>. Il pourrait être envisagé de distinguer selon que l'information est ou non essentielle. Une telle distinction est cependant délicate à opérer *in abstracto* et conduirait donc finalement à s'interroger sur le caractère déterminant de l'information pour le créancier, ce qui reviendrait à appliquer le droit commun des vices du consentement.

**Intérêt de la présomption de vice du consentement.** La présomption de vice du consentement en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de l'obligation d'information semble plus adaptée. Elle revient à faire assumer par le débiteur défaillant la preuve de l'absence de caractère déterminant de l'information non transmise ou erronée.

Facilitant l'action du créancier, elle incite également au respect de l'obligation par le débiteur en lui faisant courir un risque probatoire.

Par ailleurs, le caractère simple de la présomption limite les nullités disproportionnées. Les méconnaissances non déterminantes du consentement ne seraient pas sanctionnées par la nullité mais pourraient néanmoins donner lieu au versement de dommages et intérêts et à une amende civile.

**1021. Dommages et intérêts.** Indépendamment des autres sanctions civiles (nullité, amende), la méconnaissance de l'obligation d'information doit pouvoir donner lieu à une condamnation à des dommages et intérêts<sup>3859</sup>. En effet, l'anéantissement du contrat ne suffit pas à réparer le préjudice subi, remettre les parties dans le *statu quo ante* suppose également de réparer la perte de chance éprouvée par le distributeur qui aurait pu employer son capital dans une autre activité.

---

<sup>3855</sup> *Supra* n° 500 et *infra* 1020.

<sup>3856</sup> *Supra* n° 501.

<sup>3857</sup> *Supra* n° 500. – V. également : DISSAUX (N.), *L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur*, RDC 2012, p. 1072 s., p. 1076.

<sup>3858</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.), *L'information du candidat à la franchise. La loi « Doubin » : bilan et perspectives*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 77 s., spéc. p. 84 – DISSAUX (N.), *L'information précontractuelle...*, *op. cit.*, n° 12.

<sup>3859</sup> Dans ce sens : FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 221, LGDJ, 1991, n° 373 s. et 596 s. – C'est ce que prévoit le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats (*supra* n° 993).

Par ailleurs, les dommages et intérêts permettent de réparer le préjudice subi du fait d'une méconnaissance de l'information qui, sans pouvoir remettre totalement en cause le consentement, l'a néanmoins altéré. Dans ce cas, le distributeur aurait néanmoins contracté, mais aurait pu contracter à des conditions légèrement différentes. Les dommages et intérêts répareraient ces différences.

**1022. Rejet de la déchéance du droit aux redevances.** Afin de garantir la pleine effectivité de l'obligation, Madame Béhar-Touchais a également proposé de l'assortir d'une sanction de déchéance totale ou partielle du droit aux redevances qui permettrait ainsi de punir la faute sans remettre en cause le contrat et qui serait déconnectée des conséquences du défaut d'information<sup>3860</sup>. Une telle solution doit être rejetée.

D'une part, elle ne pourrait concerner que les formes de distribution donnant lieu à la perception de redevances, c'est-à-dire, essentiellement la franchise alors que le champ d'application de l'obligation d'information est beaucoup plus étendu.

D'autre part, dans les hypothèses où elle serait applicable, cette sanction déconnectée des conséquences de la faute inciterait certes les distributeurs à agir mais pourrait justement donner lieu à des actions de distributeurs n'ayant subi aucun préjudice. Ceux-ci pourraient agir pour des méconnaissances sans conséquence afin d'obtenir une modification des conditions financières du contrat. Il existerait donc un risque d'actions artificielles purement lucratives.

Une amende civile permettrait de garantir une certaine effectivité sans cet inconvénient et le montant des redevances pourrait entrer dans le calcul de son montant maximal.

**1023. Amende civile.** Susceptible d'être prononcée indépendamment des conséquences des manquements à l'information, une amende civile inciterait au respect de l'obligation en toutes circonstances. De plus, son produit revenant à l'État, elle n'encouragerait pas les actions purement lucratives.

L'amende civile pourrait être prononcée par la juridiction saisie en cas de manquement grave à l'obligation d'information. La notion de manquement est suffisamment large pour viser toutes les inexécutions (irrespect du délai de transmission, information partielle, information erronée, absence totale d'information, etc.) et l'exigence de gravité éviterait le prononcé d'une amende pour des omissions ou erreurs mineures (omission d'une des domiciliations bancaires, etc.).

Le montant maximum de l'amende, pour être dissuasif, pourrait être fixé à l'ensemble des sommes en rapport le contrat perçues du débiteur par le créancier de l'obligation d'information, ce qui comprendrait notamment l'indemnité de réservation, le droit d'entrée, les redevances, le prix des marchandises livrées, les sommes (prix et remboursement de frais) perçues en contrepartie de différents services d'assistance (formations, aide à l'installation, etc.). L'amende permettrait ainsi de priver le fournisseur de tout profit qu'il aurait pu tirer de son manquement à l'obligation d'information.

---

<sup>3860</sup> BEHAR-TOUCHAIS (M.), note ss Com. 14/01/2003 : n° 00-11781, RDC 2003, p. 158, « avec le recul, on peut se demander s'il ne faudrait pas de lege ferenda aller plus loin. La seule sanction de l'inexécution des obligations d'information qui soit vraiment effective, c'est la déchéance (cf. la déchéance du droit aux intérêts pour les banques), c'est-à-dire une sanction qui punit la faute sans remettre en cause le contrat, mais qui est déconnectée des conséquences du défaut d'information (préjudice ou vice du consentement). Pourquoi ne pas instaurer une sanction similaire en droit de la distribution, par exemple une déchéance de tout ou partie de son droit aux redevances de franchise pour le franchisé qui n'a pas rempli son obligation d'information ? Cette déchéance pourrait être encourue pour toute la durée du contrat s'il est à durée déterminée, ou jusqu'à une information régulière du franchisé si le contrat est à durée indéterminée ». – Sur l'efficacité de la déchéance comme sanction dissuasive : OUERDANE-AUBERT de VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 621 s.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**1024. Proposition.** Afin de prendre en compte les développements précédents, le chapitre du Code de commerce sur les distributeurs comporterait les articles suivants<sup>3861</sup> :

### **Article L. 134-2**

**Tout contrat de distribution prévoyant un engagement d'exclusivité du distributeur d'au moins 50 % en plus de l'usage d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne mis à sa disposition par le fournisseur oblige ce dernier à lui communiquer un document d'information écrit dont le contenu est fixé par décret.**

Ce document précise notamment l'ancienneté et l'expérience du fournisseur, l'état et les perspectives du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, **les conditions du contrat et les informations comptables utiles à l'établissement d'une prévision d'activité. Il alerte le distributeur sur l'importance de réaliser une étude de marché et d'élaborer des comptes prévisionnels d'exploitation.**

**Tout manquement à l'obligation d'information est susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de son débiteur et emporte une présomption simple d'erreur déterminante du consentement du créancier.**

**En cas de manquement grave, la juridiction peut prononcer une amende civile d'un montant maximal égal à l'ensemble des sommes en rapport avec le contrat perçues du créancier de l'obligation d'information par son débiteur, ce qui comprend notamment le droit d'entrée, les redevances, le prix des produits ou services fournis et la somme mentionnée à l'alinéa suivant.**

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.

### **Article R. 134-1**

Le document prévu à l'article L. 134-2 contient les informations suivantes :

[...] [dispositions inchangées de l'article R. 330-1]

5° Une présentation du réseau d'exploitants qui comporte :

[...] [dispositions inchangées de l'article R. 330-1]

c) Le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours des 5 années précédant celle de la délivrance du document. Le document précise si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé ;

---

<sup>3861</sup> Les passages en gras correspondent aux ajouts et modifications proposés par rapport aux articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce.

d) S'il y a lieu, la présence, dans la zone d'activité de l'implantation prévue par le contrat proposé, de tout établissement dans lequel sont offerts, avec l'accord exprès de la personne qui propose le contrat, les produits ou services faisant l'objet de celui-ci ;

**Doivent être annexés à cette partie du document les comptes annuels des trois premiers et trois derniers exercices ou, pour les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les rapports établis au titre des trois premiers et trois derniers exercices en application du III de l'article L. 451-1-2 du code monétaire et financier, de l'activité de distribution objet du contrat ou, en cas de création d'une nouvelle entreprise de distribution, des cinq entreprises du réseau dont l'organisation et le marché local se rapprochent le plus de celle dont la création est envisagée. Est également annexé l'état général et local du marché communiqué à chacune de ces entreprises lors de la signature de leur premier contrat.**

6° L'indication de la durée du contrat proposé, des conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, ainsi que le champ des exclusivités.

Le document précise, en outre, la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques au nom commercial, à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat engage avant de commencer l'exploitation.



## SECTION 2 – LA PROTECTION LORS DE LA MODIFICATION DES CONDITIONS INITIALES DE LA RELATION

**1025. Voies de modification.** Si le distributeur a pu accepter les conditions initiales de la relation de distribution, celle-ci peut le placer dans une situation de dépendance qui le conduira à accepter une modification de ces conditions en sa défaveur. Celle-ci peut intervenir de deux façons.

Le fournisseur peut d'abord tenter d'exploiter l'état de dépendance-nécessité du distributeur pour lui imposer de nouvelles conditions. Le caractère essentiel de la relation pour l'activité du distributeur contraindra ce dernier à les accepter même si elles sont en sa défaveur. Le fournisseur dispose alors d'un pouvoir de fait de modification des conditions de la relation.

Sans imposer une renégociation, le fournisseur peut également tenter d'exploiter l'état de dépendance-obéissance et de dépendance-nécessité du distributeur en usant de son pouvoir de détermination des conditions d'exploitation ou de gestion de l'activité du distributeur de façon à modifier l'équilibre initial de la relation.

**1026. Plan.** Il conviendra ainsi de protéger les distributeurs contre la modification des conditions de la relation par une renégociation sous contrainte (§1) ou par un usage du pouvoir du fournisseur (§2).

### §1 – La résorption des inégalités de protection contre la renégociation sous contrainte

**1027. Identification de la renégociation illégitime.** Dans une logique concurrentielle, la menace d'une rupture de la relation afin d'obtenir sa renégociation n'apparaît pas, en elle-même, répréhensible. La recherche d'un plus grand profit au détriment de certains acteurs économiques procède du jeu normal de la concurrence. Ainsi, en l'absence de toute pratique anticoncurrentielle, il ne peut être reproché à un fournisseur de chercher à exploiter sa situation de force pour augmenter ses profits. En particulier, lorsque le fournisseur a limité le nombre de ses distributeurs en organisant des exclusivités, il a intérêt à rompre une relation avec un distributeur en place s'il peut lui substituer une relation plus avantageuse avec un autre distributeur. Il pourra alors d'abord tenter de renégocier les conditions de la relation en cours sous la menace d'une rupture et, en cas d'échec, procéder à cette rupture pour profiter de l'offre de distribution concurrente<sup>3862</sup>. Un tel comportement procède du libre jeu de la concurrence et contribue à l'efficacité économique en favorisant les distributeurs performants<sup>3863</sup>.

Dans une logique contractuelle, la renégociation sous menace ou crainte d'une rupture de la relation pose

---

<sup>3862</sup> Lorsque le fournisseur ne dispose pas d'une offre concurrente, la rupture de la relation n'est pas dans son intérêt mais il peut néanmoins brandir cette menace pour tenter de modifier en sa faveur l'équilibre initial de la relation, au détriment donc du distributeur. Cette menace devrait en principe échouer car si le distributeur refuse la renégociation, le fournisseur devra choisir entre conserver un débouché de ses produits et services aux mêmes conditions ou de le perdre. Elle réussira cependant si le distributeur ignore l'absence d'offre concurrente. Par ailleurs, un fournisseur suffisamment solide financièrement pour assumer la perte d'un débouché pourra procéder à la rupture pour faire un précédent et contraindre d'autres distributeurs à la négociation.

<sup>3863</sup> Dans ce sens : MAINGUY (D.), *La liberté de l'entreprise face à ses partenaires*, in *Entreprise et liberté*, Ass. H. Capitant, Dalloz, 2007, p. 21 s., p. 21, « une entreprise [...] a parfois besoin de protection, parce qu'elle se trouve face à une entreprise plus puissante ou bien dans une relation contractuelle qui, par nature ou par ses effets, l'assujettit à une forme de domination subie, sans que ce souci de protection puisse être systématiquement recherché parce que ces relations s'inscrivent aussi dans une logique de concurrence qui présuppose l'élimination des opérateurs non performants pour une meilleure allocation des richesses ».

cependant difficulté. En effet, elle est susceptible de fausser totalement les prévisions de la partie en état de dépendance en remettant en cause l'économie contractuelle initialement négociée ou acceptée, notamment lorsque des dépenses ou investissements spécifiques à la diffusion des produits ou services du fournisseur ont été réalisés et supposent une durée suffisante de relation pour être rentabilisés.

Cette logique contractuelle rejoint la logique concurrentielle puisqu'accepter de telles pratiques peut conduire à dissuader les investissements alors que ceux-ci contribuent au progrès économique. Ainsi, il est généralement fait exception à la libre concurrence pour favoriser les investissements contribuant à améliorer la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique<sup>3864</sup>.

**1028. Inégalités.** Les distributeurs sont dans des situations très inégales face à cette situation.

**Distributeurs soumis au droit du travail et agents commerciaux.** En raison des règles limitant le recours aux contrats à durée déterminée, les distributeurs relevant du droit du travail ne peuvent entrer dans une relation fondée sur une succession de contrats à durée déterminée entraînant potentiellement une renégociation sous crainte ou menace de non-renouvellement à chaque terme<sup>3865</sup>. Par ailleurs, leur crainte d'une rupture d'une relation de travail à durée indéterminée est limitée puisque celle-ci doit être fondée sur une cause réelle et sérieuse<sup>3866</sup> et s'accompagnera d'une indemnité de licenciement<sup>3867</sup>, voire de clientèle<sup>3868</sup>. De plus, les dépenses ou investissements pourront être remboursés au titre des frais professionnels<sup>3869</sup>.

De même, l'agence commerciale offre une indemnité importante à l'agent en cas de cessation de la relation imputable au mandant<sup>3870</sup> et les statuts des agents commerciaux dans tous les cas de cessation<sup>3871</sup>. Les frais engagés et pertes subies peuvent potentiellement être remboursés en application des articles 1999 et 2000 du Code civil<sup>3872</sup> et incluses dans l'indemnité<sup>3873</sup>. La menace de rupture n'est donc pas efficace.

**Autres distributeurs.** Au contraire, les autres distributeurs sont généralement en position de faiblesse.

Leur relation peut être fondée sur des contrats à durée déterminée dont le non-renouvellement n'a pas à être motivé et justifié et ne s'accompagne pas d'une indemnité<sup>3874</sup>. La Cour de cassation a ainsi jugé que « la proposition de nouvelles conditions contractuelles, fussent-elles inacceptables pour l'ancien [distributeur],

---

<sup>3864</sup> TFUE art. 101, § 3 – C. com. art. 420-4, 2° – Règl. UE n° 330/2010 de la Commission du 20/05/2010, (6) « certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes. » – Les monopoles d'exploitation des brevets s'expliquent également par l'objectif de favoriser l'investissement dans la recherche et le développement en garantissant que ces investissements seront rentabilisés.

<sup>3865</sup> *Supra* n° 653.

<sup>3866</sup> *Supra* n° 654 s. – En particulier, la Cour de cassation juge que « lorsqu'un salarié refuse la modification de son contrat de travail l'employeur doit, soit le rétablir dans son emploi, soit tirer les conséquences du refus en engageant la procédure du licenciement » (Soc. 26/11/2002 : n° 00-44517 ; B. n° 353), « que le seul refus d'un salarié d'accepter une modification de son contrat de travail ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement » (Soc. 28/01/2005 : n° 03-40639 ; B. n° 35) et que « la modification du contrat de travail intervenue sans l'accord exprès du salarié constitue un manquement aux obligations contractuelles de l'employeur qui fait produire à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse » (Soc. 02/03/2011 : n° 09-40547 – Soc. 02/06/2010 : n° 09-40215 ; B. n° 128) – Sur la modification du contrat de travail : TEYSSIE (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 1256 s. – AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 637 s. – FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2014, n° 586 s. – MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2014, n° 761 s. – LOKIEC (P.), *Droit du travail*, t. 1, PUF, 2011, n° 225 s.

<sup>3867</sup> *Supra* n° 758 s.

<sup>3868</sup> *Supra* n° 761 s.

<sup>3869</sup> *Supra* n° 541 (contrat de travail de droit commun) et 545 (VRP), 548 et 549 (gérants).

<sup>3870</sup> *Supra* n° 766.

<sup>3871</sup> *Supra* n° 774.

<sup>3872</sup> *Supra* n° 194 (agent commercial) et 204 (agents généraux d'assurance).

<sup>3873</sup> *Supra* n° 769 (agent commercial).

<sup>3874</sup> *Supra* n° 675 s. et 780.

ne peut à elle seule constituer un [...] abus »<sup>3875</sup>. Champaud remarque ainsi que « sous l'empire de la crainte du non-renouvellement, [le distributeur] va accepter les clauses les plus draconiennes »<sup>3876</sup>.

La situation est identique à l'égard d'un contrat à durée indéterminée<sup>3877</sup>, la résiliation n'ayant pas à être motivée, justifiée et indemnisée<sup>3878</sup>. Par exemple, n'ont pas été jugées abusives la résiliation d'un contrat de location-gérance suite au refus du locataire-gérant d'accepter une augmentation de redevance de 25 % ou la résiliation d'un contrat de concession suite au refus du concessionnaire d'accepter une modification des conditions de la collaboration en sa défaveur<sup>3879</sup>.

Les conséquences de la fin de la relation peuvent même être accrues par certaines clauses<sup>3880</sup> : une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation post-contractuelle sans contrepartie financière, des clauses de restitution onéreuses<sup>3881</sup>, une clause de droit d'entrée à paiement différé<sup>3882</sup>, etc.

**1029. Solutions et plan.** Pour remédier à cette situation, différents mécanismes préventifs et curatifs peuvent être envisagés. Il sera démontré leur insuffisance (A) et, au contraire, la pertinence d'un encadrement de la rupture de la relation (B).

## A – Les mécanismes de protection insuffisants

**1030. Présentation et plan.** Pour lutter contre les renégociations sous contrainte, il existe des mécanismes préventifs ou curatifs. L'information précontractuelle pourrait ainsi être renforcée afin de dissuader le distributeur de s'engager dans une relation précaire (1). Au titre des mécanismes curatifs, il peut être

---

<sup>3875</sup> Com. 06/06/2001 : n° 99-10768 – V. également : Com. 23/04/1985 : n° 83-16207 ; B. n° 128, viole l'article 1134 du Code civil la cour d'appel qui retient un abus de droit de non-renouvellement en relevant que « le nouveau contrat proposé étant prévu pour une année sans tacite reconduction, l'équilibre des relations contractuelles était modifié au profit du concédant et que compte tenu de la durée et de la qualité des rapports commerciaux existant entre les deux sociétés, cette société avait commis une faute en tendant d'imposer un nouveau contrat moins favorable que le précédent » – Com. 26/10/1982 : n° 81-12360 ; B. n° 328, proposition d'un nouveau contrat limitant l'exclusivité et le secteur concédé.

<sup>3876</sup> CHAMPAUD (C.), *La concession commerciale*, RTD com. 1963, n° 13 s. – Dans ce sens : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 465 s., spéc. p. 466 « cette dépendance économique [résultant des « conséquences désastreuses d'une éventuelle érection du réseau »] va renforcer la subordination d'origine juridique qui caractérise la présente relation. Les souhaits ou propositions de l'intégrateur, véritables exigences, diktats, seront acceptés sous l'effet de cette menace. Une modification désavantageuse du contrat sera regardée comme un moindre mal, puisque la séparation tant redoutée aura été évitée » – FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982, p. 305, « la brève durée du contrat est [...] une arme aux mains du concédant qui pourra se débarrasser d'un concessionnaire peu docile, [...] on a ainsi pu voir des concessions renouvelées dans certaines espèces, dix-sept, vingt-six, quarante années de suite, sans que la jurisprudence considère comme abusif le non-renouvellement final ! » – THREARD (J.), *L'intégration économique du distributeur et le droit*, GP 1979.II.657, p. 658.

<sup>3877</sup> Dans ce sens : GUYENOT (J.), *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, 1968, n° 394 s. « il suffit au concédant de faire simplement apparaître l'éventualité de la rupture ou du non-renouvellement du contrat, pour que le concessionnaire qui est en mesure aussitôt les conséquences, engage son activité dans la voie tracée par les directives permanentes du concédant ».

<sup>3878</sup> *Supra* n° 680 s. et 781.

<sup>3879</sup> *Supra* n° 680.

<sup>3880</sup> Sur la question : BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Les obstacles à la sortie du franchisé*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4180.

<sup>3881</sup> Dans la célèbre « affaire des cuves », un distributeur de produits pétroliers au détail devait, en fin de contrat, restituer en nature les cuves mises à sa disposition par son fournisseur, ce qui supposait de détruire la station-service et dissuadait ainsi tout changement de fournisseur. Ces clauses étaient validées par la jurisprudence comme procédant d'une obligation essentielle du prêt à usage (Com. 25/01/1985 : n° 83-16090 ; B. n° 43) mais seront ensuite annulées sur le fondement du droit de la concurrence (Com. 18/02/1992 : n° 87-12844 ; B. n° 78 ; JCP 1992.II.21897, note M. Behar-Touchais ; RTD civ. 1992, p. 759, n° 4, J. Mestre – Com. 26/05/1992 : n° 90-13499 – Com. 08/06/1993 : n° 88-17989 – Sur cette affaire, voir notamment : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 361 et 381 s.). Cette jurisprudence n'exclut cependant pas de façon générale les clauses de restitution en nature dans les contrats de distribution et ne remet pas en cause la clause de restitution par équivalent. – Sur les obligations de restitution des distributeurs en fin de contrat : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 742 s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 607 s.

<sup>3882</sup> Ces clauses prévoient que le droit d'entrée ne sera payé qu'en fin de relation. Formellement, il s'agit d'un droit d'entrée mais son régime en fait une pénalité de sortie. Comme le souligne l'Autorité de la concurrence, ces clauses « peuvent [...] avoir pour effet de dissuader l'affilié de quitter le réseau à l'arrivée à l'achèvement de la relation contractuelle ou en cas de manquement contractuel grave imputable à la tête de réseau. En effet, le droit d'entrée au paiement différé oblige l'affilié qui décide de quitter le réseau à payer un véritable « droit de sortie » alors qu'un étalement du paiement fractionné pendant le déroulement du contrat serait plus soutenable pour l'affilié » (Aut. conc. avis 7/12/2010 : n° 10-A-26, pt. 140) – Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 731 – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 619.

envisagé le recours au vice de violence par contrainte économique. Il est également possible d'introduire une police du contenu du contrat afin de garantir l'équilibre de la convention sans nécessité d'une démonstration qu'il a été affecté par une crainte ou une menace de rupture (2). Ces mécanismes apparaissent cependant insuffisants pour faire cesser les renégociations sous contrainte.

## **1 – L'insuffisance de la prévention par l'information précontractuelle**

**1031. Information initiale et renégociation.** Il a été justement remarqué que l'obligation d'information précontractuelle masquait « *les véritables atteintes à l'autonomie de la volonté des distributeurs intégrés qui se développent tout au long de l'exécution du contrat* »<sup>3883</sup>. En effet, si, à la naissance de la relation, le distributeur est, en principe, libre d'accepter ou de refuser les termes de la collaboration envisagée, voire parfois de les négocier, il peut ensuite entrer dans un rapport de dépendance-nécessité qui le privera de cette liberté en raison de la crainte ou menace d'une rupture de la relation.

L'obligation précontractuelle d'information peut permettre au distributeur de prendre conscience de cette situation et ainsi de s'engager en pleine connaissance de cause mais ne limite nullement l'atteinte à l'autonomie de la volonté qui existera dans une renégociation sous la crainte ou menace d'une rupture de la relation de distribution. L'obligation d'information qui existe lors de la conclusion du nouveau contrat<sup>3884</sup> tend même à légitimer cette situation puisqu'en s'assurant que le distributeur a contracté en connaissance de cause, elle donne l'illusion qu'il s'est engagé librement<sup>3885</sup>.

Il pourrait être objecté que le distributeur qui a eu connaissance d'un projet de contrat et a été spécifiquement informé, avant de s'engager, des modalités de cessation de la relation<sup>3886</sup> et des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne à réaliser<sup>3887</sup>, a expressément accepté ce risque de renégociation sous contrainte. Cependant, l'incidence de cette information est limitée. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer la persistance des relations fondées sur des successions de contrats à durée déterminée et du contentieux sur l'abus du droit de résiliation ou de non-renouvellement des contrats de distribution malgré l'introduction de l'obligation d'information précontractuelle en 1989<sup>3888</sup>. L'explication ne réside pas dans l'insuffisance de l'information délivrée. Quand bien même le fournisseur mettrait spécifiquement en garde le distributeur et

<sup>3883</sup> DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Préf. F. Collart Dutilleul et G. J. Martin, L'Harmattan, 1997, p. 86.

<sup>3884</sup> Com. 09/10/2007 : n° 05-14118, l'obligation d'information précontractuelle s'applique également « *à l'occasion du renouvellement, fût-il tacite* » – Com. 14/01/2003 : n° 00-11781 ; D. 2003, 2304, H. Kenfack et 2429, D. Ferrier ; JCP E 2004, 420, P. Neau-Leduc ; RDC 2003, 158, M. Béhar-Touchais. – Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 601.

<sup>3885</sup> La loi *Doubin* est ainsi parfois présentée comme traduisant une recherche de l'équilibre des capacités d'évaluation des risques du contrat par les parties visant à se substituer à un contrôle de l'équilibre des prestations (MARTIN (G. J.), *Le risque, concept méconnu du droit économique*, RIDE 2/1990, p. 173, n° 31 s.). – Sur la question de « *l'utilisation perversive de la fonction légitimatrice du consentement* » lorsqu'une personne accepte une offre « *dont le refus par son destinataire aurait été de nature à lui causer un préjudice* » : HYDE (M.-A.), *Les atteintes aux libertés individuelles par le contrat*, Thèse Paris 1, 2012, p. 133 s.

<sup>3886</sup> C. com. art. R. 330-1, le document d'information précontractuel doit comporter l'indication « *de la durée du contrat proposé, des conditions de renouvellement, de résiliation et de cession* » (6°) et du « *nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document* », préciser « *si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé* » (5°, c).

<sup>3887</sup> C. com. art. R. 330-1, al. dern., « *le document [d'information précontractuel] précise, en outre, la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat engage avant de commencer l'exploitation* ».

<sup>3888</sup> *Supra* n° 141, 675 s. et 680 s. – Rappr. : CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mél. G. Marty, Univ. Toulouse, 1978, p. 233 s., n° 9, constatant déjà, en 1976, « *la persistance du contentieux [du retrait de la concession exclusive] en dépit des positions claires et inébranlables de la Cour de cassation* » et concluant que « *bien qu'elles soient connues, les conséquences du contrat ne sont pas réellement acceptées, phénomène de rejet que le temps ne parvient pas à résorber. L'usager ne se résigne pas à l'injustice de la formule qui peut permettre à un fabricant de laisser à un distributeur la charge et les risques d'effectuer la pénétration commerciale et d'en recueillir exclusivement les fruits en recourant, lorsque son produit est lancé, à un mode de distribution directe* ».

soulignerait la précarité de sa situation, il n'est pas certain que cela ait une réelle influence sur la conclusion du contrat. En effet, la connaissance des modalités de cessation de la relation de distribution n'a que peu d'incidence sur sa naissance en raison de la psychologie des contractants lors de cette période.

**1032. Dissonance cognitive.** Les recherches en psychologie ont démontré que, lors d'une prise de décision, des aspects de la réalité étaient occultés, sous-estimés ou surestimés par les individus. Festinger a ainsi mis en évidence qu'une personne confrontée à des cognitions<sup>3889</sup> contradictoires (dissonantes) éprouvait un sentiment d'inconfort psychologique qu'il allait chercher à réduire et à ne pas augmenter en évitant les situations et informations susceptibles d'avoir ces effets<sup>3890</sup>. La théorie de la *dissonance cognitive* est devenue incontournable en psychologie sociale. Appliquée à l'entreprise, elle a permis de comprendre les aspects non rationnels des décisions des acteurs économiques et les déformations cognitives dont ils sont victimes<sup>3891</sup>.

**1033. Biais cognitifs.** De nombreux biais cognitifs conduisant à fausser la perception de la réalité ont ainsi progressivement été mis en évidence et notamment :

- le *bias de défense perceptive* qui consiste à se protéger contre une perception menaçante en minimisant les risques ;
- l'*illusion de contrôle* qui consiste à surestimer sa maîtrise d'un projet et donc à fausser son appréciation des risques<sup>3892</sup> ;
- le *bias de confirmation* qui consiste à accorder plus d'importance aux informations qui confirment ses décisions qu'à celles qui les remettent en cause<sup>3893</sup> ;
- l'*effet d'escalade de l'engagement* qui traduit le fait que plus un projet est avancé et a mobilisé des ressources financières et humaines importantes, plus l'acteur y renforce son engagement malgré la survenance d'informations négatives, aboutissant ainsi à une sorte de fuite en avant<sup>3894</sup>.

**1034. Application à la relation de distribution.** Au cours de la période de conclusion initiale d'un contrat de distribution visé par la loi *Doubin* comme la franchise, la concession ou la commission-affiliation, le distributeur, entrepreneur qui crée son entreprise en collaboration avec le fournisseur, se projette dans sa réussite. Il se place dans une perspective de coopération de longue durée et de confiance permanente avec le fournisseur dont il entend profiter de la notoriété des produits et services, du réseau et, le cas échéant, du savoir-faire. Cette projection est particulièrement présente dans la franchise, celle-ci étant généralement

---

<sup>3889</sup> La cognition est entendue par Festinger comme toute connaissance, opinion, croyance sur son environnement, soi-même ou le comportement d'autrui (FESTINGER (L.), *A theory of cognitive dissonance*, Stanford University Press, 1957, p. 3).

<sup>3890</sup> FESTINGER (L.), *A theory of cognitive dissonance*, Stanford University Press, 1957, p. 1 s., spec. p. 3, « *the existence of dissonance, being psychologically uncomfortable, will motivate the person to try to reduce the dissonance and achieve consonance* », « *when dissonance is present, in addition to trying to reduce it, the person will actively avoid situations and information which would likely increase the dissonance* ».

<sup>3891</sup> Y compris les mieux formés et informés. – Sur la question voir notamment : LAROCHE (H.) et NIOCHE (J.-P.), *L'approche cognitive de la stratégie d'entreprise*, Rev. fr. gest. 1/2006, p. 81 s. – DAUBERVILLE (B.), GILBERT (P.) et PIGEYRE (F.), *Les sciences humaines dans l'entreprise*, Economica, 1996, p. 29 s. – BARABEL (M.), et MEIER (O.), *Biais cognitifs du dirigeant, conséquences et facteurs de renforcement lors de fusions-acquisitions : synthèse et illustrations*, Finances Contrôle Stratégie, vol. 5, n° 1, 03/2002, p. 5 s.

<sup>3892</sup> BARABEL (M.), et MEIER (O.), *op. cit.*, p. 11 et 12, « *l'illusion de contrôle correspond à une surestimation par l'individu des chances de succès d'un projet porté par lui du fait de ses compétences, par rapport à ce qu'une évaluation statistique rationnelle pourrait garantir (Lejcourt 1973 ; Langer 1975). Elle est liée à l'exagération par le décideur de l'impact que ses actions peuvent avoir sur une situation aléatoire (Miller et Ross 1975) et à une stratégie de minimisation des facteurs contingents. Il en résulte un sentiment de confiance en soi inapproprié (Langer 1975 ; Das et Teng 1999)* » – DAUBERVILLE (B.), GILBERT (P.) et PIGEYRE (F.), *op. cit.*, p. 30.

<sup>3893</sup> DAUBERVILLE (B.), GILBERT (P.) et PIGEYRE (F.), *op. cit.*, p. 30.

<sup>3894</sup> *Ibid.*

analysée comme un mode de réitération d'une réussite commerciale<sup>3895</sup>. Le savoir-faire ayant, par définition, fait ses preuves<sup>3896</sup>, il apparaît comme une garantie de succès attestée par celle des membres du réseau.

Or, l'information précontractuelle légale interviendra généralement à la fin de ce projet de création ou reprise d'une activité de distribution, moins d'un mois avant la conclusion du contrat. En pratique, le fournisseur aura déjà communiqué des informations promouvant son réseau, un état du marché et le distributeur aura déjà monté son projet : il aura élaboré un *business plan*, obtenu un financement, trouvé un local, éventuellement démarché des entrepreneurs pour l'aménager, signé des promesses d'embauche, etc. L'information légale apparaît alors comme une simple formalité après ces étapes perçues comme bien plus importantes. Toute information qui remettrait en cause le projet fera donc naître une dissonance cognitive dans l'esprit du distributeur.

En effet, l'information ira alors à l'encontre du projet qu'il a élaboré et de son choix du fournisseur. De plus, le distributeur pourra difficilement envisager dès la conclusion du contrat, dès la création de son entreprise, l'échec de l'activité, de la collaboration et les risques d'abus de celui qui lui apparaît comme un partenaire de confiance ayant intérêt à une réussite commune et qui s'investit dans ce but<sup>3897</sup>. Il ne pourra croire que ce partenaire sera susceptible de remettre en cause la négociation initiale sous la menace d'une rupture ou en faisant un usage abusif de ses pouvoirs. Le risque envisagé est celui d'un échec de l'activité de distribution en raison des aléas du marché mais pas d'un échec provoqué par le fournisseur<sup>3898</sup>.

Pour mettre fin à cette dissonance cognitive, le distributeur pourra ne pas percevoir l'information négative comme le risque de non-renouvellement du contrat (biais de défense perceptive) ou se focalisera sur les informations confirmant son projet et sa perception (la réussite de certains membres du réseau, les perspectives du marché, la clause de renouvellement tacite, etc.) plutôt que sur celles faisant apparaître des risques de dépendance et des échecs de certains membres du réseau<sup>3899</sup> (biais de confirmation). Par ailleurs, il surestimera son influence sur la réussite du projet (biais d'illusion de contrôle). Les informations délivrées ne seront donc pas dissuasives. Elles le seront d'autant moins que l'information précontractuelle légale intervenant à la fin du projet de création ou reprise d'une activité de distribution, le biais de l'effet d'escalade de l'engagement jouera pleinement : le projet est tellement avancé et a mobilisé tant de moyens matériels et humains (élaboration du *business plan*, recherche du local, obtention des financements, etc.) que le candidat distributeur ne l'abandonnera pas suite à des informations négatives, surtout si elles se rapportent à des

---

<sup>3895</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 701, « le contrat de franchise est défini comme la convention par laquelle un franchiseur qui réussit dans une activité de distributeur notamment, permet à des franchisés de réitérer les éléments de cette réussite moyennant rémunération ».

<sup>3896</sup> Le savoir-faire est défini comme un ensemble d'informations « résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci » (Règl. UE n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010, art. 1, 1., g) – Sur la question : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 711 et 716 – SIMON (F.-L.), *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éd., 2009, n° 210.

<sup>3897</sup> A cet égard, il est parfois soutenu que le cocontractant qui fait légitimement confiance à son partenaire est dispensé de se renseigner. Le projet de réforme de la Chancellerie prévoit ainsi que l'obligation d'information s'impose lorsque « *légitimement, [le contractant] fait confiance à son cocontractant* » (art. 37).

<sup>3898</sup> Dans ce sens : DISSAUX (N.), *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle : pour quoi ? pour quoi ? comment ?*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 47 s., spéc. p. 61 : « un franchisé ne s'engage pas en prévoyant que son contrat ne sera pas renouvelé ».

<sup>3899</sup> Cela pourra le conduire à accorder peu d'importance, sinon ignorer, l'information sur « le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document [d'information précontractuelle] » (C. com. R. 330-1, 5°, c) ou a estimé que ces sorties du réseau sont dues à des situations ou raisons qui ne peuvent être transposées à sa situation.

risques à moyen ou long terme<sup>3900</sup>.

Ces phénomènes psychologiques sont certainement un élément d'explication de l'insuffisance de l'information précontractuelle pour faire cesser les rapports de distribution fondés sur des successions de contrats de courte durée ou sur des contrats à durée indéterminée librement résiliables malgré des dépenses ou investissements importants.

Par ailleurs, même si ces biais perceptifs traduisent une vision erronée de la réalité, une fausse représentation, ils ne seront pas pris en compte dans l'appréciation de l'erreur au sens de l'article 1110 du Code civil en raison de leur aspect trop subjectif. Ils renvoient en effet à des mécanismes de l'inconscient qui s'opposent à la rationalité supposée du sujet de droit et particulièrement du professionnel<sup>3901</sup>. Ainsi, on conçoit mal un professionnel obtenir l'annulation de son contrat pour erreur en soutenant devant un juge que même s'il a eu toutes les informations nécessaires au moment de l'engagement, son esprit a choisi d'en ignorer certaines et l'a poussé à prendre une décision qui lui est apparue seulement, *a posteriori*, irrationnelle lorsqu'il s'est trouvé en situation de faiblesse dans la renégociation de son contrat.

**1035. Conclusion.** Finalement, sans remettre en cause l'utilité de l'obligation d'information à la naissance de la relation de distribution, la psychologie permet d'expliquer ses limites dans la prévention des modifications unilatérales de l'équilibre initialement accepté et invite donc à s'interroger sur des mécanismes correctifs.

## ***2 – Les limites du vice de violence et de la police du contenu du contrat comme mécanismes correctifs***

**1036. Plan.** Dans le cadre d'une renégociation sous la crainte ou la menace d'une rupture de la relation, il peut être envisagé d'appliquer le vice de violence aux clauses qui seraient conclues sous cet empire (a) ou de les annuler indépendamment de tout vice du consentement en polissant le contenu du contrat (b). Ces deux mécanismes correctifs apparaissent cependant insuffisants.

### **a - Les limites du vice de violence**

**1037. Plan.** Le vice de violence existe en droit commun des contrats (a.1) et en droit des pratiques restrictives de concurrence (a.2).

#### **a.1 - Les limites du droit commun de la violence**

**1038. Présentation.** Dans le cadre d'une renégociation sous la crainte ou la menace d'une rupture de la relation, il est envisageable d'appliquer le vice de violence aux contrats, aux avenants, voire seulement à certaines clauses, conclus sous cet empire.

**Exemple.** Un tel raisonnement a été mis en œuvre par la cour d'appel de Paris en 1977<sup>3902</sup>. Un

---

<sup>3900</sup> Pour réduire cet effet, il pourrait être envisagé une information bien en amont du projet. Mais cela supposerait de communiquer un document précontractuel d'information et un projet de contrat avant toute entrée en pourparlers et de le les communiquer à nouveau à chaque modification du projet. Un tel dispositif serait extrêmement lourd.

<sup>3901</sup> Le droit de la consommation, parfois accusé d'infantiliser le consommateur peut s'analyser comme une prise en compte de ces biais.

<sup>3902</sup> Paris 27/09/1977 : D. 1978, 690, H. Souleau ; GP 1978.I.110, J. Guyenot ; RTD com. 1978, 595, J. Hémard.

concessionnaire automobile était engagé avec son concédant dans une relation fondée sur un contrat à durée déterminée d'un an renouvelable pour des périodes successives de douze mois devant faire l'objet d'une nouvelle négociation. Au terme d'une période, après une tentative de négociation et de multiples protestations, le concessionnaire avait fini par accepter un contrat prévoyant une augmentation de son quota de vente de 50 %, une réduction de son secteur géographique et l'implantation d'un nouveau concessionnaire dans sa zone. Suite à cette implantation, la concession est devenue déficitaire. La société concessionnaire a donc demandé la résiliation du contrat aux torts du concédant et des dommages et intérêts en soutenant qu'elle avait « dû accepter [...] contrainte et forcée » les nouvelles conditions contractuelles.

Après avoir qualifié la concession de contrat d'adhésion entre des entreprises au poids économique très différent<sup>3903</sup>, la cour a jugé que « le refus par [le concessionnaire] de signer le contrat tel qu'il avait été rédigé par la société [concedante] aurait entraîné son exclusion immédiate du réseau de distribution ; qu'aucune reconversion n'étant possible à cette période de l'année, une telle décision l'eût amené à fermer son entreprise sans pouvoir utiliser son stock de pièces de rechange, ni tenir ses engagements à l'égard de son personnel et en subissant des pertes considérables » si bien que la société concessionnaire, « après avoir insisté pour obtenir des conditions moins rigoureuses a[vait] finalement accepté de souscrire l'engagement litigieux [...] pour échapper au mal considérable que représentait pour elle la fermeture immédiate de son entreprise ; qu'elle a dû subir comme une nécessité la convention que la société [concedante], abusant de sa force économique contraignante, lui a imposé ». Elle en a déduit l'absence de consentement libre aux nouvelles conditions et a ajouté « que le contrat de concession exclusif, même s'il n'est pas d'intérêt commun, est une convention complexe réglant les modalités d'une collaboration économique entre le concédant et le concessionnaire et exigeant de ce dernier des investissements mobiliers et immobiliers importants, ainsi que des dépenses de publicité et de formation de personnel, nécessitant pour être amortis une certaine stabilité des relations contractuelles entre les deux partenaires » si bien que « la contrainte exercée par [le concédant] pour imposer [au concessionnaire] [...] des modalités de renouvellement que celui-ci ne pouvait librement accepter [...] était] d'autant plus abusive, que le concessionnaire avait dû [...] à la demande de son cocontractant procéder à des investissements considérables pour conserver la concession ».

La Cour de cassation a cependant cassé cette décision en reprochant à la cour d'appel d'avoir caractérisé le vice de violence économique « sans préciser en quoi les agissements de la société étaient illégitimes »<sup>3904</sup>.

**1039. Admission de la violence économique.** Depuis, la violence économique a suscité un regain d'intérêt car la Cour de cassation a jugé en 2000 que « la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion »<sup>3905</sup> et admis ensuite que « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement »<sup>3906</sup>. La jurisprudence pourrait être consacrée par la loi puisque le

---

<sup>3903</sup> La cour a jugé que « les deux partenaires au contrat de concession de vente d'automobile ne sont pas placés sur un pied d'égalité du fait, à l'égard du concédant, de la sujétion économique du concessionnaire, actuellement privé dans notre droit positif de toute protection légale ; que les premiers juges ont à bon droit qualifié une telle convention de contrat d'adhésion entre une entreprise puissante et un concessionnaire d'un poids économique incomparablement plus faible ».

<sup>3904</sup> Com. 20/05/1980 : n° 78-10833 ; B. n° 212.

<sup>3905</sup> Civ. 1 30/05/2000 : n° 98-15242 ; B. n° 169 ; D. 2000, 879, J.-P. Chazal ; D. 2001, 1140, D. Mazeaud ; JCP 2001.II.10461, G. Loiseau ; JCP E 2001, 571, R. Secnazi ; CCC 2000, 142, L. Leveneur ; Defr. 2000, 1124, P. Delebecque ; PA 22/11/2000, 18, S. Szames ; RTD civ. 2000, 827, J. Mestre et B. Fages et 863, P.-Y. Gautier ; PA 11/04/2001, 17, L. Belmonte.

<sup>3906</sup> *Supra* n° 45.



projet de réforme du droit des contrats prévoit qu' « *il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* »<sup>3907</sup>. Cependant, même consacrées par la loi, ces règles pourront difficilement protéger le distributeur.

**1040. Conditions difficiles à prouver.** La violence économique, telle qu'entendue par la jurisprudence, suppose la preuve d'un état de contrainte économique ou de dépendance économique d'un des contractants à l'égard de l'autre, d'une crainte d'un mal menaçant directement des intérêts légitimes du contractant subissant la contrainte ou la dépendance et enfin d'une exploitation abusive de cet état.

Ces conditions sont très difficiles à établir.

Tout d'abord, les états de contrainte économique ou de dépendance économique ne sont pas définis. À l'égard d'un distributeur, un arrêt s'est orienté vers la notion de dépendance économique retenue par les pratiques anticoncurrentielles et qui suppose donc une absence de solution équivalente sur le marché<sup>3908</sup>. Or l'appréciation de la jurisprudence est, pour l'instant, restrictive sur cette condition : elle ne prend pas suffisamment en compte le coût transition d'une solution à une autre et la virtualité des solutions alternatives car si un fournisseur équivalent existe sur le marché, il n'est pas certain qu'il souhaite augmenter le nombre de distributeurs de son réseau, en particulier s'il en possède déjà un dans la zone de chalandise considérée et lui a accordé une exclusivité<sup>3909</sup>. La notion d'*état de nécessité* proposée par le projet de réforme n'est pas nécessairement plus accueillante puisqu'elle provient du droit pénal qui l'entend très restrictivement<sup>3910</sup>.

Ensuite, pour la jurisprudence, le vice de violence suppose la démonstration de la crainte d'un mal menaçant directement des intérêts légitimes du contractant. Or, la préservation de ses investissements par le distributeur est un intérêt dont la légitimité n'est pas évidente. En effet, s'il a consenti à un contrat à durée indéterminée librement résiliable ou à un contrat à durée déterminée, le juge estimera-t-il que son maintien ou renouvellement le temps nécessaire à l'amortissement est légitime ? Le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée et la résiliation d'un contrat à durée indéterminée sont analysés par la jurisprudence comme des libertés dont l'exercice ne saurait être, en lui-même, abusif<sup>3911</sup>. Il n'est donc pas évident que la menace de l'exercice de telles libertés puisse être qualifiée d'illégitime et, par suite, leur crainte de légitime. Le projet de réforme prévoit d'ailleurs que « *la menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence* » sauf lorsqu'elle « *est détournée de son but ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif* »<sup>3912</sup>.

Par ailleurs, le distributeur devra encore prouver l'existence d'une menace ou d'une crainte s'exerçant au moment du consentement. Or, la crainte étant un élément psychologique et la menace pouvant n'avoir été

---

<sup>3907</sup> Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, art. 1142. — Sur la question : BOFFA (R.), *La validité du contrat*, GP 30/04/2015, p. 18 s., n° 15 — CHAZAL (J.-P.), *Violence économique ou abus de faiblesse ?*, D&P/10/2014, p. 47 s. — BARBIER (H.), *Le vice du consentement pour cause de violence économique*, D&P/10/2014, p. 50 s.

<sup>3908</sup> Dans ce sens : Com. 09/10/2007 : n° 06-16744, en retenant « *que la société TRW ne démontrait pas qu'elle ne pouvait s'approvisionner qu'auprès de la société CTPA et aurait été contrainte par sa dépendance de consentir un avantage excessif à celle-ci, la cour d'appel, qui ne s'est pas bornée à relever que l'engagement litigieux avait été souscrit sans violence, a légalement justifié sa décision* ».

<sup>3909</sup> *Supra* n° 364 s.

<sup>3910</sup> Sur l'appréciation stricte de l'état de nécessité en droit pénal : BOULOC (B.), *Droit pénal général*, 23<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 426 s.

<sup>3911</sup> *Supra* n° 675 s. et 680 s.

<sup>3912</sup> Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, art. 1140. — Sur la difficulté de prouver le caractère manifestement excessif : *infra* n° 1045.

que verbale<sup>3913</sup>, la preuve n'est pas évidente.

Enfin, le distributeur devra établir une exploitation abusive de cette crainte ou menace. En effet, l'existence d'une situation économique de contrainte ou dépendance ne peut, en elle-même, vicier le consentement de toute personne qui contracterait sous son empire. Transposé au droit de la concurrence, le raisonnement conduirait à annuler tous les contrats passés avec une entreprise en position dominante. La contrainte ou la situation de dépendance ne sont pas visées mais seulement l'abus qui peut en résulter. Lorsque celui-ci est apprécié au regard des finalités de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles – garantir une concurrence effective sur le marché – il présente une objectivité relative<sup>3914</sup>. Mais lorsqu'il est apprécié indépendamment du marché, dans une relation entre un fournisseur et un distributeur, son critère est très incertain. Ainsi, il n'est pas évident qu'il puisse être déduit de la seule modification du contrat dans un sens défavorable au distributeur. En effet, une partie de la doctrine souligne que la recherche d'un profit, même au détriment d'autrui, n'est pas, en lui-même, abusif dans une économie libérale<sup>3915</sup>. Des auteurs estiment qu'il devrait être déduit de la démonstration que les nouvelles conditions contractuelles n'auraient pu être obtenues en l'absence de contrainte ou de dépendance économique<sup>3916</sup>, ce que le projet de réforme semble consacrer<sup>3917</sup>. Cependant, une telle démonstration est très difficile et sa réception dépendra de l'appréciation du juge saisi<sup>3918</sup>. Or, à cet égard, certaines décisions de la Cour de cassation peuvent décourager le distributeur puisqu'elle a déjà jugé que « *la proposition de nouvelles conditions contractuelles, fussent-elles inacceptables pour l'ancien [distributeur], ne peut à elle seule constituer un [...] abus* » et que n'étaient pas abusives la résiliation d'un contrat de location-gérance suite au refus du locataire-gérant d'accepter une augmentation de redevance de 25 % ou la résiliation d'un contrat de concession suite au refus du concessionnaire d'accepter une modification des conditions de la collaboration en sa défaveur<sup>3919</sup>.

Une partie de la doctrine soutient néanmoins que des incriminations précises rendent possibles des stratégies de contournement alors que « *le caractère imprécis de l'abus présente l'avantage d'englober un maximum de situations* »<sup>3920</sup>. Le revers de ce caractère englobant est cependant l'impossibilité de connaître quelles conditions sont abusives sans engager une action en justice potentiellement longue et coûteuse. Or, l'incertitude n'encourage pas l'action en justice et le bilan jurisprudentiel de la violence économique de droit commun en atteste : elle n'a été invoquée devant la Cour de cassation que 18 fois en 15 ans et n'a été admise

---

<sup>3913</sup> V. par ex. : Com. 09/12/2008 : n° 06-21772, « *la caution ne rapportait pas la preuve que la société Volkswagen l'ait menacée de procéder à la résiliation immédiate des contrats de concession ni qu'elle ait rompu ses approvisionnements dans les jours suivant la signature de son engagement* ».

<sup>3914</sup> Les abus seront caractérisés dès que les pratiques « *ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* » (C. com. art. L. 420-1, L. 420-2 sur renvoi).

<sup>3915</sup> Dans ce sens : GHESTIN (J.), *L'indétermination du prix entre passé et avenir*, PA 06/03/1996, p. 19 s., n° 30.

<sup>3916</sup> Dans ce sens : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 1498, « *En soi [...] la contrainte économique est juridiquement neutre ; sa perception comme vice de violence vient de ce qu'elle est dévoyée pour le gain d'un contrat que la partie qui la subit n'aurait pas, dans d'autres circonstances, consenti* ».

<sup>3917</sup> Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, art. 1142, « *une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* ».

<sup>3918</sup> Dans ce sens : STOFFEL-MUNCK (P.), *Autour du consentement et de la violence économique*, RDC 2006, p. 45 s. qui conclut que l'exploitation abusive est « *d'une prévisibilité proportionnée à la personnalité du juge saisi* ».

<sup>3919</sup> *Supra* n° 680.

<sup>3920</sup> Dans ce sens : CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 549, « *l'abus ne peut être défini précisément. C'est là son principal atout. Le contractant commet un abus lorsqu'il s'éloigne des « bonnes pratiques contractuelles », c'est-à-dire d'une « normalité comportementale » qu'il conviendra au juge d'établir in concreto, en fonction de l'espèce qui lui est soumise. Le caractère imprécis de l'abus n'est pas une faiblesse mais une force. L'erreur serait de vouloir définir trop strictement les termes du contrôle* ».

qu'une seule fois<sup>3921</sup>.

**1041. Sanctions inadaptées.** Par ailleurs, si la violence est admise, elle entraîne, en principe, la nullité de l'engagement ou des dommages et intérêts<sup>3922</sup>.

Lorsque la relation était fondée sur un contrat à durée indéterminée, la nullité paraît, *a priori*, une sanction adaptée puisqu'elle anéantit l'avenant et conduit donc au maintien des conditions antérieures qui avaient été librement consenties. Mais lorsque la relation était fondée sur un contrat à durée déterminée, la nullité conduirait à anéantir le nouveau contrat conclu alors que l'ancien est arrivé à expiration, c'est-à-dire à faire cesser la relation de distribution, ce qui est justement le mal craint par le distributeur et qui l'avait amené à accepter les conditions du nouveau contrat. L'action en violence suppose donc des situations absurdes : un distributeur craignant la rupture de sa relation agit en nullité du contrat la prolongeant ou seulement pour obtenir des dommages et intérêts sans demander l'anéantissement des conditions contractuelles abusives.

Comme le remarquent Madame Béhar-Touchais et Monsieur Virassamy, si la nullité totale « *a la vertu d'éliminer un contrat déséquilibré [...] elle est uniquement destructrice (et les comptes à faire entre les parties ont été parfois sources d'un inépuisable contentieux) [...] [et] ne peut pas en tout cas créer l'équilibre. Dès lors, tout naturellement, elle conduit le distributeur à ne pas l'invoquer, tant qu'il entend encore tirer un bénéfice du contrat même déséquilibré qu'il a conclu. Il ne demandera la nullité le plus souvent qu'une fois le contrat résilié par exemple à ses torts. Mais dans ce cas, la nullité est elle-même détournée de sa finalité, car elle ne sert qu'à supprimer un déséquilibre qui a déjà cessé* »<sup>3923</sup>. On pourrait néanmoins imaginer limiter la nullité aux seules clauses du nouveau contrat différant de manière abusive des précédentes<sup>3924</sup>, cela aboutirait alors à une sorte de renouvellement forcé aux conditions antérieures assez peu compatible avec la liberté de ne pas conclure un contrat.

**1042. Action risquée.** Enfin, l'engagement d'une l'action fera entrer la relation dans un mode conflictuel et pourra donc amener le fournisseur à résilier le contrat ou à ne pas le renouveler, ce qui était justement l'événement redouté par ce dernier puisqu'il ne pourra rentabiliser ses dépenses, investissements et son effort de création, développement ou maintien de la clientèle. Sachant que le fournisseur n'a pas à motiver ou justifier la résiliation ou le non-renouvellement du contrat de distribution ou la cessation des approvisionnements et ne peut donc engager sa responsabilité sur les raisons de la rupture de la relation<sup>3925</sup>, il pourrait avoir intérêt à y procéder pour éliminer un distributeur rebelle, dissuader les actions que pourraient envisager d'autres distributeurs<sup>3926</sup> ou encore limiter les conséquences de l'action en violence<sup>3927</sup>.

---

<sup>3921</sup> *Supra* n° 45.

<sup>3922</sup> Sur la question : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 250 – GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 1484.

<sup>3923</sup> BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 28.

<sup>3924</sup> *Contra* : CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996, n° 315, soutenant qu'« ou bien la violence a été suffisamment grave et illégitime pour vicier le contrat, et dans ce cas il doit disparaître dans son intégralité, ou bien cela n'a pas été le cas, et il semble difficile d'affirmer que le défaut de consentement ne peut à la fois avoir consenti librement et ne pas avoir consenti librement dans un même contrat ! » mais n'envisageant pas spécifiquement l'hypothèse du renouvellement.

<sup>3925</sup> *Supra* n° 675 s., 680 s. et 685 s.

<sup>3926</sup> La Cour de cassation a d'ailleurs déjà jugé qu'était valable et non abusif le non-renouvellement d'un contrat de distribution par une société concédante pour « faire [...] un exemple visant à montrer au sein de son réseau qu'elle était déterminée à sanctionner ceux de ses revendeurs qui procéderaient » à certaines pratiques commerciales (Com. 04/01/1994 : n° 91-18170 ; B. n° 13 ; D. 1995, 355, G. Virassamy ; RTD civ. 1994, 352, J. Mestre ; JCP 1994.I.3757, n° 10, C. Jamin).

**1043. Conclusion.** Finalement, le vice de violence économique n'apparaît pas susceptible de protéger efficacement le distributeur contre une renégociation sous contrainte des conditions de la relation de distribution. Le droit spécial de la violence économique n'est pas plus adapté.

## **a.2 - Les limites du droit spécial de la violence économique**

**1044. Présentation.** Pour les professionnels, le législateur a spécifiquement envisagé l'hypothèse de négociations ou renégociations sous la menace d'une rupture. Ainsi, en application de l'article L. 442-6, I, 4° du Code de commerce, « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou [...] [artisan] 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* ».

**1045. Conditions restrictives.** Ce texte souffre d'insuffisances comparables à la violence économique de droit commun et apparaît, de surcroît, beaucoup plus restrictif.

En effet, l'existence d'une crainte de rupture est insuffisante, une menace étant également requise. De surcroît, cette menace ne doit pas porter sur une simple rupture mais sur une rupture brutale. Or, s'il est déjà difficile, voire impossible, de démontrer une menace de rupture, celle-ci étant rarement mise par écrit<sup>3928</sup>, il est encore plus ardu de démontrer une menace de rupture *brutale*.

De plus, par cette exigence, le texte légitime les renégociations sous menace d'une rupture non brutale<sup>3929</sup>. Or, la brutalité consistant à ne pas respecter un préavis tenant compte de la durée de la relation et des usages du commerce<sup>3930</sup>, un fournisseur peut parfaitement renégocier les conditions de la relation à l'issue d'un premier contrat à durée déterminée d'une année sous la menace d'une rupture moyennant un préavis de six mois, voire d'une année, sans courir un risque important de tomber sous le coup de la loi<sup>3931</sup>. Le distributeur ayant réalisé des investissements importants qui ne peuvent être amortis dans une durée inférieure à cinq années sera ainsi contraint d'accepter ces nouvelles conditions.

Par ailleurs, une menace de rupture brutale est, à l'instar de la contrainte ou de la dépendance économique, insuffisante à engager la responsabilité du fournisseur car il faut nécessairement qu'elle ait permis d'obtenir des conditions « *manifestement abusives* ». La condition est à cet égard plus rigoureuse que

---

<sup>3927</sup> Sans rupture, la nullité aura des effets sur la période courant de la date de conclusion du contrat renégocié à la date de décision du juge alors que si une résiliation ou un non-renouvellement est intervenu avant l'issue de l'action, les effets de la nullité s'arrêteront à la date de rupture.

<sup>3928</sup> Dans ce sens : PETIT (S.), *Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une brusque rupture des relations commerciales*, D. 2010, p. 1813 s., n° 15 s., « *sauf pour leur auteur à avoir le goût du risque, il est en effet patent de constater que les menaces de rupture des relations commerciales seront bien plus souvent sous-entendues que consignées par écrit ! Les menaces seront donc, dans la majeure partie des cas, purement verbales. Le chantage pourra d'ailleurs être soit simplement sous-entendu mais suffisamment explicite pour être perçu par son destinataire, soit clairement énoncé lors des différentes discussions qui auront lieu au cours des négociations. Dès lors, et quand bien même la preuve peut être rapportée au moyen de témoignages, d'indices ou de présomptions, le fait que les menaces soient le plus souvent verbales risque d'en rendre la preuve impossible* ».

<sup>3929</sup> V. par ex. : Paris 19/01/2012 : n° 09/23057, jugeant que si le fournisseur a manifestement voulu faire pression sur son cocontractant, il l'a menacé, non de rupture brutale ou partielle des relations, mais seulement de ne pas livrer, étant précisé qu'aucune disposition contractuelle ne lui interdisait d'interrompre les livraisons en cas de désaccord sur un ajustement de prix. – Rennes 21/06/2011 : n° 10/03680. – Sur la question : PETIT (S.), *op. cit.*, n° 12.

<sup>3930</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 5° – *Infra* n° 1131.

<sup>3931</sup> *Supra* n° 614 s.

pour la violence économique de droit commun puisque l'abus doit, en plus, être manifeste<sup>3932</sup>. Sachant que la jurisprudence a estimé qu'une augmentation de redevance de 25 % n'était pas simplement abusive<sup>3933</sup>, on peut se demander à partir de quel degré la modification des conditions est manifestement abusive. Les chances de succès du distributeur seront encore plus incertaines que pour la violence de droit commun, ce qui l'encouragera d'autant moins à agir sur le fondement du texte spécial. Si avec l'attribution du contentieux à un nombre limité de juridictions<sup>3934</sup> le justiciable peut espérer une certaine convergence du contenu, celui-ci restera toujours tributaire des espèces et susceptible d'évolution. La possibilité d'une action publique n'y change pas grand-chose car l'État ne peut connaître de toutes les relations de distribution, agir systématiquement à la place des distributeurs, obtenir des décisions plus rapides et éviter les ruptures à la suite des remises en cause des nouvelles conditions de la relation.

**1046. Action risquée.** En effet, comme pour la violence économique de droit commun, les seules sanctions proposées au distributeur sont l'engagement de la responsabilité du fournisseur et peut-être la nullité des nouvelles conditions<sup>3935</sup>, sans aucune garantie de poursuite de la relation<sup>3936</sup> et donc de rentabilisation des dépenses et investissements.

**1047. Conclusion.** En raison de ces insuffisances, le droit spécial de la violence économique a connu le même échec que le droit commun : il est très peu invoqué et donne rarement lieu à une condamnation<sup>3937</sup>.

Un constat d'échec similaire avait conduit le législateur à abandonner la prohibition, au titre des pratiques restrictives de concurrence, de l'abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente par soumission à des conditions commerciales ou obligations injustifiées, pour la remplacer par une prohibition du fait de « *soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »<sup>3938</sup>. Le législateur a ainsi choisi, plutôt que de conditionner la sanction des conditions abusives à la démonstration d'une violence économique, de s'intéresser directement au contenu du contrat en présupposant que ces conditions abusives sont nécessairement l'effet d'une situation de contrainte ou de dépendance<sup>3939</sup>.

## **b - Les limites de la police du contenu du contrat**

**1048. Présentation.** La protection du distributeur contre les modifications, sous la crainte ou la menace d'une rupture, des conditions de la relation initialement négociées ou acceptées, peut passer par une police

---

<sup>3932</sup> Dans ce sens : PETIT (S.), *op. cit.*, n° 11.

<sup>3933</sup> *Supra* n° 680.

<sup>3934</sup> C. com. art. L. 442-6, III. et D. 442-3 et 4.

<sup>3935</sup> Soutenant que la nullité est réservée au Ministre : MATHEY (N.), note ss Bordeaux 27/03/2014, CCC 2014, 223.

<sup>3936</sup> Rappr. : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 360, constatant que « *généralement la victime se garde d'agir, afin de préserver l'avenir de ses relations commerciales avec l'auteur de l'abus* ».

<sup>3937</sup> Les bilans des décisions judiciaires établis par la Faculté de droit de Montpellier font apparaître qu'en 10 années (01/01/2004 au 31/12/2013), le texte n'a été invoqué que 22 fois dont seulement 7 fois avec succès.

(<http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission-0>, consulté le 10/12/2014).

<sup>3938</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 2° – *Supra* n° 369.

<sup>3939</sup> Le droit de la consommation a connu une évolution similaire : le législateur avait initialement conditionné la prohibition des clauses abusives au fait que celles-ci soient imposées par « *un abus de la puissance économique de l'autre partie* » (loi n° 78-23 du 10/01/1978, art. 35) mais l'a supprimée en 1995 (loi n° 95-96 du 01/02/1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial) préférant sanctionner directement « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, [...] les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » (C. conso. art. L. 132-1). Les « *circonstances qui entourent [la] conclusion* » du contrat doivent simplement être prises en compte (C. conso. art. L. 132-1).

du contenu du contrat, c'est à dire une prohibition directe des conditions contractuelles abusives. Si cette technique n'empêche pas une renégociation des conditions de la relation, elle borne ses conséquences en privant d'effet certaines modifications.

**1049. Plan.** Cette police du contenu du contrat peut s'opérer à partir d'un standard juridique laissant ainsi aux juges le soin de déterminer les clauses qui doivent être éliminées ou modifiées (b.1). Le législateur peut également, lui-même ou par délégation, prévoir une liste de clauses ou pratiques à neutraliser (b.2). Ces deux formes de police présentent cependant des limites qui réduisent leur efficacité et pertinence.

### **b.1 - Les limites de la police du contenu du contrat par un standard juridique**

**1050. Droit commun.** Le Code civil a toujours offert au juge divers standards juridiques lui permettant de modifier le contenu d'un contrat tel qu'il est exprimé dans l'*instrumentum*.

Le juge peut tout d'abord procéder à l'interprétation de l'*instrumentum* en se référant à la commune intention des parties, au *negocium*. Il est admis que l'exigence d'une exécution de bonne foi des conventions<sup>3940</sup> ou les guides d'interprétation des articles 1156 et suivants du Code civil<sup>3941</sup> autorisent le juge à ne pas s'arrêter à la lettre du contrat. Sous couvert d'interprétation de la volonté des parties, le juge peut ainsi modifier le contenu formel du contrat pour privilégier ce qu'il considère être son contenu substantiel<sup>3942</sup>.

Sans se référer à la volonté des parties, le juge peut également donner un contenu aux standards d'ordre public<sup>3943</sup> et de bonnes mœurs<sup>3944</sup> et, par suite, annuler, sur le fondement de la cause, certaines clauses du contrat qui y contreviendraient<sup>3945</sup>. De la même manière, il peut compléter le contrat en donnant un contenu au standard d'équité prévu à l'article 1135 du Code civil<sup>3946</sup>.

La jurisprudence a fait un usage limité de ces standards et, en particulier, a refusé de procéder à un contrôle général de l'équilibre ou de l'équivalence entre les obligations des parties<sup>3947</sup>. En effet, le Code civil ne pose aucune exigence générale d'un tel équilibre : il se contente d'exiger une cause aux obligations<sup>3948</sup> et précise que « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines*

---

<sup>3940</sup> C. civ. art. 1134, al. 3 – Sur la critique de la bonne foi comme norme d'interprétation, de détermination du contenu du contrat : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, LexisNexis, 2014, n° 431. – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 439. – V. également : MARTEL (D.), *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, Préf. P. Stoffel-Munck, Bibl. IRJS, t. 34, IRJS éd., 2012, n° 532 s.

<sup>3941</sup> C. civ. art. 1156, « *on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.* » et art. 1160, « *n doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.* » (à rapprocher de l'article 1135 « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* »).

<sup>3942</sup> Sur la question : TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 448 s. – LARDEUX (G.), *En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique*, in *L'équilibre du contrat*, dir. G. Lardeux, PUAM, 2012, p. 59 s., p. 64 s.

<sup>3943</sup> Sur ce standard : GHESTIN (J.), *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, in *Les notions à contenu variable en droit*, dir. C. Perelman et R. Vander Elst, Bruylant, 1984, p. 77 s.

<sup>3944</sup> Sur ce standard : PIGNARRE (G.), *Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ?* « *Presque rien ou presque tout ?* », RDC 2005, p. 1290 s.

<sup>3945</sup> C. civ. art. 1133, « *la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.* » et 1131 « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* » – Sur l'utilisation de la cause comme moyen de rééquilibrer le contrat en anéantissant certaines clauses : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 320 s. et 350 – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 342 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 623.

<sup>3946</sup> C. civ. art. 1135, « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* » – Sur la question, voir notamment : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 427 – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 453 et 461 – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *op. cit.*, n° 774 s.

<sup>3947</sup> Sur la question : MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 307 s. – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 302-1 s.

<sup>3948</sup> C. civ. art. 1131 « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

personnes »<sup>3949</sup>. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé que « *la bonne foi [...] ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenues entre les parties* »<sup>3950</sup>.

La volonté interne des parties étant, par définition, inaccessible au juge, il s'attache à la lettre du contrat et ne s'autorise que des modifications à la marge, lorsque la volonté déclarée est obscure, absente ou totalement contradictoire. Ainsi, on imagine mal un juge décider que si le contrat a été conclu pour une durée déterminée de 2 années, la commune intention des parties était de le conclure pour une durée de 10 années correspondant à la durée de rentabilisation des investissements ou encore que, si les parties n'ont pas prévu ou même ont exclu toute indemnité de résiliation de leur contrat à durée indéterminée, leur commune intention était, en réalité, de prévoir une telle indemnité.

Prenant acte de l'insuffisance du droit commun et de l'échec de la prohibition des abus de relation de dépendance ou de puissance<sup>3951</sup>, le législateur a introduit en 2008<sup>3952</sup> dans les pratiques restrictives de concurrence, un nouveau standard juridique dont la généralisation à l'ensemble des contrats est envisagée<sup>3953</sup> et qui permet au juge de modifier leur contenu s'il l'estime significativement déséquilibré.

**1051. Droit de la concurrence.** Ainsi, dans le cadre des relations entre professionnels, il est prévu qu' « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait [...] de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »<sup>3954</sup>. Inspiré du droit de la consommation, ce texte introduit un contrôle des clauses abusives entre professionnels<sup>3955</sup>.

Il n'exige pas un parfait équilibre entre les droits et obligations des parties mais l'absence de soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif. Son application suppose ainsi, *a priori*, la réunion de trois conditions : un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, un caractère significatif à ce déséquilibre et que l'origine de ce déséquilibre soit le résultat d'une soumission<sup>3956</sup>. Il peut aboutir à une mise en jeu de la responsabilité du fournisseur et, peut-être, à la nullité de la clause<sup>3957</sup>.

---

<sup>3949</sup> C. civ. art. 1118 s. – La jurisprudence s'est cependant accordée, en introduisant le standard de l'exagération, le pouvoir de réduire les honoraires exagérés qui n'ont pas été versés en connaissance du travail effectué (v. par ex. : Civ. 1 03/06/1986 : n° 85-10486 ; B. n° 150 : JCP 1987.II.20791, A. Viandier, « *les tribunaux peuvent, quand une convention a été passée en vue de l'exécution de travaux donnant lieu à honoraires, réduire ces derniers lorsqu'ils paraissent exagérés, pourvu qu'ils n'aient pas été versés en connaissance du travail effectué et après service fait* »). Mais il s'agit en réalité d'un contrôle d'un déséquilibre créé par l'exécution du contrat et non d'un contrôle de l'équilibre initial du contrat. – Sur la question d'une généralisation du contrôle de la lésion : CHANTEPIE (G.), *La lésion*, Préf. G. Viney, BDP, t. 470, LGDJ, 2006.

<sup>3950</sup> Civ. 3 09/12/2009 : n° 04-19923 ; B. n° 275 ; D. 2010, 476, J. Billefont – Com. 10/07/2007 : n° 06-14768 ; B. n° 188 ; D. 2007, 2839, P. Stoffel-Munk et 2844 P.-Y. Gautier ; JCP 2007.II.10154, D. Houtcieff ; CCC 2007, 294, L. Leveneur ; Defr. 2007, 1454, E. Savaux ; RDC 2007, 1107, L. Aynès et 1110, D. Mazeaud ; RTD civ. 2007, 773, B. Pages.

<sup>3951</sup> *Supra* n° 369.

<sup>3952</sup> Loi n° 2008-776 du 4/08/2008 de modernisation de l'économie, art. 22.

<sup>3953</sup> Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats prévoit qu' « *une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* » et que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* » (art. 77).

<sup>3954</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 2°. – Sur ce texte : *supra* n° 566.

<sup>3955</sup> Ce contrôle avait déjà été proposé dans les contrats de distribution par Monsieur Licari, en s'inspirant du droit allemand : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 350 s. – LICARI (F.-X.), *Quelques réflexions et propositions au sujet des clauses « déraisonnables » ou « abusives » dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes*, in Mél. P. Le Tourneau, D. 2008, p. 655 s.

<sup>3956</sup> Sur la question : *supra* n° 370.

<sup>3957</sup> Il existe une incertitude sur la possibilité de la victime de demander la nullité (MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 271). En effet, à la différence du droit de la consommation qui précise que « *les clauses abusives sont réputées non écrites* » (C. conso. art. L. 132-1, al. 6), le Code de commerce a seulement prévu que la pratique « *engage la responsabilité de son auteur* » (art. L. 442-6, I) et que « *le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques [...] [et] faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites* » (art. L. 442-6, III) – Soutenant que la victime ne peut demander la nullité : MATHEY (N.), note ss Paris 07/06/2013, CCC 20013, 208 – *Contra* : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 360, soutenant que la

Le projet de réforme du droit des contrats prévoit de généraliser la règle en l'introduisant dans le Code civil mais en abandonnant, au passage, l'exigence d'une soumission, les déséquilibres sur l'adéquation du prix à la prestation et en prévoyant expressément la nullité des clauses entraînant le déséquilibre<sup>3958</sup>. De *lege lata*, la soumission est parfois rapidement retenue par les juges, avec l'approbation de la Cour de cassation<sup>3959</sup>, ce qui place le débat directement sur le contenu du contrat, indépendamment de l'origine du déséquilibre<sup>3960</sup>.

**1052. Limites.** Cependant, le critère du déséquilibre significatif n'est pas plus objectif et déterminé que celui des « *conditions manifestement excessives* » ou que celui de l'« *exploitation abusive* » d'un état de dépendance<sup>3961</sup>. Les limites constatées à propos de l'appréciation de l'abus dans le droit de la violence économique se retrouvent car elles tiennent à l'utilisation d'un standard juridique. En effet, si les standards juridiques apportent une souplesse au système juridique et permettent d'appréhender potentiellement toutes les situations, indéterminés par nature<sup>3962</sup>, ils ne mettent pas en mesure le justiciable de connaître le contenu de la norme en prenant connaissance de la loi, ni de l'anticiper puisqu'il dépendra de l'appréciation du juge saisi dans l'espèce considérée.

Par ailleurs, lorsqu'une personne a besoin de la poursuite d'une relation, même devenue déséquilibrée, elle n'agira pas car elle prendrait alors le risque qu'elle soit rompue<sup>3963</sup>. Ainsi, un distributeur tributaire de la poursuite de la relation pour rentabiliser ses dépenses ou investissements, n'engagera pas une telle action. Il ne prendra pas non plus le risque de refuser de conclure ou d'exécuter les nouvelles conditions contractuelles du fournisseur, tant que celles-ci ne mettent pas totalement en péril son activité. Par conséquent, seules les conditions rendant l'exploitation durablement déficitaires seront susceptibles d'être attaquées en justice et l'activité aura généralement pris fin lorsqu'une décision sera rendue.

**1053. Conclusion.** Un dispositif de contrôle de l'équilibre du contrat par le juge à partir d'un standard juridique est donc condamné à une application limitée et n'est pas en mesure de garantir un équilibre.

Il peut alors sembler plus efficace de prévoir, à l'instar du droit de la consommation, une liste de clauses réputées non-écrites. Un tel système comporte cependant également des limites importantes.

---

nullité présente un caractère absolu. – Retenant la nullité sans action du ministre : Paris 07/06/2013 : JurisData n° 2013-012615 ; CCC 20013, 208, N. Mathey – Rouen 12/12/2012 : JurisData n° 2012-033564 ; CCC 2013, 117, N. Mathey.

<sup>3958</sup> Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats prévoit qu'« *une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.* »

*L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.* » (art. 1169).

Sur la question : BICHERON (F.), *N'abusons pas de la clause abusive*, GP 30/04/2015, p. 24 s. – CHANTEPIE (G.), *La réforme en pratique. Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats*, AJCA 03/2015, p. 3 s. – DISSAUX (N.), *Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte*, D&P 10/2014, p. 53 s. – STOFFEL-MUNCK (P.), *Les clauses abusives : on attendait Grouchy...*, D&P 10/2014, p. 56 s. – AMARO (R.), *Le déséquilibre en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation*, CCC 2014, étude 8.

<sup>3959</sup> Sur la question : *supra* n° 370.

<sup>3960</sup> L'interprétation de l'exigence de soumission comme une absence de consentement libre reviendrait à valider les déséquilibres significatifs qui ont été librement consentis. Le débat serait placé sur le terrain des vices du consentement, sur la violence (soumission physique, psychologique ou économique). Le texte conduirait uniquement à caractériser l'exploitation abusive de la violence par le déséquilibre significatif entre les droits et obligations convenues.

<sup>3961</sup> *Supra* n° 1038 s. et 1044 s.

<sup>3962</sup> Sur le standard juridique : *supra* n° 911.

<sup>3963</sup> Il a déjà été mis en évidence que le cocontractant en position de force aurait même intérêt à rompre puisqu'il limite alors les conséquences possibles de l'action en justice (*supra* n° 1042), en l'espèce, le montant des dommages et intérêts qui pourraient venir compenser les effets du déséquilibre.



## b.2 - Les limites du contrôle à partir d'une liste de clauses ou pratiques

**1054. Présentation.** Les effets de la renégociation sous contrainte peuvent être limités par des listes de clauses ou pratiques abusives sans recours à des standards. La norme est alors connue des acteurs économiques qui peuvent engager une action en justice en étant certain de son succès. En raison de cette prévisibilité de la sanction, il peut être espéré un effet dissuasif significatif.

L'article L. 442-6, II du Code de commerce prévoit ainsi une liste de conventions et clauses nulles de plein droit. Il pourrait donc être envisagé d'enrichir ces clauses et pratiques en prévoyant, par exemple, la nullité des augmentations du taux des redevances de plus de 20 %, le doublement des quotas d'achat, les réductions de zones d'exclusivité, etc.

**1055. Limites.** Cependant, il paraît impossible de prévoir l'ensemble des clauses et pratiques abusives. Les praticiens ont démontré leur grande inventivité pour déjouer les obstacles légaux. La liste s'allongerait donc à mesure des inventions et la loi aurait toujours un temps de retard sur la pratique. Ce phénomène a déjà été constaté pour les pratiques restrictives de concurrence<sup>3964</sup>. L'issue d'une telle course serait l'imposition d'un contrat-type des relations de distribution bridant les possibilités des acteurs et nuisant potentiellement à la concurrence et au progrès économique<sup>3965</sup>.

Le risque serait également d'aboutir à un dépeçage des relations, à une appréciation clause par clause sans considération de l'équilibre global et finalement de faire survivre une relation telle qu'elle n'a pas été voulue par les parties<sup>3966</sup>. Par exemple, dans un contrat de franchise, il serait critiquable d'annuler une clause augmentant le taux des redevances si elle s'accompagne d'une prise en charge, par le franchiseur, de certaines charges qui étaient antérieurement assumées par le distributeur<sup>3967</sup>.

Par ailleurs, comme pour tous les dispositifs curatifs étudiés, la crainte ou la menace d'une rupture dissuadera toute action en justice pendant le cours de la relation de distribution tant que les nouvelles conditions ne mettent pas en péril l'activité du distributeur en la rendant durablement déficitaire sans espoir d'un rééquilibrage futur. La possibilité d'une action publique sera impuissante à lutter contre cette absence d'action privée car l'État ne peut connaître de l'ensemble des relations de distribution et agir systématiquement à la place du distributeur.

**1056. Conclusion.** Les dispositifs curatifs passant par une police judiciaire ou législative du contenu du contrat comportent ainsi des limites importantes que leur combinaison ne fait pas disparaître. Plutôt que de se référer à un standard juridique, d'essayer de substituer l'équilibre subjectif du juge à l'équilibre subjectif des parties ou de dépecer artificiellement le contrat en prévoyant une liste de clauses nulles, il semble préférable de laisser les parties déterminer les conditions de leur relation mais de rééquilibrer leur rapport de force lors de leur renégociation, ce qui est possible en limitant les effets de la rupture.

---

<sup>3964</sup> V. notamment sur la question : CHONE (A.-S.), *op. cit.*, n° 549 s. – *Infra* n° 1093 s

<sup>3965</sup> *Supra* n° 992.

<sup>3966</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *op. cit.*, n° 28 – Dans le même sens : CHONE (A.-S.), *op. cit.*, n° 555, le juge devrait « examiner l'équilibre global de la convention, non celui de chaque clause analysée individuellement ».

<sup>3967</sup> Par exemple, il pourrait être décidé, au sein d'un réseau, d'abandonner la publicité locale pour préférer une publicité nationale. Les franchisés seraient ainsi déchargés des obligations de financement des campagnes de publicité locales mais cette baisse de charges et l'augmentation des prestations fournies par le franchiseur auraient pour contrepartie une hausse de la redevance.

## **B – L’efficacité de l’encadrement de la rupture de la relation pour limiter la renégociation sous contrainte**

**1057. Plan.** L’encadrement de la rupture selon des modalités permettant de faire disparaître la crainte de sa survenance pour le distributeur (2) paraît un mécanisme efficace pour éviter que le fournisseur n’exploite la dépendance du distributeur, induite par la relation, pour modifier l’équilibre initialement convenu (1).

### ***1 – Les conditions d’efficacité de l’encadrement de la rupture pour limiter la renégociation sous contrainte***

**1058. Présentation.** À la naissance de la relation de distribution, le distributeur dispose d’une liberté contractuelle réelle : il peut accepter ou non l’équilibre proposé, voire de le négocier<sup>3968</sup>, même en présence d’un déséquilibre de forces.

Mais une fois la relation née, cette liberté peut devenir purement formelle. En effet, les conséquences prévisibles d’une rupture sont susceptibles de priver le distributeur de la possibilité de changer de fournisseur et de refuser les modifications des conditions initialement négociées ou seulement acceptées. C’est alors que la crainte ou la menace d’une rupture de la relation sera efficace pour faire accepter au distributeur de nouvelles conditions désavantageuses.

Pour protéger le distributeur contre une négociation ou renégociation des conditions de la relation sous la crainte ou la menace d’une rupture, il apparaît donc suffisant d’encadrer sa rupture. En effet, la crainte de celle-ci n’existe et la menace corrélative n’est efficace qu’à proportion des conséquences d’une rupture et, en particulier, du préjudice qu’elle entraînerait pour le distributeur. Moins la rupture est préjudiciable au distributeur, plus elle est onéreuse pour le fournisseur, moins elle est efficace dans une renégociation des conditions de la relation. Il s’agit ainsi de compenser l’effet de dépendance induit par la relation pour rétablir, lors de la renégociation, la situation originelle des parties.

**1059. Identification de l’effet de dépendance induit par la relation.** Cet effet de dépendance évolue au cours du temps. Schématiquement, après la naissance d’une relation de distribution, deux phases successives sont généralement distinguées : une phase de rentabilisation (aussi appelée phase d’amortissement<sup>3969</sup>) et une phase de rente<sup>3970</sup>.

Pendant la phase de rentabilisation, les résultats de l’activité du distributeur sont absorbés par le remboursement des investissements et dépenses engagés pour entrer dans la relation de distribution (acquisition ou location du local, des équipements, dépenses d’aménagement, de formation, de publicité, droit d’entrée, etc.). Au contraire, pendant la phase de rente, ces investissements et dépenses ont été

---

<sup>3968</sup> *Supra* n° 991.

<sup>3969</sup> L’amortissement correspond à une notion comptable particulière réservée à l’actif immobilisé. Par conséquent, le terme de rentabilisation est préférable puisqu’il peut s’appliquer indifféremment à des investissements ou dépenses, indépendamment de leur possibilité d’immobilisation et d’amortissement comptable. Un investissement ou une dépense peut être considéré comme rentabilisé lorsque les revenus générés par l’activité ont permis de le rembourser intégralement.

<sup>3970</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 508, proposant de distinguer selon que « la rupture intervient alors que le contrat n’a pas encore déployé pleinement ses effets » (alors que « la période d’exploitation nécessaire à l’amortissement des investissements consentis » n’est pas écoulée) ou « alors que le contrat a déployé ses effets et que l’opération a fonctionné dans l’intérêt partagé des partenaires permettant à ceux-ci notamment d’amortir leurs investissements initiaux ».

remboursés, le bénéfice est donc plus important.

La situation est néanmoins plus complexe car des investissements et dépenses interviennent régulièrement au cours de la relation : acquisition des produits de la nouvelle collection, réaménagement du local ou acquisition de nouveaux équipements en raison de l'évolution des normes de commercialisation du fournisseur, dépenses de publicité, etc.

En cas de rupture de la relation, une partie des dépenses et investissements ne sera pas perdue car les éléments financés pourront être soit réemployés dans une autre activité, soit cédés ou loués (le local, certains matériels et aménagements, la force de travail des salariés, etc.). Mais les dépenses et investissements spécifiques aux produits ou services distribués ou à l'enseigne<sup>3971</sup> seront perdus : ils ne pourront être réemployés pour la distribution de produits ou services concurrents, pour une autre enseigne, ni être cédés ou loués. Il s'agit notamment du droit d'entrée, des aménagements du local spécifiques aux normes du fournisseur, du mobilier commercial, des matériels et outillages spécifiques<sup>3972</sup>, du stock de produits de marque qui ne pourra plus être vendu<sup>3973</sup> et dont l'ampleur a parfois été imposée par des clauses de stock minimal<sup>3974</sup>, des dépenses de publicité pour les produits ou services du fournisseur, des dépenses de formation pour acquérir un savoir-faire qui ne pourra plus être utilisé, etc. Par ailleurs, le distributeur perdra également la clientèle qu'il a créée, développée ou maintenue pour les produits ou services du fournisseur.

**1060. Économie de la relation de distribution.** Or, lors de la naissance d'une relation de distribution, l'économie de celle-ci comprend la possibilité pour le distributeur de rentabiliser les dépenses et investissements spécifiques et de tirer profit de ses efforts liés à la création, au développement ou au maintien de la clientèle. Le distributeur peut ainsi légitimement s'attendre à ce que la relation ait une durée suffisante pour lui permettre d'espérer rentabiliser ses investissements et dépenses et tirer profit de ses efforts de création et développement de la clientèle. En d'autres termes, il serait objectivement irrationnel pour un distributeur d'engager des dépenses et investissements spécifiques avec un plan de rentabilisation sur 5 ans et pourtant de conclure un contrat à durée déterminée d'une année sans s'attendre à son renouvellement<sup>3975</sup> ou un contrat à durée indéterminée sans s'attendre à ce qu'il dure au moins 5 ans.

Dès que de nouvelles dépenses spécifiques (l'acquisition des produits de la nouvelle collection, l'engagement de nouvelles dépenses de publicité, etc.) ou de nouveaux investissements spécifiques (un renouvellement du mobilier, du matériel ou de l'outillage pour suivre l'évolution du savoir-faire ou des normes de commercialisation, etc.) sont réalisés, naît également une attente légitime que la relation se

---

<sup>3971</sup> La qualification de « dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne » figure à l'article R. 330-1 du Code de commerce qui précise que « le document [d'information précontractuel] précise, en outre, la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat engage avant de commencer l'exploitation » – Sur la notion d'investissement spécifique : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, op. cit., n° 669 – Comp. : Communication de la Commission du 19/05/2010 *lignes directrices sur les restrictions verticales* : JOUE 19/05/2010, C 130, pt. 14, « les investissements propres au marché [...] sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure et/ou négocier ce type de contrat. Ces investissements sont généralement irrécouvrables, ce qui signifie que lors de l'abandon du domaine d'activité considéré, ils ne peuvent servir pour d'autres activités ou les actifs concernés ne peuvent être vendus que moyennant de lourdes pertes ».

<sup>3972</sup> Il n'est pas rare que le distributeur ait à acquérir les aménagements, matériels et outillages auprès du fournisseur lui-même.

<sup>3973</sup> *Supra* n° 838.

<sup>3974</sup> Sur ces clauses : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), op. cit., n° 669 s. – LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), op. cit., n° 103.

<sup>3975</sup> Monsieur Beauchard soutient même pour la franchise que « lorsqu'une personne fait un tel investissement, cela n'est pas pour trois ou cinq ans, ou même dix ans, c'est pour toute une vie, et le franchisé espère pouvoir en profiter jusqu'à ce qu'il décide de changer d'activité, ou jusqu'à ce qu'il prenne sa retraite » (BEAUCHARD (J.), *Protection du franchisé : faut-il une réforme législative ?*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 261 s., p. 269).

poursuive pendant une durée suffisante pour espérer leur rentabilisation.

**1061. Droit positif.** Un tel raisonnement existe à l'état embryonnaire en droit positif puisque sont parfois jugés abusifs le non-renouvellement ou la résiliation d'un contrat de distribution après que des dépenses ou investissements aient été imposés, exigés ou encouragés par le fournisseur<sup>3976</sup>. La directive sur l'agence commerciale précise également que le préjudice réparable subi par l'agent du fait de la cession de la relation « *découle notamment de l'intervention de la cessation dans des conditions [...] qui n'ont pas permis à l'agent commercial d'amortir les frais et dépenses qu'il a engagés pour l'exécution du contrat sur la recommandation du commettant* »<sup>3977</sup>. Les investissements ou embauches réalisés pour satisfaire un partenaire commercial a également une incidence sur l'appréciation du préjudice subi du fait d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie<sup>3978</sup>.

Plusieurs fondements peuvent être trouvés à ce raisonnement. En effet, en exigeant des dépenses et investissements et en rompant la relation trop tôt pour permettre leur rentabilisation, il peut être soutenu que le fournisseur se contredit au détriment d'autrui<sup>3979</sup>, trompe l'attente légitime du cocontractant<sup>3980</sup>, prive le contrat de cause ou encore porte atteinte à sa force obligatoire en ne lui permettant pas de produire tous ses effets et donc de réaliser l'économie de l'opération qu'il organise<sup>3981</sup>. A travers ces fondements, une même idée qui s'exprime : la relation doit avoir une durée suffisante pour donner une chance au distributeur de rentabiliser ses dépenses et investissements et de profiter de son travail de création, développement ou maintien de la clientèle des produits ou services du fournisseur<sup>3982</sup>. Les modalités d'encadrement de la rupture devront ainsi permettre de concrétiser cette idée.

## **2 – Les modalités d'encadrement de la rupture pour limiter la renégociation sous contrainte**

**1062. Objectifs.** L'encadrement de la rupture de la relation doit permettre au distributeur de ne plus craindre la perte de ses dépenses et investissements spécifiques et de ses efforts de création, développement ou maintien de la clientèle tout en tenant compte des intérêts du fournisseur qui peut légitimement vouloir remplacer un distributeur par un plus performant.

Il ne s'agit pas de soustraire le distributeur aux risques de l'entreprise (aléas du marché), de l'exploitation (conséquences d'une mauvaise gestion) ou de l'emploi (coût de licenciement des salariés) en les faisant assumer par le fournisseur. Les dépenses ou investissements spécifiques pourront parfaitement être perdus

---

<sup>3976</sup> *Supra* n° 677 (abus de non-renouvellement) et 682 (abus de résiliation).

<sup>3977</sup> Directive du Conseil n°86/653/CEE du 31/12/1986, art. 17, §3.

<sup>3978</sup> Dans ce sens : Com. 04/11/2014 : n° 13-22726 – Paris 19/03/2014 : n° 12/09590 – Paris 31/05/2011 : n° 10/08123.

<sup>3979</sup> Pour une indemnisation fondée sur ce principe : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur...*, *op. cit.*, p. 513 s. – Sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, voir notamment : BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001 – HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H Muir Watt, PUAM, 2001.

<sup>3980</sup> Sur l'attente légitime : GUERLIN (G.), *L'attente légitime du contractant*, thèse Amiens, 2008 – CALAIS-AULOY (J.), *L'attente légitime une nouvelle source de droit subjectif ?*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2013, p. 171 s.

<sup>3981</sup> Dans ce sens : FABRE-MAGNAN (M.), *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 301 s., n° 11, « *ce droit de résiliation unilatérale porterait atteinte à la force obligatoire du contrat s'il pouvait être exercé à peine le contrat conclu, et avant que l'autre partie n'ait pu profiter un minimum du contrat, c'est-à-dire par exemple avant que celui-ci n'ait reçu un début d'exécution* » – Sur le lien entre la possibilité d'écouler les stocks et l'économie de la relation : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 549.

<sup>3982</sup> Rappr. : Paris 31/05/2011 : n° 10/08123, « *la durée, la stabilité, la pérennité des relations contractuelles [...] [est] le corollaire objectivement nécessaire des engagements souscrits* » par le distributeur ayant réalisé d'importants investissements au profit du fournisseur.

en cas d'échec de l'activité de distribution. L'objectif est seulement de soustraire le distributeur aux pertes ou gains manqués générés par une rupture unilatérale de la relation par le fournisseur en dépit de son économie initiale. En effet, les risques de l'entreprise, de l'exploitation ou de l'emploi ne peuvent être confondus avec celui d'une rupture de la relation par le fournisseur.

**1063. Non pertinence de la distinction de périodes dans la relation.** Différentes modalités d'encadrement de la rupture peuvent alors être envisagées. Madame Lequette a notamment proposé que la rupture par résiliation ou non-renouvellement ne puisse intervenir, sans juste motif, avant la fin de la période d'amortissement et que, postérieurement, elle s'accompagne d'une indemnité compensant la perte de l'exploitation de la clientèle créée, sauf juste motif<sup>3983</sup>. Elle défend également une reprise systématique des stocks par le fournisseur<sup>3984</sup>.

Il convient effectivement de considérer à la fois la rentabilisation des investissements, le gain manqué lié à la perte de l'exploitation de la clientèle créée et le sort des stocks. Cependant, la distinction entre une phase d'amortissement et une phase de rente est délicate surtout lorsque des investissements sont intervenus en cours de relation.

Par ailleurs, le gain manqué d'exploitation de la clientèle créée est également éprouvé pendant la période de rentabilisation. En effet, l'économie de la relation de distribution comprend à la fois le remboursement des investissements et dépenses effectués et le profit qui s'ajoute ensuite. Ainsi, on imagine mal une relation de distribution dans laquelle le distributeur chercherait à générer seulement une valeur suffisante pour rembourser ses investissements et dépenses, sans vouloir tirer le moindre profit de son activité.

**1064. Plan.** Par conséquent, quel que soit le moment de la rupture, un gain manqué d'exploitation de la clientèle est éprouvé et, selon les dépenses et investissements réalisés, une perte est susceptible d'être subie. Il sera ainsi envisagé les modalités d'encadrement de la rupture liées à la perte des dépenses et investissements non rentabilisés (a) et au gain manqué d'exploitation de la clientèle (b).

#### **a - L'encadrement lié aux dépenses ou investissements spécifiques non rentabilisés**

**1065. Présentation.** Plusieurs solutions sont envisageables pour faire disparaître la crainte d'une perte des dépenses ou investissements spécifiques non rentabilisés.

**1066. Contrat à durée déterminée correspondant à la durée de rentabilisation.** Il peut d'abord être imposé que les relations de distribution obligeant à des dépenses ou investissements spécifiques soient fondées sur un contrat d'une durée déterminée au moins égale à la durée nécessaire à leur rentabilisation<sup>3985</sup>. La rupture anticipée à l'initiative du fournisseur serait alors fautive et s'accompagnerait de dommages et intérêts compensant l'absence de rentabilisation des dépenses ou investissements spécifiques.

Une telle règle présente cependant plusieurs inconvénients.

Tout d'abord, la détermination de la durée initiale du contrat serait délicate voire impossible. En effet, la durée de rentabilisation des investissements ou dépenses dépend du succès de l'activité qui, par définition,

---

<sup>3983</sup> LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 508 et 559 s.

<sup>3984</sup> *Ibid.*, n° 549 s.

<sup>3985</sup> Rappr. : Code de déontologie européen de la franchise, art. 5.3, « la durée du contrat, fixée de façon à permettre au franchisé l'amortissement des investissements spécifiques à la franchise » est un point essentiel (<http://www.franchise-fff.com/base-documentaire/finish/206/318.html>, consulté le 13/04/2015).

est difficile à prévoir. La durée initiale pourrait ainsi se révéler insuffisante ou, au contraire, trop longue. Si elle est estimée à partir d'un prévisionnel, elle pourrait conduire à l'élaboration de prévisionnels excessivement optimistes pour limiter la durée de l'engagement.

Ensuite, la réalisation de nouveaux investissements ou dépenses spécifiques en cours de contrat ne serait pas aisée à prendre en compte et supposerait d'imposer aux parties une augmentation de la durée initiale du contrat dont la détermination poserait les mêmes problèmes.

Enfin, la durée du contrat pourrait s'avérer incompatible avec le droit de la concurrence qui limite l'étendue temporelle des engagements d'exclusivité<sup>3986</sup>.

**1067. Préavis de rupture au moins égal à la durée de rentabilisation restante.** Plutôt que d'imposer un contrat à durée déterminée, il pourrait être prévu le respect d'un délai de préavis de rupture de la relation égal à la durée de rentabilisation restante.

Une telle solution ne résout cependant pas la difficulté de détermination de cette durée, notamment lorsque les dépenses ou investissements n'ont pas la même durée de rentabilisation : la rentabilisation d'un stock de produits d'une nouvelle collection s'envisage sur une saison, l'aménagement d'un magasin sur plusieurs années, etc. Cela conduirait à prolonger artificiellement des relations de distribution dont la rupture a été décidée sachant qu'en cas d'irrespect du préavis, l'indemnisation s'imposerait.

**1068. Obligation de justification de la rupture pendant la durée de rentabilisation.** Madame Lequette a proposé une autre solution consistant à prévoir une obligation de justification de la rupture avant la fin de la période de rentabilisation. En l'absence de juste motif, la rupture serait jugée abusive en elle-même<sup>3987</sup>. Cette solution présente cependant des limites importantes.

Tout d'abord, elle porte atteinte aux libertés du fournisseur d'organiser la diffusion de ses produits et services, de résilier un contrat à durée indéterminée ou de ne pas conclure un nouveau contrat. Le juge se substituerait en effet au fournisseur pour apprécier la pertinence de son choix de se séparer d'un distributeur et s'immiscerait donc dans sa stratégie de distribution<sup>3988</sup>. En raison de la difficulté de porter un jugement *a priori* sur une stratégie commerciale, il est peu pertinent de confier cette mission à un juge<sup>3989</sup>. Une telle appréciation serait notamment susceptible de varier d'un juge à l'autre.

Ensuite, le motif susceptible de justifier l'absence de rentabilisation des dépenses ou investissements spécifiques interroge. S'il est relatif à l'entreprise du fournisseur, on conçoit mal pourquoi il pourrait justifier unilatéralement une remise en cause de l'économie initiale de la relation qui supposait pour le distributeur la

---

<sup>3986</sup> C. com. art. L. 330-1 et 330-2, posant une limite de 10 ans et Règl. UE de la Commission n° 330/2010 du 20/04/2010, art. 5, § 1, a), posant une limite de 5 ans. – Une partie de la doctrine prône un assouplissement des limites *per se* de la durée des clauses d'exclusivité afin de permettre des investissements sur le long terme : ERÉSÉO (N.), *L'exclusivité contractuelle*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 79, Litec, 2008, n° 316 s., « ces dispositifs pèchent par excès d'abstraction : une durée maximale est fixée de façon autoritaire sans égard pour le contexte de la clause. Il serait sans doute préférable de laisser les juges du fond apprécier au cas par cas la proportionnalité de la durée de la clause en référence au standard de la liberté du commerce et de l'industrie. Une telle méthode permettrait par exemple de confronter la durée de l'exclusivité consentie à la durée nécessaire pour amortir les investissements réalisés par l'une ou l'autre des parties » – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 840, « édictant une durée maximale uniforme, quel que soit le secteur d'activité et dans l'ignorance de la teneur des rapports contractuels, le texte procède d'un dirigisme rigide, mal venu dans le domaine économique. Pourquoi dix ans ? N'est-ce pas trop ou trop peu, selon les cas ? » – V. également : LEBRETON (S.), *op. cit.*, n° 149 s., critiquant la sanction par la nullité de la clause d'exclusivité et prônant plus de souplesse – *Contra* : DIAS (C.), *op. cit.*, n° 164.

<sup>3987</sup> LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 508, l'auteur paraît viser l'ensemble des amortissements et non uniquement ceux qui sont spécifiques.

<sup>3988</sup> *Infra* n° 1157 s.

<sup>3989</sup> *Infra* n° 1090 et 1159.

possibilité de rentabiliser ses dépenses et investissements spécifiques<sup>3990</sup>. Le distributeur assumerait alors les difficultés éprouvées par le fournisseur<sup>3991</sup> ou sa stratégie de réorganisation du réseau. Si le motif est relatif à l'entreprise du distributeur, il doit s'agir d'une circonstance suffisamment grave pour autoriser le fournisseur à ignorer l'économie initiale de la relation de distribution et interdire au distributeur de rentabiliser ses dépenses et investissements. On peine à imaginer une autre hypothèse qu'une faute grave ou lourde.

Enfin, l'obligation de justification apparaît en réalité comme un moyen d'indemnisation puisque la rupture sans justification reste efficace mais donne droit à des dommages et intérêts<sup>3992</sup>. Il apparaît donc plus opportun de prévoir directement une indemnité due en cas de rupture par le fournisseur réparant l'absence de rentabilisation des dépenses ou investissements spécifiques du distributeur.

**1069. Indemnité spécifique en cas de cessation de la relation.** Cela conduit à proposer une indemnisation systématique du distributeur pour l'absence de rentabilisation des dépenses ou investissements spécifiques en cas de cessation de la relation de distribution.

L'indemnité serait seulement écartée si la cessation est justifiée par une faute grave du distributeur<sup>3993</sup> ou si elle résulte de son initiative non justifiée par des circonstances imputables au fournisseur<sup>3994</sup>. Ainsi, l'indemnité serait due à chaque fois que la cession de la relation est imputable au fournisseur : en cas de résiliation, de non-renouvellement, de résolution aux torts du fournisseur, de prise d'acte de la rupture par le distributeur pour des circonstances imputables au fournisseur ou encore en cas de cessation des approvisionnements si aucun contrat-cadre n'a été conclu.

Toute modification unilatérale d'une condition essentielle du contrat ou toute proposition d'un nouveau contrat à durée déterminée comportant une modification d'une telle condition autoriserait le distributeur à prendre acte de la cessation de la relation imputable au fournisseur. Ces solutions sont actuellement retenues pour l'agence commerciale puisque la réduction du secteur géographique, l'exclusion d'un client de sa prospection, la modification de sa rémunération, l'aggravation d'une clause de non-concurrence, la cessation de la diffusion de certains produits ou services ou encore leur modification totale sont analysées comme des cessations de relation imputables au mandant<sup>3995</sup>.

**1070. Dépenses ou investissements à la seule initiative du distributeur.** Si les dépenses ou investissements spécifiques sont, en principe, toujours dans l'intérêt du fournisseur, celui-ci pourrait être confronté à un distributeur, qui, à son insu, a réalisé des dépenses ou investissements spécifiques inutiles ou excessifs.

Par ailleurs, la garantie d'une indemnisation en cas de cessation de la relation à l'initiative du fournisseur ne doit pas inciter les distributeurs à réaliser des dépenses et investissements inconsidérés.

---

<sup>3990</sup> Même en cas de force majeure conduisant le fournisseur à mettre fin à la relation de distribution, on voit mal pourquoi le distributeur aurait à en assumer les conséquences plus que le fournisseur.

<sup>3991</sup> Si le distributeur peut avoir intérêt à venir en aide au fournisseur car, sans lui, son activité est menacée, cette aide devrait faire l'objet d'une négociation et non être imposée unilatéralement par une des parties.

<sup>3992</sup> *Supra* n° 728 s. et *infra* n° 1160 s.

<sup>3993</sup> En cas de faute grave, le distributeur a rendu impossible le maintien de la relation y compris pendant la durée du préavis (sur cette définition de la faute grave : *infra* n° 1132) et doit donc assumer les conséquences de cette faute sur la rentabilisation de ses dépenses et investissements spécifiques.

<sup>3994</sup> En particulier, l'indemnité ne serait pas due si le distributeur a pu céder l'activité de distribution (*infra* n° 1213 s.).

<sup>3995</sup> *Supra* n° 766.

Afin d'éviter ces situations, l'indemnité devrait être écartée pour les dépenses et investissements spécifiques qui ont été engagés à la seule initiative du distributeur à moins qu'ils n'aient été recommandés par le fournisseur ou que, portés préalablement à sa connaissance, ils n'aient pas fait l'objet d'une opposition expresse de sa part. L'inclusion des dépenses et investissements *recommandés* plutôt qu'*imposés* permet d'éviter les tentatives de détournement du texte. L'inclusion de ceux portés préalablement à la connaissance du fournisseur et qui n'ont pas fait l'objet d'une opposition expresse de sa part permet de tenir compte de la collaboration informelle entre les parties. Ainsi, tout investissement ou dépense spécifique réalisé à la seule initiative du distributeur est présumé accepté par le fournisseur car cet investissement ou cette dépense est dans son intérêt à moins qu'il ne s'y soit expressément opposé.

**1071. Droit de reprise du fournisseur.** Cette indemnisation a cependant un inconvénient. En effet, si l'absence de rentabilisation est due à l'insuffisance d'activité du distributeur sans que celle-ci ne caractérise une faute grave, il n'est pas illégitime que le fournisseur puisse rompre la relation pour remplacer le distributeur par un plus performant. Or, si le distributeur refuse de céder son activité au nouveau distributeur que le fournisseur souhaite installer à sa place, l'existence de l'indemnité peut dissuader la réalisation de l'opération. Elle pourrait conduire à préférer une situation de distribution moins performante ou à attendre l'échec du distributeur ce qui n'est pas économiquement pertinent. Néanmoins, en l'absence de faute grave, la seule quête d'une meilleure performance économique peut difficilement justifier que le fournisseur remette totalement en cause l'économie de l'opération conclue<sup>3996</sup>.

Afin de concilier les intérêts en présence et de favoriser l'efficacité économique, il pourrait ainsi être prévu pour le fournisseur un droit de reprise des dépenses ou investissements spécifiques. Ce droit ne peut naturellement s'envisager que pour les dépenses ou investissements relatives à l'acquisition de biens (stocks, aménagements, mobilier commercial, matériel, outillage, etc.) et non à des prestations (dépenses de publicité par exemple). En contrepartie de l'indemnité, le fournisseur acquerrait donc la propriété des biens spécifiques à ses produits ou services afin de pouvoir, le cas échéant, les réemployer. Cette solution ne porte pas atteinte à l'intérêt du distributeur puisqu'il percevra l'indemnité et, en raison de la spécificité des biens concernés, ne pouvait les réemployer dans une nouvelle activité. Inversement, cette reprise rend potentiellement moins onéreuse la rupture de la relation en vue d'un remplacement du distributeur. Par ailleurs, il est plus pertinent que ces biens soient réemployés plutôt que détruits par l'ancien distributeur. Une grande majorité de la doctrine prône depuis longtemps cette solution pour les stocks<sup>3997</sup> et parfois pour le matériel spécifique<sup>3998</sup>.

---

<sup>3996</sup> *Supra* n° 900 et 1027.

<sup>3997</sup> Pour une reprise des stocks par le fournisseur : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 694 – DIAS (C.), *op. cit.*, n° 1052 s. – LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 547 s. – LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, n° 197 – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré...*, *op. cit.*, p. 589 s. – BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 191. – CABRILLAC (M.), *Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente*, D. 1964, chron. p. 181 s. – V. également : DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIA'T, t. 13, LGDJ, 2007, n° 612 s., proposant une irrecevabilité de l'action en concurrence déloyale pendant une certaine durée postérieurement à la cessation du contrat mais indiquant que l'intégrateur « devrait toujours conserver la possibilité de reprendre lui-même le stock du distributeur évincé, au prix auquel il lui avait livré » notamment lorsqu'il a installé un nouveau distributeur dans la zone d'exclusivité (n° 614) – *Contra* : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 747, « le concédant n'a pas trompé l'attente légitime du distributeur, car ce dernier a dû prévoir les conséquences de la cessation du contrat », l'argument est cependant très critiquable lorsque c'est le fournisseur qui rompt la relation, surtout après avoir imposé un niveau de stock minimal. – La norme AFNOR Z 20-000 du 16/07/1987 sur le franchisage précise que « le contrat devra prévoir les modalités d'écoulement ou de reprise des stocks et du matériel spécifique à son expiration ».

<sup>3998</sup> LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 674.



Reste cependant à déterminer les modalités de la reprise et de l'indemnisation.

**1072. Modalités du droit de reprise et de l'indemnisation.** Pour les stocks, une partie de la doctrine propose un droit de reprise au prix d'achat<sup>3999</sup>, une autre à un prix d'achat « *déduction faite d'un abattement forfaitaire* » pour tenir compte notamment des frais du fournisseur<sup>4000</sup>. La question est la même pour les autres éléments spécifiques.

La reprise au prix d'achat doit être écartée car les dépenses et investissements ont pu être partiellement rentabilisés et avoir perdu de leur valeur au cours du temps. Ainsi, sur un plan comptable, les investissements immobilisés qui se déprécient dans le temps font l'objet d'un amortissement, leur valeur à l'actif du bilan diminue donc au fur et à mesure du temps. De même, l'actif circulant (les stocks) fait l'objet de provisions pour dépréciation car la valeur d'un stock en début de saison n'est pas la même qu'en fin de saison où il devra être soldé pour être vendu. Prévoir une reprise au prix d'achat serait ainsi très défavorable au fournisseur, lucratif pour le distributeur et ne correspondrait pas à la réalité.

La reprise devrait donc s'effectuer à la valeur nette comptable (valeur d'acquisition déduction faite de l'amortissement et des dépréciations). Il convient néanmoins de laisser la possibilité aux parties de prévoir une valeur différente ou une estimation par un expert, à condition qu'elle ne soit pas inférieure.

Par ailleurs, le fournisseur étant à l'origine de la rupture avant rentabilisation et la reprise étant une option qu'il choisit d'exercer, il n'apparaît pas anormal qu'il assume les frais qui y sont liés (enlèvement, transport, stockage, etc.).

Par ailleurs, la valeur de reprise devra être estimée au jour de la rupture effective de la relation, c'est-à-dire à l'expiration du délai de préavis puisque pendant le préavis, la rentabilisation se poursuit.

La détermination de l'indemnisation des dépenses et investissements non susceptibles de reprise et non rentabilisés serait également appréciée à la date de la rupture effective mais laissée, en l'absence d'accord des parties, à l'appréciation du juge. Cette solution induit une certaine incertitude. L'objectif du dispositif n'est cependant pas de rendre totalement prévisible le coût de rupture mais seulement de rétablir, en cas de renégociation, l'équilibre des forces existant lors de la naissance de la relation, en affaiblissant la position de force qu'a acquise le fournisseur par la naissance de la relation.

Afin de rétablir cet équilibre des forces initial, il convient également que le distributeur ne craigne pas le préjudice lié au gain manqué d'exploitation de la clientèle.

## **b - L'encadrement lié au gain manqué d'exploitation de la clientèle**

**1073. Objectif.** L'économie de la relation de distribution comprend la possibilité pour le distributeur non seulement de rentabiliser ses dépenses et investissements mais également de tirer une plus-value en exploitant la clientèle qu'il apporte, crée, développe ou maintient pour les produits et services du fournisseur. Pour que le distributeur ne craigne plus la rupture de la relation et que celle-ci ne soit plus une menace efficace lors d'une renégociation, il convient donc d'encadrer la rupture afin de limiter le gain manqué d'exploitation de la clientèle qui pourrait être subi.

---

<sup>3999</sup> V. par ex. : DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 614.

<sup>4000</sup> V. par ex. : LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *op. cit.*, n° 197.

**1074. Modalités.** Plusieurs modalités d'encadrement peuvent être envisagées.

Celles consistant à imposer une durée minimale à la relation (imposition d'un contrat à durée déterminé d'une durée minimale, préavis d'une durée minimale) doivent être écartées car il est impossible de déterminer une durée légitime d'exploitation d'une clientèle.

Pour les raisons évoquées précédemment<sup>4001</sup> et qui seront développées ultérieurement<sup>4002</sup>, la solution consistant à imposer une obligation de justification doit également être écartée.

La modalité la plus pertinente est une indemnité accordée en cas de cessation de la relation imputable au fournisseur. De plus, il sera démontré que cette indemnité se justifie aussi par des considérations indépendantes de la préservation de l'équilibre contractuel initial par la limitation de la crainte ou de la menace de rupture de la relation<sup>4003</sup>. Ses modalités seront précisées ultérieurement<sup>4004</sup>.

Par ailleurs, la crainte de la rupture sera encore atténuée par l'encadrement des clauses limitant la liberté professionnelle du distributeur à l'issue de la relation de distribution<sup>4005</sup>.

#### CONCLUSION DU PARAGRAPHE 1

**1075. Indemnités compensant les effets de la dépendance dans une renégociation.** Il a été démontré l'insuffisance du mécanisme préventif de l'information précontractuelle<sup>4006</sup> et des mécanismes curatifs du vice de violence et de la police du contenu du contrat<sup>4007</sup> pour éviter que la dépendance induite par la relation de distribution ne permette au fournisseur, lors d'une renégociation sous la menace ou crainte d'une rupture, de remettre en cause son économie initialement négociée ou acceptée par le distributeur<sup>4008</sup>.

Au contraire, pour lutter contre ces pratiques, il est apparu pertinent d'encadrer la rupture à l'initiative du fournisseur en garantissant, dans cette hypothèse, au distributeur une indemnité compensant la rentabilisation incomplète des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne, aux produits ou services du fournisseur et une indemnité compensant son gain manqué d'exploitation de la clientèle<sup>4009</sup>.

Ces deux indemnités permettraient de compenser l'effet de dépendance induit par la relation de distribution et ainsi de rétablir fictivement le rapport de force qui existait lors de la naissance de la relation de distribution et de la définition de son économie initiale<sup>4010</sup>.

Par suite, si le fournisseur entend imposer au distributeur des obligations qui n'ont pas été prévues ou ne pas exécuter certaines de ses obligations, celui-ci pourra s'y opposer sans craindre la rupture de la relation. L'encadrement de la rupture proposé est ainsi de nature à dissuader le fournisseur de tenter de profiter de la dépendance du distributeur induite par le contrat pour le modifier à son avantage.

---

<sup>4001</sup> *Supra* n° 1068.

<sup>4002</sup> *Infra* n° 1156 s.

<sup>4003</sup> *Infra* n° 1179 s.

<sup>4004</sup> *Infra* n° 1202 s.

<sup>4005</sup> *Infra* n° 1242 s., spéc. n° 1252.

<sup>4006</sup> *Supra* n° 1031 s.

<sup>4007</sup> *Supra* n° 1036 s.

<sup>4008</sup> *Supra* n° 1027.

<sup>4009</sup> *Supra* n° 1057 s.

<sup>4010</sup> Comp. : THREARD (J.), *Un nouveau commerçant, le distributeur intégré*, GP 1981.II.657, p. 660, « c'est dans la mesure où la subordination économique constatée permettra d'apprécier les accords successifs en fonction de ce que les parties ont voulu lors de la signature de leur premier contrat et de leur agrément dans la stabilité des rapports contractuels pourra être rétablie ».

**1076. Proposition.** Ces réflexions se résument dans l'article suivant du projet de loi proposé :

**Article L. 134-6**

Toute cessation de la relation de distribution oblige le fournisseur à indemniser le distributeur pour les dépenses ou investissements spécifiques au nom commercial, à l'enseigne, à la marque ou aux produits ou services du fournisseur qui n'ont pu être rentabilisés à la date de la rupture effective.

L'indemnité n'est pas due :

1° si la cessation est justifiée par une faute grave du distributeur ou si elle résulte de son initiative à moins qu'elle ne soit justifiée par des circonstances imputables au fournisseur tenant notamment à la modification d'une condition essentielle de la relation comme l'étendue d'une exclusivité ou d'une prospection, le taux ou l'assiette des redevances ou des commissions ;

2° pour les dépenses ou investissements spécifiques qui ont été engagés à la seule initiative du distributeur à moins qu'ils n'aient été recommandés par le fournisseur ou que, portés préalablement à sa connaissance, ils n'aient fait l'objet d'aucune opposition expresse de sa part ;

3° pour les stocks, le mobilier commercial, le matériel, l'outillage et les autres éléments spécifiques que le fournisseur décide de reprendre. A défaut de prévision d'une valeur supérieure par les parties, ce droit de reprise s'exerce à la valeur nette comptable au jour de la cessation effective de la relation.

Les articles relatifs à la cession de l'activité de distribution et à l'indemnité compensant le gain manqué d'exploitation de la clientèle seront présentés à l'issue des développements spécifiques consacrés à l'encadrement des conséquences de la cessation de la relation.

**1077. Nécessité d'une protection complémentaire.** Ces modalités d'encadrement de la rupture visent, par définition, des hypothèses de modification de l'économie initiale de la relation par des renégociations sous menace ou crainte d'une rupture. Or, sans directement menacer d'une rupture ou exploiter la crainte d'une rupture à son initiative, le fournisseur peut modifier l'économie initiale de la relation en usant de son pouvoir de détermination des conditions d'exploitation et de gestion de l'activité du distributeur.

## **§2 – La résorption des inégalités de protection contre l'usage du pouvoir du fournisseur**

**1078. Définition.** Le pouvoir de fait est généralement distingué de la prérogative, il renvoie à la possibilité d'imposer sa volonté à une personne ou de maîtriser une chose, sans que cette possibilité soit juridiquement instituée<sup>4011</sup>. La prérogative est, au contraire, la faculté juridiquement instituée, le droit reconnu à une personne de « créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté »<sup>4012</sup>. Elle peut être conférée par la loi<sup>4013</sup> ou par un contrat<sup>4014</sup>.

---

<sup>4011</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, « pouvoir ».

<sup>4012</sup> AYNÈS (L.), *Rapport introductif*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 3 s. – V. également : ROCHFELD (J.), *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 747 s. – ENCINAS de MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. A. Lyon-caen, BDP, t. 254, LGDJ, 1995.

<sup>4013</sup> Sur la question, voir notamment : LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Préf. S. Chassagnard-Pinet et G. Chantepie, Mare & Martin, 2014.

<sup>4014</sup> Sur la notion de prérogative contractuelle : FENOUILLET (D.), *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?*, RDC 2011, p. 644 s.

Parmi les prérogatives, celles finalisées sont généralement qualifiées de pouvoirs (il s'agit de pouvoirs de droit). Ainsi, alors que la prérogative non finalisée peut être exercée par son titulaire dans son seul intérêt, le pouvoir est défini comme une « *prérogative finalisée que son titulaire a reçu mission d'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien et dont l'exercice est soumis à un contrôle juridictionnel (lorsque le pouvoir est détourné de sa fin)* »<sup>4015</sup>.

Par *pouvoir du fournisseur*, il sera cependant entendu à la fois le pouvoir de fait et les prérogatives unilatérales, qu'elles soient ou non finalisées<sup>4016</sup>, dans le but d'embrasser toutes les situations dans lesquelles un fournisseur est en mesure de déterminer unilatéralement des conditions d'exploitation ou de gestion de l'activité de diffusion du distributeur<sup>4017</sup>.

**1079. Situations.** En l'absence de contrat-cadre, le distributeur peut être soumis à un pouvoir de fait du fournisseur puisque ce dernier est en mesure d'augmenter unilatéralement ses prix de vente aux distributeurs, de cesser ou limiter la production des produits ou services ou encore de les modifier<sup>4018</sup>. Ce pouvoir de fait est particulièrement important si le distributeur réalise l'essentiel de son activité avec les produits ou services du fournisseur puisqu'existe alors une situation de dépendance-nécessité.

Le contrat-cadre peut également donner un impact important à ce pouvoir de fait. En particulier, si le distributeur s'est engagé à s'approvisionner exclusivement ou quasi-exclusivement auprès du fournisseur pour certains produits ou services ou à ne diffuser que ses produits ou services, il subira directement les choix du fournisseur (évolutions de prix, évolution ou abandon de produits ou services) sans qu'une prérogative unilatérale n'ait été stipulée. De même, en présence d'une clause d'assortiment (ou clause de gamme) imposant au distributeur de commander et présenter l'ensemble des produits ou services du fournisseur, la décision d'élargir une gamme de produits ou services obligera mécaniquement le distributeur à commander des articles supplémentaires et à organiser son activité en conséquence, sans qu'une prérogative unilatérale n'ait été stipulée.

Mais le contrat-cadre peut aussi prévoir des prérogatives unilatérales au profit du fournisseur. Celui-ci sera souvent autorisé à fixer unilatéralement le prix d'achat de ses produits par le distributeur<sup>4019</sup>, à édicter des normes de gestion ou de commercialisation ou encore à déterminer des prix de vente à la clientèle ou à les encadrer<sup>4020</sup>. Par ailleurs, le distributeur s'engagera souvent à réaliser les dépenses ou investissements nécessaires pour adapter son entreprise aux nouvelles normes émises par le fournisseur<sup>4021</sup>.

---

<sup>4015</sup> CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014 – Sur la question : GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Préf. G. Cornu, Economica, 1985 – Comp. : ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, n° 23, définissant le pouvoir comme « *une prérogative qui permet à une personne, soit de gouverner d'autres personnes dans l'intérêt d'un groupement commun (pouvoir sur la personne), soit de gérer les affaires d'une autre personne au nom et pour le compte de celle-ci (pouvoir sur les biens)* ».

<sup>4016</sup> Le pouvoir de droit renvoie à la cause et au régime de la prérogative unilatérale si bien qu'il est préférable, pour analyser les limites qui pourraient être posées aux prérogatives unilatérales de ne pas faire référence au pouvoir car cela reviendrait à donner la réponse dans la question. C'est uniquement après avoir déterminé la cause et le régime d'une prérogative qu'il est possible de la qualifier de pouvoir. Il s'agit ainsi de savoir si elle a été accordée dans un intérêt partiellement distinct de celui de son titulaire et fait l'objet d'un contrôle interne.

<sup>4017</sup> Comp. : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004, définissant le pouvoir comme « *la faculté d'imposer sa volonté à autrui* » (n° 16) et proposant de le qualifier comme un rapport de fait (n° 454 s.).

<sup>4018</sup> Le fournisseur peut également être soumis à un pouvoir de fait du distributeur qui, par son importance, pourra contraindre le fournisseur à baisser ses prix de vente, à modifier ou renoncer à modifier ses produits et services mais cette situation n'entre pas dans l'objet de notre étude.

<sup>4019</sup> *Supra* n° 130 et 561.

<sup>4020</sup> *Supra* n° 130, 163.

<sup>4021</sup> *Supra* n° 130.

**1080. Utilité.** Le pouvoir du fournisseur découle de sa liberté d'organiser la diffusion de ses produits ou services. Il traduit sa volonté de conserver la maîtrise de la distribution de ses produits ou services malgré l'externalisation de cette fonction à d'autres entreprises.

Cet objectif est particulièrement présent dans les contrats d'intégration, ceux-ci visant à faire des entreprises des distributeurs, de véritables extensions de l'entreprise du fournisseur comme le contrat de travail permet à l'employeur de démultiplier sa force de travail en prenant possession de celle d'autres personnes. Le pouvoir est le moyen de cette intégration, il permet la maîtrise de l'entreprise du distributeur comme il rend possible la prise de possession de la force de travail du salarié<sup>4022</sup>.

Les prérogatives unilatérales offrent également une souplesse nécessaire dans une relation contractuelle de longue durée en permettant d'adapter le contrat aux circonstances sans le renégocier à chaque fois <sup>4023</sup>. Le fournisseur peut ainsi adapter rapidement la distribution de ses produits ou services aux évolutions du marché, à ses orientations stratégiques, sans avoir à renégocier l'ensemble de ses contrats de distribution<sup>4024</sup>.

Ce pouvoir du fournisseur est souvent recherché par les distributeurs. L'usage du pouvoir est même parfois une obligation et non une simple faculté du fournisseur. Un franchiseur est ainsi tenu de faire évoluer les normes de gestion et commercialisation découlant du savoir-faire qu'il doit constamment adapter aux évolutions du marché<sup>4025</sup>. Le distributeur délègue en quelque-sortes l'organisation et la direction de son entreprise de distribution car il entend tirer de l'expérience du fournisseur et de son intégration dans un réseau homogène, un profit supérieur à celui qu'il pourrait générer en exerçant lui-même sa liberté d'organisation et de direction<sup>4026</sup>. L'existence d'un pouvoir attribué contractuellement au fournisseur ne traduit donc pas nécessairement un déséquilibre de force dans la négociation mais une stratégie de contrôle de la distribution des produits ou services et d'intégration des distributeurs qui peut être favorable à la concurrence, au progrès économique et à l'ensemble des membres d'un réseau de distribution.

**1081. Nécessité de limites.** Cependant, en usant de son pouvoir, le fournisseur peut modifier unilatéralement l'économie de la relation initialement négociée ou acceptée par le distributeur<sup>4027</sup>. Ce pouvoir recèle ainsi un risque important d'abus que le droit doit limiter.

**1082. Plan.** Pour ce faire, différents dispositifs sont envisageables. Les insuffisances de ceux reposant sur des limitations directes de l'usage du pouvoir mises en évidence (A) et il sera donc envisagé la possibilité de limitations indirectes (B).

---

<sup>4022</sup> *Supra* n° 126 s.

<sup>4023</sup> Dans ce sens : HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat*, Préf. L. Aynès, BDP, t. 536, LGDJ, 2012, n° 375 s., les clauses de pouvoir permettant la modification du contenu du contrat « dotent les contrats de durée d'une grande souplesse en garantissant qu'ils pourront être modifiés afin de s'adapter aux circonstances » (n° 375) car « ce contrat de durée nécessite de pouvoir être contrôlé, adapté ou arrêté selon les circonstances. Or toute modification passe en principe par l'accord des parties. Concrètement, comme l'évolution des circonstances équivaut presque automatiquement à un nouveau partage de la valeur ajoutée dans le contrat, la négociation d'un nouvel accord s'apparente à un écueil » (n° 387) – ROCHFELD (J.), *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004, p. 47 s., spéc. p. 60 s. – FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 3.

<sup>4024</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 465 s.

<sup>4025</sup> *Supra* n° 131.

<sup>4026</sup> Dans ce sens : FERRIER (D.), *Une obligation de motiver ?*, RDC 2004, p. 558 s., n° 5, « le distributeur [...] lorsqu'il accepte d'accorder des pouvoirs à un fournisseur, c'est précisément à raison de la force de ce dernier. L'existence d'un pouvoir est recherché par celui-là même qui se place en situation de dépendance car il attend des effets profitables notamment dans l'exécution diligente de leurs obligations par les autres distributeurs soumis au même pouvoir » – *Supra* n° 143 et 900.

<sup>4027</sup> Pour un exemple : Com. 16/12/1997, *Prodim* : n° 95-21555 ; B. n° 337 ; D. 1998, somm. p. 338, D. Ferrier.

## A – Les insuffisances des limitations directes de l’usage du pouvoir

**1083. Plan.** Deux types de limitation directe à l’usage du pouvoir peuvent être envisagés : une limitation par un standard juridique (1) ou par des normes légales intrinsèquement déterminées (2).

### 1 – L’insuffisance d’une limitation directe par un standard juridique

**1084. Description.** La Cour de cassation a expressément jugé que « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l’usage déloyal d’une prérogative contractuelle »<sup>4028</sup> et, pour les contrats-cadres, que la fixation unilatérale du prix avait pour limite l’abus<sup>4029</sup>. Le pouvoir de fait est également susceptible d’engager la responsabilité du fournisseur sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle du fait personnel, une pratique restrictive de concurrence ou encore un abus de domination.

**1085. Types de contrôle.** Schématiquement, la doctrine distingue deux types de contrôle du pouvoir : un contrôle interne et un contrôle externe. Le contrôle interne suppose que la prérogative unilatérale ou le pouvoir de fait soit finalisé. Il consiste alors à vérifier que son usage n’est pas détourné de cette finalité<sup>4030</sup> voire qu’il est nécessaire et proportionné à sa poursuite<sup>4031</sup>. Le contrôle externe ignore la cause et les finalités de la prérogative ou du pouvoir de fait pour ne s’intéresser qu’à ses conditions d’exercice, au comportement de son titulaire. Le contrôle externe sanctionne ainsi les fautes accompagnant l’usage du pouvoir<sup>4032</sup> et non les raisons de cet usage.

**Contrôle externe.** Le contrôle externe est généralisé et ne fait plus débat. La Cour de cassation l’a expressément admis et a posé comme norme de référence la bonne foi<sup>4033</sup>. Il est en effet devenu classique de présenter la bonne foi comme une norme de comportement des contractants<sup>4034</sup>. Certains y ont vu un moyen de faire pénétrer la morale dans le contrat<sup>4035</sup>. Une partie de la doctrine tente de définir la bonne foi, d’en distinguer des formes différentes ou des degrés d’intensité<sup>4036</sup>. Elle pourrait ainsi aller du simple respect de

---

<sup>4028</sup> Civ. 3 09/12/2009 : n°04-19923 ; B. n° 275 ; D. 2010, 476, J. Billemont – Com. 10/07/2007 : n° 06-14768 ; B. n° 188 ; D. 2007, 2839, P. Stoffel-Munk et 2844 P.-Y. Gautier ; JCP 2007.II.10154, D. Houtcieff ; CCC 2007, 294, L. Leveneur ; Defr. 2007, 1454, E. Savaux ; RDC 2007, 1107, L. Aynès et 1110, D. Mazeaud ; RTD civ. 2007, 773, B. Fages.

<sup>4029</sup> *Supra* n° 561.

<sup>4030</sup> Sur le contrôle du détournement de pouvoir : GAILLARD (E.), *op. cit.*, n° 146 s. – LOKIEC (P.), *op. cit.*, n° 391 s.

<sup>4031</sup> Sur ces contrôles du pouvoir : LOKIEC (P.), *op. cit.*, n° 394 s.

<sup>4032</sup> Sur la distinction entre ces deux types de contrôle, voir notamment : HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat*, Préf. L. Aynès, BDP, t. 536, LGDJ, 2012, n° 390 s. – STOFFEL-MUNCK (P.), *L’abus dans le contrat*, Préf. R. Bout, BDP, t. 337, LGDJ, 2000, n° 8 s. – LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004, n° 378 s., distinguant le contrôle du comportement et le contrôle de la décision.

<sup>4033</sup> *Supra* n° 1084.

<sup>4034</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 457 s. – MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 764 s. – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 439 s. – FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 68 s. – Sur l’évolution de la bonne foi de directive d’interprétation à norme de comportement : COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. Loquin, Litec, 2006, n° 459 s. – BÉNABENT (A.), *La bonne foi dans l’exécution du contrat, Rapport français*, in Trav. Ass. H. Capitant, *La bonne foi*, Litec, 1992, p. 291 s. – LYON-CAEN (G.), *De l’évolution de la notion de bonne foi*, RTD civ. 1946, p. 75 s. – Pour une étude comparative : JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats*, Préf. F. Ferrand, NBT, Dalloz, 2001.

<sup>4035</sup> RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, n° 157.

<sup>4036</sup> V. par ex. : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 460 s., p. 341 s., qui bien qu’annonçant une définition de la bonne foi conclut qu’elle est « synonyme de loyauté » et prendrait deux formes : une « absence de mauvaise foi » qui se rapporterait à la loyauté du contractant et « une bonne foi positive qui dépasse l’absence de mauvaise foi » et qui serait la loyauté contractuelle. Monsieur Ghestin distingue ensuite trois degrés de bonne foi (« la foi dans l’exécution des engagements pris », « la sanction de l’intention de nuire » et « l’exigence de loyauté [qui] pourrait aller jusqu’à imposer une certaine coopération, voire une certaine solidarité, supposant de tenir compte, au moins dans une mesure à préciser, des légitimes

l'intention des parties au fait « *de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère* »<sup>4037</sup>. Elle commanderait de nombreux comportements positifs (honnêteté<sup>4038</sup>, sincérité, loyauté<sup>4039</sup>, fraternité<sup>4040</sup>, raison<sup>4041</sup>, justesse, cohérence<sup>4042</sup>, persévérance<sup>4043</sup>, vigilance<sup>4044</sup>, transparence<sup>4045</sup>, fidélité<sup>4046</sup>, coopération<sup>4047</sup>, collaboration, proportion<sup>4048</sup>, probité<sup>4049</sup>, etc.) et interdirait des comportements négatifs (abus<sup>4050</sup>, brutalité, excès<sup>4051</sup>, contradiction<sup>4052</sup>, légèreté, etc.)<sup>4053</sup>. La bonne foi serait également le fondement à toutes sortes d'obligations : obligation d'information<sup>4054</sup>, obligation de motivation<sup>4055</sup>, « *devoir [de l'employeur] d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi* »<sup>4056</sup>, etc.

**Contrôle interne.** En constatant que la prérogative unilatérale a été stipulée et acceptée, une partie de la doctrine soutient que ses limites internes doivent être contrôlées judiciairement sur le fondement de la force obligatoire des contrats. Le juge devant faire respecter la volonté des parties, il lui appartiendrait de contrôler que les prérogatives contractuelles ne sont pas détournées du but particulier ayant justifié leur stipulation, voire même de contrôler si une prérogative n'aurait pas dû être exercée et si son exercice a été suffisant<sup>4057</sup>. Il existerait ainsi une « *attente légitime que la prérogative créée soit mise au service de*

---

intérêts de l'autre partie, quitte à faire quelques sacrifices ») pour conclure que « *concrètement, la bonne foi recevra une définition variable en fonction de circonstances qui créent ou renforcent l'altérité entre cocontractants* » – HELLERINGER (G.), *op. cit.*, n° 506 s., distinguant « l'inconstance » et « l'incurie » – STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat, op. cit.*, n° 91 s., distinguant l'hypocrisie, l'indifférence et l'incohérence – BÉNABENT (A.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français*, in Trav. Ass. H. Capitant, *La bonne foi*, Litec, 1992, p. 291 s., spéc. p. 298 s. distinguant la mauvaise foi quant aux motifs, à la manière d'exercer les droits et au résultat déséquilibré. – V. également : FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1997, n° 545 s.

<sup>4037</sup> SÉRIAUX (A.), *Droit des obligations*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1997, n° 55 – Sur ces deux extrêmes : TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 439 et 41.

<sup>4038</sup> LE TOURNEAU (P.) et POUMAREDE (M.), *Bonne foi*, Rép. civ. 2009, maj. 2014, n° 4.

<sup>4039</sup> MAINGUY (D.), *Loyauté et droit des contrats en droit privé*, in *Droit et Loyauté*, dir. F. Petit, Dalloz, 2015, p. 5 s. – BOSSU (B.), *La loyauté, in Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 185 s. – PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préf. G. Couturier, BDP, t. 208, LGDJ, 1989.

<sup>4040</sup> SÉRIAUX (A.), *Droit des obligations*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1997, n° 201 – MAZEAUD (D.), *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle*, in Mél. F. Terré, 1999, p. 603 s.

<sup>4041</sup> MAINGUY (D.), *Le "raisonnable" en droit des affaires*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Doly, LGDJ, 2010, p. 307 s.

<sup>4042</sup> Sur la question : HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H. Muir Watt, PUAM, 2001.

<sup>4043</sup> LE TOURNEAU (P.) et POUMAREDE (M.), *op. cit.*, n° 70.

<sup>4044</sup> *Ibid.*, n° 71.

<sup>4045</sup> *Ibid.*, n° 72.

<sup>4046</sup> *Ibid.*, n° 73 – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 440 – SÉRIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2<sup>e</sup> éd. maj., 2014, n° 59.

<sup>4047</sup> LE TOURNEAU (P.) et POUMAREDE (M.), *op. cit.*, n° 75 s. – TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 441.

<sup>4048</sup> LE TOURNEAU (P.) et POUMAREDE (M.), *op. cit.*, n° 89.

<sup>4049</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 69.

<sup>4050</sup> STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat, op. cit.*, n° 53 s. – *Contra* : FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, op. cit.*, p. 84 s. soutenant que « *l'abus est une autre forme de contrôle que la bonne foi* ».

<sup>4051</sup> Sur la question : BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, Préf. M. Gobert, BDP, t. 432, LGDJ, 2005.

<sup>4052</sup> Sur la question, voir notamment : BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001 – LE TOURNEAU (P.) et POUMAREDE (M.), *op. cit.*, n° 95.

<sup>4053</sup> Pour un abécédaire des comportements : FAGES (B.), *Les comportements contractuels à éviter*, D&P 05/1998, p. 67 s.

<sup>4054</sup> *Supra* n° 493.

<sup>4055</sup> V. par ex. : LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Préf. S. Chassagnard-Pinet et G. Chantepie, Mare & Martin, 2014, n° 321, fondant l'obligation de motivation sur la bonne foi.

<sup>4056</sup> Soc. 25/02/1992 : n° 89-41634 ; B. n° 122 ; DS 1992, 379 ; D. 1992, 390, M. Défossez ; D. 1992, 294, A. Lyon-Caen. – Sur la bonne foi dans le contrat de travail : VIGNEAU (C.), *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, DS 2004, p. 707 s. – GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *op. cit.*, n° 490 s.

<sup>4057</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 480, « *il importe, en effet, tout d'abord de contrôler le principe même de l'exercice du pouvoir : lorsque le pouvoir n'a pas été exercé, aurait-il dû l'être ? Et dans l'hypothèse, où le pouvoir a été exercé, devait-il l'être ? [...] Ensuite, à supposer que le pouvoir ait été exercé, il faut encore de demander s'il l'a été conformément à la finalité à laquelle il est ordonné. En l'occurrence, il faut se demander si le titulaire du pouvoir a bien pris en considération les intérêts de son partenaire. A raisonner du point de vue du prestataire instrumental [le fournisseur], il faut rechercher s'il a pris les mesures permettant à son cocontractant de poursuivre utilement l'entreprise. A raisonner du point de vue du prestataire final [le distributeur], il importe de vérifier si tout en exerçant ses pouvoirs d'entrepreneur, il a suffisamment pris en compte les intérêts de son partenaire.* »

l'opération contractuelle », du « *but contractuel commun* » devant conduire le juge à rechercher, la « *raison ayant motivé la stipulation du pouvoir* » pour vérifier que celui-ci est bien exercé pour cette raison<sup>4058</sup>. Cette « *ratio stipulationis* » serait « *l'esprit de la loi contractuelle* » et primerait sur sa lettre<sup>4059</sup>. Il s'agit d'objectiver la volonté des parties par un standard juridique, d'identifier le but qu'aurait recherché un contractant raisonnable dans le contexte du contrat<sup>4060</sup>. Une partie de la doctrine défend ainsi un contrôle du pouvoir avec comme référentiel l'intérêt commun qui s'exprime dans l'opération contractuelle<sup>4061</sup>. Ce contrôle serait même « *naturel* » dans les contrats de distribution qui prennent la forme d'un contrat-coopération<sup>4062</sup>.

Une autre partie de la doctrine défend également l'idée d'un contrôle externe du pouvoir mais qui ne trouverait pas sa source dans le contrat. Ainsi, Monsieur Lokiec a soutenu que le pouvoir était un rapport de fait autonome du contrat<sup>4063</sup> qui devrait donc être contrôlé au regard d'un standard extérieur aux contractants, expression du « *bien commun* »<sup>4064</sup> : dans les rapports sociétaires, il pourrait s'agir de l'intérêt social, dans les rapports de travail de l'intérêt de l'entreprise<sup>4065</sup> et dans les rapports de distribution, de l'intérêt du réseau<sup>4066</sup>.

Une partie de la doctrine est ainsi favorable à un contrôle externe du pouvoir du fournisseur dans les rapports de distribution que ce soit à partir d'une conception contractuelle<sup>4067</sup> ou autonome du pouvoir<sup>4068</sup>.

**1086. Recours systématique à un standard juridique.** Le point commun à l'ensemble de ces contrôles, tant externes qu'internes, est qu'ils s'effectuent à partir d'un standard juridique. Par suite, que le contrôle ait pour référence la bonne foi, l'abus, l'attente d'un contractant raisonnable, l'intérêt commun ou encore l'intérêt du réseau, il présente la même limite : l'indétermination intrinsèque de la norme de contrôle. Il a ainsi été constaté une certaine fongibilité ou identité des standards<sup>4069</sup> et la distinction entre le contrôle

<sup>4058</sup> HELLERINGER (G.), *op. cit.*, n° 405 s., spéc. n° 410. – V. également : WICKER (G.), *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les conceptions contractuelles françaises à l'heure des principes du droit européen des contrats*, dir. P. Rémy-Carlay et D. Fenouillet, Dalloz, p. 169 s., n° 35, « que la clause instituant un pouvoir unilatéral ait été stipulée dans l'intérêt de chacun des parties ou dans l'intérêt exclusif de l'une d'elles, il apparaît que sa mise en œuvre n'est jamais discrétionnaire : tantôt le pouvoir doit être exercé en respectant l'équilibre des intérêts défini par l'accord des parties ; tantôt il doit être exercé conformément à l'utilité particulière – à la cause – qui a justifié que l'un des contractants accepte d'en attribuer le bénéfice à l'autre. Cela met en évidence, qu'en toute hypothèse, l'exercice de ce pouvoir intéresse non seulement son titulaire mais encore son cocontractant ».

<sup>4059</sup> HELLERINGER (G.), *op. cit.*, n° 406.

<sup>4060</sup> *Ibid.*, n° 410 s. – STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 637 s., spéc. n° 659 s. – Sur la critique de cette objectivisation du contrat pour contrôler le pouvoir : LOKIEC (P.), *op. cit.*, n° 176 s.

<sup>4061</sup> Dans ce sens : STOFFEL-MUNCK (P.), *Les répliques contractuelles*, RDC 2010, p. 430 s., p. 433, « le pouvoir unilatéral permet de régir un groupe, même réduit à deux ; peut ainsi apparaître un intérêt commun qui dépasse la somme des intérêts individuels de chaque membre du groupement. A l'intérêt social du droit des sociétés, à l'entreprise du droit social, à l'intérêt général du droit public, à l'intérêt de la famille du droit familial, correspondrait ici un intérêt de l'opération contractuelle. L'usage du pouvoir de révision serait borné par son respect. »

<sup>4062</sup> LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 465 s.

<sup>4063</sup> LOKIEC (P.), *op. cit.*, n° 431 s. – *Contra* : GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 214 s., définissant le pouvoir comme une prérogative juridique, comme la capacité à passer « des actes juridiques » (n° 225) et excluant ainsi les « agissements matériels » (n° 226).

<sup>4064</sup> LOKIEC (P.), *op. cit.*, n° 381 s.

<sup>4065</sup> Rappr. : FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 52, LGDJ, 2010, n° 218 s., exposant que le pouvoir de l'employeur est finalisé par l'intérêt de l'entreprise (n° 219 s.) et par par des finalités sociales (santé et sécurité des salariés et maintien de l'emploi) (n° 274 s.) et que l'adéquation de l'usage du pouvoir avec ces finalités est contrôlée (n° 290 s.).

<sup>4066</sup> LOKIEC (P.), *op. cit.*, n° 564 s.

<sup>4067</sup> LOKIEC (P.), *op. cit.*, n° 564 s. – Dans ce sens également : AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 250 s., proposant de considérer qu'« il y aurait abus de droit de la part d'un cocontractant à prendre une décision, au cours de relations contractuelles ou au jour de la rupture du contrat, contrairement à l'intérêt commun et dans l'unique dessein d'en retirer un avantage personnel au détriment de son cocontractant » (n° 255), cet intérêt commun étant l'intérêt du réseau, conçu comme une institution (n° 255 et n° 101 s., spéc. n° 145) – AMIEL-COSME (L.), *La théorie institutionnelle du réseau*, Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1 s., n° 20 s.

<sup>4068</sup> LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 465 s.

<sup>4069</sup> V. par ex. : CHENEDE (F.), *Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles*, RDC 2011, p. 709 s., spéc. n° 21, soutenant que « l'abus se confond avec la mauvaise foi » et que « l'incohérence [...] n'est qu'une manifestation, parmi d'autres, du devoir de loyauté » lui-même tiré de l'exigence de bonne foi.



interne et externe n'est pas nette<sup>4070</sup>. Les auteurs reconnaissent parfois la vacuité de vouloir définir<sup>4071</sup> et distinguer les standards même s'ils ne résistent pas à le faire<sup>4072</sup>.

**1087. Incertitude du contrôle à partir d'un standard juridique.** En effet, les standards ont beau être multipliés et distingués, ils restent indéterminés par nature<sup>4073</sup> et donc incertains. Le contenu de la norme varie donc selon le juge et l'espèce. Il a ainsi été souligné l'« *irréductible incertitude* » de la bonne foi, son « *incompressible subjectivisme* »<sup>4074</sup> et la véritable casuistique jurisprudentielle à laquelle cette notion donnait lieu<sup>4075</sup>. Les mêmes constats ont été faits pour l'abus, au point que le contrôle à partir des notions de bonne foi et d'abus a pu être qualifié d'arbitraire<sup>4076</sup>.

La situation est d'autant plus vraie que la Cour de cassation se limite souvent à un contrôle de l'existence de la motivation des juges du fond et valide donc des appréciations très différentes de la bonne foi, de la loyauté ou encore de l'abus. Ainsi une cour d'appel peut caractériser l'abus dans la fixation unilatérale des conditions de vente en constatant qu'un concédant, « *confronté [...] à un effondrement général du marché de l'automobile [...] avait pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité [...] [et] bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché [...] il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires et que notamment, en ce qui concerne [le concessionnaire en cause], il aurait pu disposer à son endroit d'un montant équivalant à l'insuffisance d'actif que celui-ci a accusé* »<sup>4077</sup>. Au contraire, une cour d'appel peut exclure tout manquement à la loyauté et à la bonne foi dans l'exécution du contrat de franchise pour un franchiseur qui, à l'égard d'un franchisé connaissant une exploitation déficitaire maintient les conditions d'exploitation imposées, refuse de

---

<sup>4070</sup> V. par ex. : LOKIEC (P.), *op. cit.*, n° 246, « il n'existe pas de différence radicale entre la bonne foi dans sa fonction d'instrument de contrôle de la prérogative contractuelle et l'abus de droit » – Dans ce sens : CHENEDE (F.), *Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles*, RDC 2011, p. 709 s., n° 21, constatant que « l'abus par détournement se distingue mal de l'abus par déloyauté : il s'agit toujours de sanctionner un mauvais comportement, un comportement malhonnête, un comportement « déloyal » » – MAZEAUD (D.), *Revue de la thèse de P. Stoffel-Munck*, RTD civ. 1999, p. 962 s., relevant que « décider qu'un abus a été commis dans la mise en œuvre d'une clause consistant à la détournement de sa finalité, implique nécessairement un jugement sur le comportement du cocontractant » – BÉNABENT (A.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français*, in *Trav. Ass. H. Capitant, La bonne foi*, Litec, 1992, p. 291 s., p. 298, constatant que la bonne foi a été progressivement substituée à l'abus de droit mais que le changement est « surtout d'ordre terminologique et présente le seul avantage de « coller » directement à l'article 1134 alinéa 3 – car sur le fond l'idée est à peu près la même : il y a mauvaise foi du créancier lorsqu'il se sert de ses prérogatives contractuelles d'une manière qui traduit un excès ou un détournement, c'est-à-dire un abus ».

<sup>4071</sup> V. par ex. : LEQUETTE (S.), *op. cit.*, n° 440, soutenant qu'il existe une intensité variable du devoir de coopération mais que l'entreprise d'établir « une grille précise » serait « vaine tant le degré d'intensité de la coopération est variable selon les hypothèses ».

<sup>4072</sup> V. par ex. : BÉNABENT (A.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français*, in *Trav. Ass. H. Capitant, La bonne foi*, Litec, 1992, p. 291 s., p. 298, soulignant que « s'agissant par nature d'une notion souple, d'un instrument destiné à donner aux juges une marge de manœuvre par rapport à la force obligatoire du contrat, on ne saurait l'enfermer à son tour dans un cadre rigide et elle a nécessairement des contours imprécis » avant néanmoins d'avancer une classification « avec prudence et modestie ».

<sup>4073</sup> *Supra* n° 911.

<sup>4074</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J-L) et SAVAUX (E.), *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 15<sup>e</sup> éd., Sirey, 2012, n°378.

<sup>4075</sup> MARTEL (D.), *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, Préf. P. Stoffel-Munck, Bibl. IRJS, t. 34, IRJS éd., 2012, n° 357 – JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Préf. F. Ferrand, NBT, Dalloz, 2001, n° 305 s. – V. également : AMIEL-COSME (L.), *La théorie institutionnelle du réseau*, *op. cit.*, n° 31 s. s'étonnant que la bonne foi entraîne une obligation de reclassement dans les contrats de travail mais pas dans les contrats de distribution.

<sup>4076</sup> LEVENEUR (L.), *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 173 s., n° 17 s., mettant en exergue l'insécurité juridique et l'imprévisibilité du contrôle du juge à partir de la notion de bonne foi (n° 17) ou d'abus (n° 19) et concluant que « le juge c'est l'arbitraire » (n° 20).

<sup>4077</sup> Com. 05/01/2002 : n° 99-21172 ; D. 2002, 1974, P. Stoffel-Munck et 2841, D. Mazeaud ; JCP 2002.II.10157, C. Jamin ; CCC 2002, 94, M. Malaurie-Vignal ; RTD civ. 2002, 294, J. Mestre et B. Fages ; RDC 2003, 154, M. Béhar-Touchais ; CDE 5/2002, 28, D. Mainguy – *Supra* n° 561.

renégocier le contrat, de réduire ou supprimer les redevances qui contribuent aux pertes et de reprendre lui-même l'exploitation de certains sites, le franchiseur n'ayant, en l'absence de stipulation contractuelle, aucune « obligation de prendre en charge les pertes du franchisé », de « renégocier un contrat en cours d'exécution », de reprendre l'exploitation de certains sites en cas de résultats d'exploitation déficitaires et que « si l'enseigne n'a pas connu le succès escompté, le franchisé n'est pas fondé à en demander réparation auprès du franchiseur, sauf à rapporter la preuve d'un manquement précis de ce dernier à ses obligations contractuelles »<sup>4078</sup>.

**1088. Faible efficacité normative du standard juridique.** Le standard juridique étant intrinsèquement indéterminé et la détermination de son contenu abandonnée aux juges au gré des espèces, il rend difficile, sinon impossible, toute anticipation. L'effet normatif du standard en cours de relation de distribution est donc très limité<sup>4079</sup>. Il dépend finalement de la conception qu'en aura chaque partie.

Le fournisseur ne pouvant savoir quand l'usage de son pouvoir est abusif, il n'est pas incité à le limiter. De même, le distributeur ne pouvant savoir quand l'usage du pouvoir du fournisseur pourra être jugé abusif, il n'a aucun moyen de pression sur le fournisseur en cours de relation de distribution.

Par exemple, si le fournisseur subit une hausse des matières premières, peut-il la répercuter totalement ou partiellement sur le distributeur en augmentant les prix d'achat et laisser inchangés les prix maximaux de revente ? Cette répercussion peut-elle être totale ou le surcoût de production doit-il être réparti à part égale entre eux ? Ne faudrait-il pas également tenir compte de la situation financière de chacun ? Une répercussion totale de cette hausse n'est-elle pas acceptable si elle s'accompagne d'une répercussion totale d'une future baisse ? Sur cette question, le fournisseur et les distributeurs auront souvent des points de vue très différents.

La doctrine est également très divisée sur les critères de l'abus dans la fixation des prix d'achats des distributeurs<sup>4080</sup> et il apparaît donc impossible de prédire celui d'un juge. En pratique, c'est donc le point de vue du fournisseur qui s'imposera car il détient le pouvoir de fixation du prix. Il en sera de même pour l'ensemble des conditions d'exploitation sur lesquelles le fournisseur détient un pouvoir.

Le distributeur n'envisagera donc une action en justice qu'à partir du moment où l'usage de ce pouvoir rend son exploitation durablement déficitaire. Mais il s'agira alors souvent de mettre fin à une relation dont les conditions sont devenues insupportables et, compte tenu du temps nécessaire pour obtenir une décision de justice définitive, l'enjeu sera d'obtenir des dommages et intérêts permettant d'augmenter l'actif de liquidation de l'entreprise de distribution<sup>4081</sup>.

---

<sup>4078</sup> Com. 07/01/2014 : n° 12-17154 – Comp. : Com. 30/01/1996 : n° 94-13799, retenant la responsabilité civile du franchiseur au motif que « l'échec du franchisé résultait de l'inadaptation de la politique commerciale du franchiseur » qui « s'est refusé à modifier son système de vente dit "discount" touchant une clientèle à revenu modeste et ne correspondant pas aux goûts de celle du lieu d'implantation du franchisé » et a ainsi « maintenu une politique commerciale inadaptée au contexte dans lequel se situait le magasin concerné ». – *Supra* n° 561.

<sup>4079</sup> Rappr. : MAZEAUD (D.), *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle*, in Mél. F. Terré, 1999, p. 603 s., n° 2, « la devise choisie [(loyauté, solidarité, fraternité)] pour mener les investigations contractuelles qui vont suivre pâtit sans aucun doute de l'effet de mode qui caractérise la bonne foi et de la très faible charge normative des trois éléments qui la compose ».

<sup>4080</sup> *Supra* n° 561.

<sup>4081</sup> Dans ce sens pour la détermination unilatérale du prix : JAMIN (C.), *Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d'un abus*, in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ, 2008, p. 93 s., n° 233 s., « les contractants, qui ne disposent pas du pouvoir de négocier le prix en fonction de leurs propres anticipations ou encore à un niveau qu'ils considèrent comme étant la juste contrepartie de leur prestation, ne peuvent se prévaloir de la jurisprudence pour le négocier de manière effective en cours d'exécution du contrat. La jurisprudence sur la détermination du prix n'a toujours été invoquée qu'au moment de la rupture de la relation contractuelle » – Même constatation : AUBERT de VINCELLES (C.), *Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix*, D. 2006, p. 2629 s., note 45, « à lire les arrêts, non publiés, dans lesquels le distributeur invoque un abus dans la fixation du prix, on constate que cet argument est souvent présenté comme celui de la « dernière chance », le distributeur essayant par un dernier moyen de limiter le montant de ses dettes, souvent dans le cadre d'une procédure collective ».

Les actions sont ainsi rares, souvent menées par les liquidateurs<sup>4082</sup> et rarement couronnées de succès, ce qui encourage d'autant moins à les initier. Ainsi, depuis que la Cour de cassation a admis en 1995 que le prix d'achat du distributeur pouvait être unilatéralement déterminé par le fournisseur dans la limite de l'abus, seules quatorze affaires lui ont été soumises et l'abus n'a été caractérisé que deux fois<sup>4083</sup>. De même, depuis que la Cour de cassation a admis en 1992 et 1998 qu'un fournisseur pouvait manquer à son obligation de bonne foi en ne permettant pas à un distributeur de pratiquer des prix concurrentiels, ce manquement n'a été invoqué devant elle qu'à cinq reprises, sans succès<sup>4084</sup>.

**1089. Affaiblissement de la protection.** Le contrôle des prérogatives du fournisseur à partir d'un standard peut ainsi avoir l'effet paradoxal d'affaiblir la protection du distributeur. Tel a été le cas avec le passage de la nullité des clauses de détermination unilatérale du prix au contrôle de l'abus dans cette détermination<sup>4085</sup>. En effet, alors qu'il suffisait avant au distributeur de prouver l'existence d'une prérogative unilatérale de détermination du prix pour se soustraire à des prix qu'il contestait en obtenant la nullité du contrat-cadre, il lui faut maintenant prouver un abus, ce qui est beaucoup plus difficile et aléatoire<sup>4086</sup>. Une partie de la doctrine a même suspecté la Cour de cassation d'avoir introduit ce contrôle de l'abus sans en préciser le critère dans le but de dissuader les actions en justice et ainsi de tarir le contentieux<sup>4087</sup>.

**1090. Risque d'immixtion du juge.** Par ailleurs, il n'est pas souhaitable que le contrôle direct du pouvoir du fournisseur par le juge se développe, surtout à partir d'un standard juridique. Il pourrait conduire à une immixtion judiciaire importante dans la stratégie commerciale des fournisseurs<sup>4088</sup> et remettre ainsi en cause leur liberté d'organiser la diffusion de leurs produits ou services. En effet, sauf à n'effectuer qu'un contrôle se

---

<sup>4082</sup> Dans les deux exemples précédents, l'action avait été initiée ou reprise par le liquidateur. – V. également : Com. 14/12/1999 : n° 97-20304 – Com. 17/12/2003 : n° 01-16505.

<sup>4083</sup> *Supra* n° 561.

<sup>4084</sup> *Supra* n° 560, dans les 5 affaires soumises à la Cour de cassation depuis 1998, la responsabilité du fournisseur n'a jamais été engagée (Com. 14/12/1999 : n° 97-20304 – Com. 14/01/2003 : n° 00-16617 – Com. 01/07/2003 : n° 01-00191 – Com. 20/02/et 6/11/2007 : n° 05-15152 – Com. 07/01/2014 : n° 12-17154).

<sup>4085</sup> Sur ce passage : *supra* note n° 2129.

<sup>4086</sup> Dans ce sens : JAMIN (C.), *Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d'un abus*, in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ, 2008, p. 93 s., n° 235 s., « avant 1995, il suffisait à la partie qui n'avait pas le pouvoir de déterminer le prix de procéder à la lecture, fût-elle attentive, des stipulations du contrat. L'objet de preuve était beaucoup plus simple hier qu'aujourd'hui où la jurisprudence ne s'appuie plus sur un critère formel, mais retient – ou, plus exactement peut-être, serait susceptible de retenir – l'existence d'un abus uniquement en fonction d'une pluralité d'indices concrets qui renvoient à la fois à une analyse économique (état du marché, durée d'amortissement, offres concurrentes) et à une étude du comportement du contractant, avec une incertitude majeure qui tient à la détermination du seuil à partir duquel le juge est susceptible de retenir le caractère abusif de l'augmentation du tarif : 5 %, 20 %, 50 % ou 100 % sur un produit unique ou quelques produits seulement, voire 0,02 %, 0,1 % ou encore 0,4 % sur une pluralité de produits (songeons à un contrat de franchise conclu dans le secteur de la grande distribution qui porte sur plusieurs milliers de références) » – V. également : TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 293 – LEVENEUR (L.), *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 173 s., n° 19 – THIOYE (M.), *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, Préf. D. Tomasin, PUAM, 2004, n° 760.

<sup>4087</sup> Dans ce sens : JACQUES (P.), *Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans peur*, RTD civ. 2007, p. 514 s., p. 517 s., se demandant si « le but [des arrêts de 1995] n'ait pas été de régler une épineuse question de droit, mais de dissuader d'agir en justice en pareille situation. [...] Que l'on y songe plutôt : en théorie, au moins, l'essentiel du contrôle juridique devait, à partir de 1995, se concentrer sur l'abus dans la fixation unilatérale du prix ; en réalité, cependant, aucune définition de cet abus n'est jamais venue de la Cour de cassation, signe possible de l'inutilité de préciser une notion qui, en ce domaine au moins, n'aurait plus vocation à intervenir. Supposons, dans le doute jurisprudentiel, que l'abus soit bien ce que M. Jamin envisageait [...] : une notion théoriquement indéterminable en matière de fixation unilatérale et ultérieure d'un prix, néanmoins pratiquement compréhensible par son effet, l'éviction du débiteur d'un tel prix du jeu du marché, par impossibilité dans laquelle ce prix le mettrait d'affronter la concurrence à la revente. On comprendrait alors que le contentieux se soit vidé si vite et si radicalement, le débiteur d'un prix fixé abusivement et unilatéralement par son créancier étant conduit à une situation qui lui interdirait, dans les faits, d'agir en justice, de payer les provisions liées aux expertises, d'espérer percevoir et conserver pour son seul profit une indemnisation, etc. ».

<sup>4088</sup> Dans le sens d'un tel contrôle : DE BOUARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, n° 433 s., soutenant que la possibilité d'une responsabilité du fournisseur dans la définition de la stratégie devant être suivie par le distributeur (n° 433 s.) et dans la mise en œuvre de cette stratégie (n° 460 s.) – Pour un exemple : Com. 30/01/1996 : n° 94-13799, jugeant que « l'échec du franchisé résultait de l'inadaptation de la politique commerciale du franchiseur » qui « s'est refusé à modifier son système de vente dit "discount" touchant une clientèle à revenu modeste et ne correspondant pas aux goûts de celle du lieu d'implantation du franchisé » et a ainsi « maintenu une politique commerciale inadaptée au contexte dans lequel se situait le magasin concerné ».

limitant à l'existence d'une motivation par le fournisseur et confinant donc à une absence de contrôle<sup>4089</sup>, le juge devra nécessairement apprécier la stratégie de distribution mise en œuvre.

Or, on peut sérieusement douter de la pertinence de confier à un juge la mission de contrôler la conformité à l'intérêt du réseau et, *a fortiori*, la nécessité et la proportionnalité de l'évolution de normes de commercialisation entraînant des charges supplémentaires pour les distributeurs.

En effet, une politique commerciale présente toujours une part de risque, d'appréciation subjective, de perception du marché et d'irrationnel qui rend difficile son appréciation, surtout *a priori*. Seul le test du marché permet de savoir si une stratégie a été profitable à un réseau. Mais puisque le marché recèle un aléa important, le fait qu'une stratégie ait échoué ne signifie pas qu'elle n'était pas conforme, nécessaire et proportionnée à l'intérêt du réseau. De plus, la politique commerciale d'un réseau de distribution se décide généralement sur un plan national, voire international, alors que le juge sera nécessairement saisi du cas particulier d'un distributeur.

Considérons par exemple un franchiseur qui décide d'une évolution de l'image de l'enseigne sans affecter les prix pratiqués auprès des consommateurs et maintient ainsi son barème de prix maximaux de vente aux consommateurs tout en modifiant substantiellement les normes de commercialisation, obligeant ainsi les distributeurs à réaliser des dépenses et investissements importants sans pouvoir augmenter leurs prix de vente. Un juge pourra-t-il juger que cette évolution des normes n'est pas nécessaire ou disproportionnée ? Qu'un changement de la présentation des magasins n'était pas nécessaire ? Que le mobilier choisi était trop coûteux ? Que ce changement aurait dû s'accompagner d'une possibilité d'augmentation des prix ? Saisi du cas d'un distributeur qui a été étranglé par cette nouvelle politique commerciale, le juge pourrait être tenté de le juger mais il remettrait alors en cause, à partir d'un cas particulier, une stratégie nationale potentiellement profitable aux intérêts des autres membres du réseau.

Ce contrôle heurte donc frontalement la liberté des fournisseurs de déterminer les conditions de diffusion de leurs produits ou services, de développer des stratégies globales et innovantes pour s'adapter au marché et acquérir un avantage concurrentiel.

**1091. Conclusion.** Par conséquent, l'exigence que le fournisseur use de son pouvoir conformément à un standard juridique ne fixe pas de limite objective à ce pouvoir mais habilite seulement un juge à s'immiscer dans l'organisation et la direction d'un réseau de distribution. Comme le contenu de la norme sera seulement déterminé par le juge *a posteriori* et ne pourra être anticipé, ce procédé ne pose pas de véritable limite au pouvoir du fournisseur en cours de relation de distribution. En pratique la limite est essentiellement économique : il s'agit d'un usage du pouvoir rendant l'exploitation du distributeur durablement déficitaire car elle provoquera alors, de fait, la fin de la relation. La limitation du pouvoir du fournisseur par des standards n'est donc pas de nature à protéger le distributeur contre une évolution défavorable des conditions de la relation initialement négociées ou acceptées mais présente les inconvénients de permettre une immixtion judiciaire potentiellement néfaste au réseau.

Ce constat conduit à envisager de remplacer ou compléter les standards par des normes au contenu déterminé par la loi. Mais cette solution comporte également des inconvénients.

---

<sup>4089</sup> Sur la faiblesse d'un tel contrôle : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004, n° 393 s.

## **2 – Les inconvénients d’une limitation par des normes légales intrinsèquement déterminées**

**1092. Efficacité.** Poser des limites directes intrinsèquement déterminées – précises – aux pouvoirs du fournisseur est certainement plus dissuasif que de les borner par une norme indéterminée (un standard juridique). Le fournisseur et le distributeur pourraient alors anticiper l’usage illégal du pouvoir. Le distributeur serait ainsi certain de pouvoir engager la responsabilité du fournisseur et ce dernier s’exposerait à une résolution pour inexécution rendant notamment exigible l’indemnisation des dépenses ou investissements non rentabilisés et du manque à gagner d’exploitation de la clientèle.

**1093. Inconvénients.** Cependant, les inconvénients qui avaient été mis en évidence dans l’élaboration d’une liste de clauses abusives permettant de limiter la renégociation se retrouvent pour la limitation des usages du pouvoir par des pratiques abusives légalement définies.

En effet, la variété, la complexité et l’évolutivité des rapports de distribution et des marchés rendent impossible l’élaboration d’une liste d’usages interdits du pouvoir. Par exemple, il ne peut être fixé de limite objective et générale à une augmentation du barème des prix d’approvisionnement des distributeurs puisque l’évolution des prix dépend de celle des coûts de production mais également de multiples facteurs comme la taille et l’organisation de l’entreprise du fournisseur ou l’état du marché.

Par ailleurs, l’inventivité des praticiens contournerait les usages illégaux par d’autres usages permettant d’aboutir aux mêmes fins si bien que la loi aurait toujours un temps de décalage important avec la pratique. La liste des pratiques illégales pourrait ainsi s’allonger au point de remettre en cause la flexibilité recherchée par les parties à une relation de distribution lorsqu’elles se sont accordées pour octroyer des prérogatives unilatérales au fournisseur.

Elle pourrait également conduire à une appréciation analytique. Or, une pratique considérée isolément peut apparaître abusive mais justifiée dans une appréciation globale. Par exemple, une évolution des normes de commercialisation conduisant à imposer des dépenses et investissements conséquents aux distributeurs alors que la conjoncture est mauvaise pourrait apparaître comme abusive en elle-même. Mais si elle s’accompagne de dépenses et investissements importants de la part du fournisseur pour renouveler la gamme des produits ou services, d’une baisse des redevances dues par les distributeurs ou d’une baisse des prix de vente aux distributeurs, ce caractère abusif est remis en cause. De même, une hausse importante des redevances sans contrepartie immédiate peut paraître abusive mais trouver sa justification dans une contrepartie passée si elle intervient, par exemple, après une période marquée par d’importantes dépenses du fournisseur pour promouvoir les produits ou services commercialisés par les distributeurs.

Le risque serait d’enfermer les relations de distribution dans un carcan rigide alors que les fournisseurs et les distributeurs recherchent, au contraire, la flexibilité<sup>4090</sup>.

---

<sup>4090</sup> *Supra* n° 1080. – Dans ce sens : LEBRETTON (S.), *L’exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Préf. M. Pédamon, BDE, t. 57, Litec, 2002, n° 158, « nous avons la ferme conviction que les contrats de distribution, nécessairement conclus entre professionnels, ne doivent en aucun cas devenir des contrats sous tutelle, où la liberté contractuelle connaîtrait trop de restrictions. Le contrat de distribution n’est pas le contrat de consommation ; il n’appelle certes pas la même protection. Résultant de l’inégalité naturelle des connaissances et compétences professionnelles, la supériorité d’un contractant sur l’autre paraît inéluctable. [...] Ce qui doit importer est la façon dont sera exécuté un tel contrat [...]. C’est donc vers une prévention plus souple qu’il convient désormais de s’orienter ». – Comp. : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 581 s., si « ce type d’interdiction automatique présente [...] l’avantage d’être prévisible, simple et efficace », par leur « application générale et automatique

**1094. Exemple.** Ainsi, par exemple, la loi interdit « *le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* »<sup>4091</sup>. Si le texte a été adopté dans le but de renforcer la concurrence par les prix et de limiter l'inflation<sup>4092</sup>, il constitue également une limite aux prérogatives unilatérales du fournisseur pour préserver « *la liberté commerciale du revendeur* »<sup>4093</sup>.

Cependant, une partie de la doctrine a mis en évidence les effets parfois pervers de cette interdiction *per se* qui ne tient pas compte des circonstances<sup>4094</sup>. En effet, les investissements nécessaires au lancement de certains produits ou l'image des produits de luxe pourraient justifier un prix minimum de vente (pour éviter le « *gâchage* »<sup>4095</sup>), ce que la jurisprudence admettait avant la prohibition<sup>4096</sup> et ce que la Commission européenne commence à admettre pour les pratiques anticoncurrentielles<sup>4097</sup>.

Par ailleurs, les praticiens ont rapidement trouvé des parades. Ainsi, les fournisseurs ont pratiqué des prix de ventes conseillés ou indicatifs sachant très bien qu'ils seraient respectés par les distributeurs intégrés à un réseau<sup>4098</sup> et qu'ils pourraient s'en assurer, le cas échéant, au moyens de menaces verbales d'exclusion du réseau et en les mettant à exécution au moyen de non-renouvellements ou résiliations non motivés. Les fournisseurs ont également inventé la technique de la commission-affiliation<sup>4099</sup>. Le commissionnaire-affilié n'ayant pas la qualité de revendeur, les prix qui lui sont imposés s'analysent en des prix de vente et non de revente<sup>4100</sup>. Pourtant, ce distributeur, comme un revendeur franchisé, assume la plupart des dépenses et investissements liés à distribution, court les risques de l'exploitation et de l'entreprise et conclut

---

[...] sans considérer la configuration du marché ni la situation des agents économiques considérés [...] ces règles portent systématiquement atteinte au droit des obligations et attentent gravement à la liberté contractuelle comme à la liberté du commerce et de l'industrie ».

<sup>4091</sup> C. com. art. L. 442-5 – Sur la question, voir notamment : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 373 s. – MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 276 s. – MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCÉ (M.), *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 191 – GRANIER (T.), *Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence*, RTD com. 1991, p. 358 s.

<sup>4092</sup> *Supra* n° 235.

<sup>4093</sup> MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCÉ (M.), *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 191.

<sup>4094</sup> MARTIN (M.), *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, Préf. L. Vogel, PUAM, 2012, n° 417 s., proposant de supprimer la prohibition *per se* – CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 601 s., proposant d'assouplir la prohibition en tenant « *compte des circonstances de l'espèce, comme par exemple le lancement d'un produit* » – Sur la question, voir également : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 276 s. – ARCELIN (L.), *Droit de la concurrence*, PUR, 2<sup>e</sup> éd., 2013, n° 140 – RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *Traité de droit des affaires*, t. 1, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 780 – MAINGUY (D.), *La revente*, Préf. P. Malaurie, BDE, t. 35, Litec, 1996, n° 273 s.

<sup>4095</sup> Sur l'origine des prix de revente imposés pour éviter le « *gâchage* » : MAINGUY (D.), *La revente*, Préf. P. Malaurie, BDE, t. 35, Litec, 1996, n° 273 s. et les références citées.

<sup>4096</sup> FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 373.

<sup>4097</sup> Communication de la Commission du 19/05/2010 *lignes directrices sur les restrictions verticales* : JOUE 19/05/2010, C 130, pt 225, « *les prix de vente imposés peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence. Ils peuvent aussi, notamment lorsqu'ils sont décidés par le fournisseur, entraîner des gains d'efficience, qui seront appréciés conformément à l'article 101, paragraphe 3. En particulier lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, les prix de vente imposés peuvent notamment être utiles, pendant la période d'introduction au cours de laquelle la demande croît, pour inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question. Les prix imposés peuvent permettre aux distributeurs d'augmenter les efforts de vente et, si les distributeurs sur ce marché sont soumis à des pressions concurrentielles, les inciter à développer la demande globale pour le produit et à faire de ce lancement un succès, dans l'intérêt des consommateurs également. De même, des prix de vente imposés, et non pas seulement des prix de vente maximum, peuvent être nécessaires pour organiser, dans le cadre d'un système de franchise ou d'un système de distribution similaire appliquant un format de distribution uniforme, une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (2 à 6 semaines le plus souvent) qui profitera également aux consommateurs. Parfois, la marge supplémentaire offerte par les prix de vente imposés peut permettre aux détaillants de fournir des services de prévente (additionnels), notamment dans le cas de produits d'expérience ou complexes. Si un nombre suffisant de clients s'appuient sur ces services pour faire leur choix, mais achètent ensuite les produits à un prix plus bas à des détaillants qui ne fournissent pas ces services (et, de ce fait, n'en supportent pas les coûts), les détaillants offrant un haut niveau de service peuvent réduire ou supprimer ces services qui augmentent la demande pour le produit du fournisseur. Les prix de vente imposés peuvent contribuer à prévenir un tel parasitisme au niveau de la distribution. Les parties devront démontrer à suffisance qu'il peut être attendu des prix de vente imposés que non seulement ils donnent les moyens de surmonter un éventuel parasitisme entre les détaillants sur ces services, mais aussi qu'ils incitent à le faire, et que les services de prévente profitent globalement aux consommateurs, comme élément de la démonstration du respect de toutes les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.* »

<sup>4098</sup> *Supra* n° 130 et 249.

<sup>4099</sup> *Supra* n° 172 s.

<sup>4100</sup> *Supra* n° 172.

personnellement les ventes avec les clients. S'il a substantiellement quasiment tout d'un revendeur<sup>4101</sup>, il est formellement un commissionnaire.

**1095. Conclusion.** Finalement, limiter directement l'usage du pouvoir du fournisseur à partir de normes intrinsèquement déterminées paraît à la fois impossible et potentiellement néfaste ; le limiter directement par des normes intrinsèquement indéterminées (des standards) conduit à ne pas poser de limite autre que l'exploitation déficitaire rendant impossible la poursuite de la relation par le distributeur ou à admettre une immixtion potentiellement néfaste du juge dans les stratégies commerciales des réseaux de distribution. Ces constats invitent donc à considérer la possibilité de limites indirectes.

## **B – La possibilité de limitations indirectes de l'usage du pouvoir**

**1096. Plan.** Il est envisageable de limiter l'usage du pouvoir du fournisseur sans le borner directement mais en l'encadrant par une procédure permettant la prise en compte de l'intérêt du distributeur<sup>4102</sup>. Ces limitations présentent cependant des insuffisances et inconvénients importants (1), c'est pourquoi il sera proposé d'introduire des limitations indirectes par le biais d'une garantie du revenu du distributeur assortie d'une sanction originale (2).

### **1 – Les insuffisances et inconvénients des limitations procédurales**

**1097. Présentation.** En considérant que les parties sont les plus à même d'apprécier les limites d'une prérogative unilatérale qui a été convenue entre elles, il peut être recherché des moyens de prévenir l'usage abusif d'une telle prérogative en amenant son titulaire à prendre en compte l'intérêt de son cocontractant ou l'intérêt pour lequel la prérogative a été conférée. Une partie de la doctrine soutient ainsi que les prérogatives unilatérales devraient être accompagnées de garanties procédurales de négociation, discussion, conciliation, contradiction, motivation ou de temporisation<sup>4103</sup>.

**1098. Plan.** Il sera successivement mis en évidence les limites des garanties tenant à la collaboration (a), à l'intervention d'un tiers (b), à la motivation (c) et à la temporisation de l'usage des prérogatives (d).

#### **a - Les limites de la collaboration**

**1099. Présentation.** La doctrine s'accorde sur le fait que dans certains contrats de longue durée – en particulier dans les contrats de distribution – la coopération des parties est souhaitable voire nécessaire pour

---

<sup>4101</sup>La seule différence par rapport au revendeur est que le commissionnaire-affilié n'a pas à assumer le coût d'achat des produits distribués (stocks) et les invendus. Cependant, il est tenu en tant que dépositaire et est souvent tenu d'assurer les stocks, comme le ferait un revendeur.

<sup>4102</sup>Sur la promotion d'une justice procédurale comme remède à l'inégalité des parties plutôt qu'un contrôle généralisé du contenu du contrat : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 391 s., spéc. n° 446 s.

<sup>4103</sup>MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 411, LGDJ, 2004, n° 1257 s., les prérogatives unilatérales peuvent exister « à condition que des règles procédurales plus rigoureuses viennent en garantir le caractère juste » (n°1258) et préconisant, « outre l'abus et la bonne foi, un principe de négociation » (n° 1259), de « conciliation et discussion » (n° 1260), « un principe de motivation » (n° 1260) et un « principe de temporisation » (n° 1261) – V. également : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004, n° 343 s., « parce que la décision se caractérise par un choix, le droit ne peut en dicter le contenu. Il peut par contre prescrire la façon dont elle doit être prise, afin qu'elle ne constitue pas un choix arbitraire. C'est ce que permet l'organisation d'une procédure » (n° 343). L'auteur décrit un principe de contradiction « inhérent au pouvoir » (n° 347 s.), une motivation qui « constitue une exigence propre au pouvoir » (n° 352 s.) et l'existence parfois d'un « processus » permettant une « décision [...] ancrée dans le temps » (n° 354 s.).

réaliser l'opération contractuelle et adapter le lien contractuel aux changements de circonstances<sup>4104</sup>. Le courant solidariste soutient même que tout contrat doit être perçu comme le siège d'un véritable devoir de coopération entre les contractants<sup>4105</sup>.

**1100. Limites.** Cependant, c'est une chose de constater que les parties collaborent ou de souhaiter qu'elles le fassent, c'en est une autre de l'imposer.

**Inefficacité de la collaboration imposée.** L'adoption d'une norme de collaboration, de discussion<sup>4106</sup>, de négociation entre fournisseurs et distributeurs peut inciter à la collaboration, à la discussion ou à la négociation mais ne peut les créer artificiellement. Soit les parties collaborent naturellement parce qu'elles le souhaitent ou y ont intérêt et le droit n'est alors d'aucune utilité<sup>4107</sup>, soit la collaboration n'existe pas (une des parties n'y a pas intérêt) et l'imposer apparaît vain<sup>4108</sup>. Lorsque le contrat suppose une collaboration mais qu'une partie cesse de collaborer, il semble voué à l'échec. Le droit devrait alors encadrer sa cessation plutôt que de tenter de forcer artificiellement sa continuation.

La négociation, la collaboration, la discussion, la coopération, la contradiction permettent peut-être parfois d'éviter les abus mais uniquement si les parties y sont disposées. Imposer une discussion alors qu'une partie n'y est pas prête ou n'y a pas intérêt donnera lieu à un simulacre sans effet. La procédure sera donc respectée et un abus pourra pourtant avoir lieu. Inversement, l'irrespect d'une procédure de discussion, si elle caractérise une faute dans la procédure d'usage de la prérogative unilatérale, ne permet pas de prouver l'existence d'un abus dans son usage même<sup>4109</sup>.

**Indétermination.** Par ailleurs, ces normes de comportement sont elles-mêmes indéterminées et n'offrent pas plus de prévisibilité et de normativité que la bonne foi. Selon les juges et les espèces, la négociation, la discussion, la coopération ou la collaboration ne recouvriront pas les mêmes exigences. Certains considéreront que la collaboration doit conduire à renoncer à l'usage d'une prérogative unilatérale lorsqu'elle porte atteinte à l'intérêt de l'autre partie. D'autres estimeront que cette atteinte doit avoir une certaine intensité, la prérogative unilatérale étant sinon vidée de sa substance. Il existerait naturellement une discussion sur cette intensité et les circonstances qui pourraient la faire varier. Cela aboutirait finalement à

---

<sup>4104</sup> V. par ex. : LEBRETON (S.), *op. cit.*, n° 160 s., plaçant pour « la prise de conscience de la nécessité d'une collaboration dans l'intérêt de la relation contractuelle d'exclusivité ».

<sup>4105</sup> Dans ce sens : JAMIN (C.), *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 s., spéc. p. 451.

<sup>4106</sup> Ainsi, par exemple, l'article L. 134-4 du Code de commerce dispose que « les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties », que « les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information » et que « l'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel [et] le mandant [...] mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ».

<sup>4107</sup> Dans ce sens : FRISON-ROCHE (M.-A.), *Volonté et obligation*, in *L'obligation*, APD 2000, p. 135 s., n° 38.

<sup>4108</sup> Dans ce sens : LEBRETON (S.), *op. cit.*, n° 166, « seule une prise de conscience peut modifier l'antagonisme latent – aucune collaboration ne peut être imposée par voie autoritaire, notamment législative » – LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, n° 159 s., spéc. n° 167, « on peut douter de la capacité du droit à instaurer un tel rapport [de coopération]. Il peut certes être soutenu que le contrat opère « transformation » du conflit d'intérêts en coopération, le conflit devenant coopération après la formation du contrat. Cependant, le droit peut-il, d'avantage que l'économie, la sociologie ou la psychologie, prétendre assurer la coopération ? Bien au contraire, on peut se demander si cette dernière ne justifie pas une abstention du droit. [...] Difficile en effet d'admettre sans réserve qu'une conduite coopérative se décrète ou s'impose ».

<sup>4109</sup> Dans ce sens : Com. 13/11/2003 : n° 01-14368 la cour d'appel a retenu que « la société Lemaire n'a jamais donné suite aux demandes répétées de renégociation des conditions contractuelles que lui adressait la société Lerat et que faute d'avoir accepté une renégociation du contrat, la société Lemaire ne peut plus faire état d'aucun prix déterminé et que cette attitude caractérise un abus dans la fixation de prix laissé indéterminé par un contrat cadre ». La Cour de cassation juge « qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir que le manquement par la société Lemaire à son obligation de se réunir avec son cocontractant dans certaines hypothèses aurait eu pour effet de rendre le prix indéterminé et, par cela seulement, sa fixation abusive, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».



« livrer le contrat au juge, avec un fort risque d'arbitraire »<sup>4110</sup>.

**Méconnaissance de l'économie de la relation.** De plus, instaurer une collaboration, une coopération dans l'usage de prérogatives unilatérales pourrait méconnaître la volonté des parties qui les ont instaurées.

Ainsi, dans la franchise, le franchisé n'entend pas collaborer avec le fournisseur dans l'élaboration d'un savoir-faire et d'une politique commerciale mais se voir transmettre un tel savoir-faire, être assisté dans sa mise en œuvre et suivre la politique commerciale qui a fait la réussite du franchiseur et des autres membres du réseau. Cela ne signifie nullement qu'un franchisé ne puisse contribuer à une amélioration du savoir-faire et de la politique commerciale<sup>4111</sup> mais, avant tout, il entend profiter d'un savoir-faire substantiel existant déjà<sup>4112</sup> et dont l'absence prive potentiellement de cause son engagement<sup>4113</sup>.

Inversement, le franchiseur ne cherche pas à s'adjoindre des codécideurs mais à conserver la maîtrise de la distribution de ses produits ou services malgré l'externalisation de cette fonction pour des raisons souvent financières. Dans le cas contraire, ce n'est pas un contrat de franchise que les parties ont conclu mais un autre rapport contractuel : un contrat de « *partenariat* »<sup>4114</sup> ou un contrat de société<sup>4115</sup>.

Ainsi, on ne saurait imposer de l'horizontalité là où les parties ont choisi la verticalité sauf à brider la liberté contractuelle et à se priver de formes de distribution dont l'efficacité et la contribution au progrès économique ont été admises<sup>4116</sup>. Les deux formules doivent être possibles<sup>4117</sup> et la prévention des abus ne doit pas conduire à en interdire une ou à la rendre impraticable. Or, imposer une sorte de négociation collective des normes commerciales et de gestion dans un réseau de concession ou de franchise, non seulement nie la

---

<sup>4110</sup> LEVENEUR (L.), *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 173 s., n° 17, « puisque les cocontractants sont censés former une union dirigée vers un but commun et dominée par la solidarité (tel est le mythe), il conviendrait de leur imposer cette attitude lorsqu'elle n'est pas spontanément la leur. Mais l'imprécision de cette solidarité et des concepts préconisés pour l'imposer – au premier chef, la bonne foi – est telle, qu'elle est source d'insécurité et d'imprévisibilité : on ne peut faire du droit sûr avec des concepts mous ! [...] Accepter la mise en œuvre de cette doctrine, c'est donc nécessairement livrer le contrat au juge, avec un fort risque d'arbitraire ».

<sup>4111</sup> Sur la collaboration du franchisé à l'amélioration du savoir-faire : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 508.

<sup>4112</sup> Rappr. : GRAS (G.), *Propos conclusifs*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4185, n° 2 s., « la franchise est un contrat qui est intrinsèquement fondé sur une relation déséquilibrée entre le franchiseur et le franchisé [...], ce déséquilibre trouve son origine dans une relation ancestrale entre d'une part un « sachant », un détenteur d'un savoir et d'autre part une personne qui désire acquérir ce savoir » – REGNAULT (S.), *Pour une application raisonnée de l'article L. 781-1 2° du Code du travail*, PA 29/07/2005, p. 4 s., concluant à l'existence d'« une situation de déséquilibre, quasi inhérente à la distribution intégrée » – BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 182, « si le contrat de distribution est un contrat de dépendance, il comporte par essence des clauses déséquilibrées. Cela fait partie du mécanisme d'intégration ».

<sup>4113</sup> Dans ce sens : Com. 09/10/1990 : n° 89-13384 ; RTD civ. 1991, 325, J. Mestre.

<sup>4114</sup> KAHN (M.), *Franchise et Partenariat*, Dunod, 2009, p. 134, « dans le cadre d'un réseau de franchise, le franchiseur – contre rémunération – offre aux membres du réseau un savoir-faire uniforme qu'ils s'engagent à appliquer à la lettre. C'est donc une communication verticale de connaissances. Tout au contraire, le partenariat est fondé sur l'échange de connaissances et d'expériences. Chaque partenaire enrichit, par conséquent, ce qu'il a reçu. Le concept devient alors « la chose de tout le monde » » – Sur la distinction entre franchise subordonnante et franchise partenariale : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 87 s.

<sup>4115</sup> Il peut encore s'agir d'une coopérative de commerçants détaillants (C. com. art. L. 124-1 s.) dont l'objet est « d'améliorer par l'effort commun de leurs associés les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale » (C. com. art. L. 124-1). – Sur la question : AUBRY (H.), *La franchise et les modèles concurrents*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4174, n° 5 – HERAIL (M.), *Coopérative de commerçants détaillants*, Rép. soc. Dalloz, 2006, n° 117 s. – Sur ces structures horizontales : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 766 s.

<sup>4116</sup> *Supra* n° 899.

<sup>4117</sup> DEMOGUE (R.), *Du droit de résiliation unilatérale du contrat*, RTD civ. 1907, p. 245 s., spéc. p. 274 s., il faut admettre l'unilatéralité pour correspondre aux nécessités de la pratique, en effet, « il y a des gens qui dans la vie moderne, en dépit de notre système d'égalité juridique, sont des chefs, exercent une influence, ils sont comme le centre nerveux d'une activité puissante : qu'ils soient à la tête de tel ou tel genre d'établissement ; qu'ils aient ou non les qualités pour diriger et l'étoffe d'un surhomme (au bon sens du mot), peu importe. Il y aura toujours des dirigeants. Le moule juridique des conventions doit être suffisamment plastique par certains côtés pour leur permettre dans les contrats qu'ils passent pour se faire aider, d'assurer une direction assez précise aux diverses branches d'activité auxquelles ils se donnent, pour leur rendre possible d'embrasser un ensemble d'affaires et d'y faire sentir continuellement leur volonté. Cela doit être, sauf à limiter ce pouvoir de commandement pour éviter les abus, et à établir une responsabilité corrélatrice. N'est-il pas vain, sous prétexte d'assurer une égalité qui n'est pas, de vouloir établir des règles de droit sans rapport avec les nécessités pratiques que l'on est obligé chaque jour de méconnaître ? ».

nature de ces réseaux<sup>4118</sup> mais pourrait provoquer leur paralysie et désorganisation alors que l'objet des prérogatives unilatérales est, au contraire, d'assurer leur homogénéité, souplesse et réactivité<sup>4119</sup>.

**Occultation du pouvoir.** Ces négociations ou discussions imposées pourraient également avoir l'effet pervers d'occulter l'existence du pouvoir<sup>4120</sup>. Certaines têtes de réseaux organisent ainsi parfois des conventions au cours desquelles les membres du réseau sont censés élaborer en commun la politique commerciale et la politique de prix. En réalité, il s'agit souvent d'approuver la politique commerciale et les barèmes de prix de la tête de réseau. La décision pourra néanmoins être présentée comme un accord collectif et les prix comme ayant été expressément acceptés, notamment à l'égard des autorités et juridictions de la concurrence<sup>4121</sup>.

**1101. Conclusion.** Finalement, il est vain et même contre-productif, au motif de prévenir les abus, d'imposer artificiellement de la collaboration, de la coopération, de la négociation et même une simple discussion des parties dans l'usage des prérogatives unilatérales. Une partie de la doctrine a cependant proposé de seulement favoriser la collaboration des parties par l'intervention d'un tiers.

## **b - Les limites de l'intervention d'un tiers**

**1102. Présentation.** Des auteurs promeuvent la médiation et la conciliation comme garanties procédurales aux prérogatives unilatérales<sup>4122</sup>. Madame Lebreton soutient ainsi que « *conventionnellement ou judiciairement organisée, la médiation apparaît comme un instrument indispensable de la prévention des abus, en permettant d'apaiser la relation contractuelle et de protéger le lien contractuel* ». Elle propose qu'en l'absence de médiation conventionnellement organisée, un juge puisse intervenir mais « *se limiter à mettre les parties face-à-face, à faire appel à leur participation, à leur responsabilité, en leur proposant de renégocier, notamment sous l'égide d'un médiateur* »<sup>4123</sup>. Ces procédés ne sont pas inconnus du droit de la distribution puisque les anciens règlements européens visant le secteur automobile conditionnaient l'exemption à l'existence d'une clause de recours à un « *expert indépendant* » en cas de litige<sup>4124</sup>.

---

<sup>4118</sup> Dans ce sens : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 408, « l'idée d'une libre discussion du prix autrefois promue par la jurisprudence, outre qu'elle était peu conforme aux nécessités pratiques, méconnaissait la nature des contrats de distribution intégrée et des réseaux, véritable système à la tête duquel il faut un chef qui puisse décider. L'esprit du contrat de commandement s'oppose ainsi à ce que soit exigée du chef de réseau une motivation de sa déclaration formatrice » et, a fortiori, une discussion ou une négociation des normes.

<sup>4119</sup> *Supra* n° 1080.

<sup>4120</sup> Dans ce sens : LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004, n° 160 s., « la conception du rapport contractuel comme rapport de coopération n'est en effet pas pleinement satisfaisante dans la perspective d'un contrôle du pouvoir dans le contrat » (n° 160), « postuler que les rapports entre contractants sont de facto des rapports de coopération serait [...] une négation du pouvoir dans les rapports contractuels » (n° 166) – Sur la difficulté de distinguer le pouvoir en cas de codécision ou de décision concertée : *ibid.*, n° 330 s.

<sup>4121</sup> V. par ex. : Aut. conc. 30/06/2009 : n° 09-D-23, les contrats comportaient une clause selon laquelle la tête de réseau (*Punto Fa*, exploitant l'enseigne *Mango*) et « ses distributeurs partenaires » « s'accordent et conviennent expressément que le distributeur pourra gérer la vente des produits aux prix et aux conditions qu'elles estiment convenables et établis conjointement entre le distributeur et *Punto Fa*, afin de maintenir la commercialisation uniforme des produits dans tout le réseau des établissements du territoire national concerné en respectant les marges accordées » (pt 32). Un des associés de *Punto Fa* déclare ainsi : « nous organisons un *show room* à Barcelone où sont conviés tous les responsables des boutiques indépendantes et succursales et au cours duquel est élaborée une politique de prix » (pt 32). Pourtant, à partir des auditions des distributeurs partenaires et de constatations, l'Autorité de la concurrence conclura que « force est de constater que le distributeur partenaire, quand bien même aurait-il une certaine latitude pour réduire le prix convenu, comme l'allègue *Punto Fa*, n'est pas en mesure de s'écarter sensiblement de ce prix contractuel qui est la traduction d'une "politique de prix" décidée par *Punto Fa* » (pt 88).

<sup>4122</sup> Dans ce sens : MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 1259.

<sup>4123</sup> LEBRETON (S.), *op. cit.*, n° 178 s., spéc. n° 191.

<sup>4124</sup> Le règlement d'exemption automobile de 2002 prévoyait que « l'exemption s'applique à condition que l'accord vertical prévoie le droit pour chacune des parties de recourir à un expert indépendant ou à un arbitre en cas de litige relatif au respect de leurs obligations contractuelles » (Règl. n° 1400/2002 de la Commission du 31/07/2002, art. 3, §6). L'exigence existait déjà dans le règlement précédent (Règl. n° 1475/95 de la Commission du

**1103. Limites.** Cependant, si la médiation et la conciliation peuvent parfois contribuer à prévenir des abus et à désamorcer une crise, elles requièrent la bonne volonté des deux parties. Celles-ci sont libres de prévoir ces mécanismes dans leurs relations mais leur imposer systématiquement dans un but de prévention des abus risquerait d'alourdir inutilement la direction d'un réseau, voire de le paralyser temporairement, tout en présentant des chances de succès très limitées.

De plus, ce recours à un tiers expert, notamment en cas de contestation des prix d'achat fixés par le fournisseur, n'apparaît pas toujours praticable dans les réseaux de distribution : le procédé est lourd, coûteux et potentiellement long pour un résultat aléatoire<sup>4125</sup>.

Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer le pouvoir de nuisance que pourraient acquérir les distributeurs en disposant de telles procédures obligatoires pour le fournisseur surtout si la rupture à son initiative est encadrée. Un distributeur souhaitant, à court terme, conserver son niveau de profits ou l'augmenter au détriment de l'intérêt du fournisseur ou des membres du réseau pourrait, en mettant en œuvre ces procédures, contester les évolutions des normes de commercialisation, la politique de prix. Cette contestation provoquerait potentiellement une paralysie ou désorganisation du réseau, au moins le temps des procédures, et nuirait ainsi à l'ensemble de ses membres.

**1104. Conclusion.** Finalement, si l'intervention d'un tiers est parfois envisageable, elle ne saurait être systématique et imposée aux parties. Plutôt que d'imposer une discussion ou de la faciliter par un tiers, certains auteurs préfèrent promouvoir la responsabilisation du titulaire du pouvoir et la création des conditions de la discussion par une obligation de motivation.

### c - Les limites de la motivation

**1105. Présentation.** Une partie de la doctrine préconise d'assortir l'usage des prérogatives unilatérales d'une obligation de motivation<sup>4126</sup>. Leur titulaire devrait ainsi permettre à son cocontractant de vérifier que la prérogative n'est pas mise en œuvre de façon arbitraire mais que son intérêt a été pris en compte<sup>4127</sup> ou, au moins, l'intérêt commun qui en est la cause. L'idée est également qu'en imposant au titulaire d'un pouvoir l'obligation de s'expliquer, il serait incité à considérer systématiquement les intérêts de son partenaire<sup>4128</sup> ou

---

28/06/1995 art. 4, §1, 3) et 5, §3) – L'exigence n'a pas été reprise dans le règlement n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010 dorénavant applicable au secteur automobile.

<sup>4125</sup> V. par ex. : Com. 06/05/2002 : n° 99-15685, la cour d'appel avait « relevé qu'aux termes des contrats, les prix des biens vendus par le franchiseur étaient fixés selon les conditions générales de celui-ci et qu'en cas de modification, le franchiseur pouvait les contester dans un certain délai, ce prix étant alors fixé par expert » et annulé les contrats de franchise au motif « que cette clause était impraticable, dès lors qu'elle ne pouvait conduire qu'à une expertise aléatoire dont les frais dispendieux étaient avancés par le franchiseur, et qu'il en résulte que l'approvisionnement des franchiseurs se faisait sans commande préalable et à des prix relevant discrétionnairement du franchiseur ». La Cour de cassation juge « qu'en se déterminant par ces motifs, inopérants dès lors qu'elle ne constatait aucun abus dans la fixation des prix, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »

<sup>4126</sup> Sur la question, voir notamment : RBII (J.), *L'obligation de motivation en droit des contrats*, Thèse Toulouse, 2009, n° 442 s.

<sup>4127</sup> Dans ce sens : WICKER (G.), *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les conceptions contractuelles françaises à l'heure des principes du droit européen des contrats*, dir. P. Rémy-Carlay et D. Fenouillet, Dalloz, p. 151 s., n° 35, « de la même façon qu'un mandataire doit rendre compte à son mandant de l'exercice des pouvoirs qui lui ont été conférés, il semble s'imposer que le titulaire du pouvoir justifie de son exercice légitime. C'est cette exigence que traduit l'obligation de motivation » – GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Préf. G. Cornu, Economica, 1985, n° 187 – V. également : LOKIEC (P.), *op. cit.*, n° 352 s., soutenant que « la motivation constitue une exigence propre au pouvoir » qui « permet, à l'instar de l'information et de la consultation, d'atténuer l'unilatéralisme inhérent au pouvoir et ainsi de donner au destinataire de la décision accès aux motifs d'une décision qui s'impose à lui ».

<sup>4128</sup> Dans ce sens : AYNÈS (L.), *Motivation et justification*, RDC 2004, p. 555 s., spéc. p. 557, « la motivation remplit en effet une double fonction. Au destinataire de l'acte, elle communique les raisons de celui-ci, lui permettant d'en percevoir la rationalité, de le comprendre - c'est-à-dire de l'accepter intellectuellement - et de mesurer quelle résistance il peut lui opposer. Mais à l'agent, elle évite l'impulsion, l'obligeant à formuler, c'est-à-dire à poser devant lui, à rendre objectives, partant à juger, les causes de sa décision. Elle l'oblige à se dédoubler et à se mettre, ne serait-ce qu'un instant, à la place du destinataire de son acte. » – REVET (T.), *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie*, RDC 2004, p. 579 s. – *Supra* n° 722 s.

l'intérêt commun et à prendre une décision raisonnable, ce qui serait de nature à prévenir les abus et à faciliter la preuve du partenaire en cas d'abus<sup>4129</sup>.

Le fournisseur tenu de motiver l'usage de son pouvoir serait ainsi amené à prendre en compte l'intérêt du distributeur ou l'intérêt du réseau et non son seul un intérêt individuel (par exemple modifier la répartition de la valeur ajoutée en sa faveur sans aucune contrepartie) et la motivation permettrait aux distributeurs d'en opérer la vérification.

**1106. Limites.** Cependant, ce n'est pas parce qu'il est incité à prendre en compte l'intérêt de son partenaire ou l'intérêt du réseau que le titulaire d'une prérogative unilatérale le fera et, quand bien même il le ferait, la motivation ne garantit pas que cette prise en compte soit suffisante.

La motivation ne permettra pas non plus au distributeur de contrôler que l'usage du pouvoir n'a pas été abusif car il ne disposera pas toujours des moyens de vérifier la réalité du motif et ne pourra en vérifier la justesse. Considérons par exemple qu'un fournisseur augmente les prix d'achat de ses distributeurs en motivant sa décision par l'augmentation des tarifs de son fabricant chinois. Le distributeur pourra-t-il vérifier que ce fabricant a effectivement augmenté ses tarifs à l'égard du fournisseur et que seule cette augmentation a été répercutée ? Si le fournisseur justifie une nouvelle norme de présentation du magasin par *une évolution des tendances du marché*, comment pourra-t-il en vérifier la réalité ? Mais surtout, le distributeur ne pourra vérifier la justesse du motif qu'à partir de sa propre subjectivité. Il estimera peut-être que la répercussion totale de la hausse des tarifs du fabricant chinois sur les distributeurs est abusive mais un juge n'aura pas forcément la même analyse. Et si la répercussion n'est que partielle, à partir de quelle proportion est-elle juste ? En l'absence de critère prévisible de l'abus, rien ne permettra d'assurer au distributeur que le motif avancé est abusif<sup>4130</sup>.

Par ailleurs, la motivation n'avantage pas nécessairement sa situation probatoire. En effet, si, en l'absence totale de motivation, l'usage de la prérogative pourra être présumé abusif ; en présence d'une motivation, il appartiendra au distributeur de prouver sa fausseté et son illégitimité, comme il aurait eu à prouver l'abus.

Par conséquent, l'exigence de motivation n'est pas plus susceptible de préserver l'équilibre que l'exigence de bonne foi et les standards juridiques qui en découlent. Or, elle présente des inconvénients sérieux.

---

<sup>4129</sup> Dans ce sens : MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 1260, souhaitant en faire « une condition de validité de l'acte unilatéral » et explique que « [la motivation] a un avantage psychologique qui est de faire comprendre aux partenaires les motivations de la décision qui a été prise ce qui, dans une logique de légitimité communicationnelle, ne doit pas être négligé. Elle responsabilise, ensuite, les titulaires de ce pouvoir unilatéral censés répondre du privilège qu'il leur est ainsi reconnu. Elle facilite, enfin et surtout, le travail du juge qui, face à l'unilatéralisme, en est réduit à intervenir a posteriori. Cette obligation de motivation l'aiderait à établir un manquement à la bonne foi ou un abus. Cette obligation de motivation serait d'un grand secours dans la fixation unilatérale du prix. » – V. également : HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat*, Préf. L. Aynès, BDP, t. 536, LGDJ, 2012, n° 432.

Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats reprend cette inversion de la charge de la preuve en prévoyant que « dans les contrats-cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation » (art. 1163).

<sup>4130</sup> Dans ce sens : JAMIN (C.), *Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d'un abus*, in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ, 2008, p. 93 s., n° 249, « l'exigence de motivation peut n'avoir qu'une portée réduite si le juge ne dispose pas d'un critère fiable pour retenir l'existence d'un abus. Certes, ce juge pourra exercer son contrôle sur le caractère mensonger du motif avancé, mais ce contrôle demeurera bien mince et il ne répondra pas à toutes les hypothèses possibles d'abus. Pour le comprendre, prenons l'exemple (vrai) d'un franchiseur qui informe ses franchisees de sa volonté d'augmenter le prix de ses produits de 15 % (ou de 0,15 % sur une gamme très importante de produits) à la seule fin d'augmenter ses propres marges et de procéder à une distribution un peu plus importante de bénéfices au profit de ses propres actionnaires ? Dans un système libéral, le juge pourra-t-il le sanctionner sur le fondement de l'abus en estimant que cette recherche de profit est, disons, illégitime ? Il le pourra peut-être si, à la suite de cette augmentation, une large fraction des membres du réseau est contrainte de déposer son bilan ou si l'économie générale du contrat, telle qu'elle a été définie dans le business plan établi grâce aux informations fournies par le franchiseur à partir de certaines hypothèses de prix, est remise en cause. Néanmoins on peut présumer la rareté de ces cas de figure, car il est possible de douter qu'un franchiseur réputé rationnel décide de saborder son réseau. Dans les autres situations, nous serons à nouveau confrontés à la même question que précédemment : à partir de quel seuil l'augmentation doit-elle être jugée abusive ou manifestement déraisonnable ? En d'autres termes, l'exigence de motivation aboutit concrètement à un renversement de la charge de la preuve (ce qui incitera à terme ceux qui fixent les prix à en dire le moins possible), mais elle ne répond en définitive qu'à la moitié de la question posée en l'absence de critère permettant au juge d'exercer son contrôle sur le bien-fondé de cette motivation. »

**1107. Inconvénients.** En effet, l'obligation de motivation est susceptible de perturber considérablement la direction du réseau<sup>4131</sup>. Elle introduit l'idée que les distributeurs, à partir de leur perception du marché local, auraient vocation à apprécier la pertinence de la politique globale de diffusion des produits ou services du fournisseur, la façon dont il fait évoluer les normes de commercialisation et dirige le réseau. Or, les distributeurs n'en ont pas nécessairement la compétence et certainement pas les moyens car ils ne disposent pas des mêmes informations que la tête de réseau. C'est également ignorer la part de risque et d'irrationnel qui existe dans une stratégie commerciale : il est impossible de savoir à l'avance que la modification d'une gamme de produits, un changement de positionnement ou l'évolution de la présentation d'un magasin satisfera aux goûts des clients, saura capter la tendance du marché et rentabilisera ainsi les dépenses et investissements engagés. Pourtant, certaines têtes de réseau ont démontré leur capacité à adapter leurs produits ou services, à se renouveler en développant des concepts improbables les démarquant de la concurrence et dont aucun expert n'aurait pu assurer le succès. C'est souvent pour profiter de ces capacités que les distributeurs cherchent à s'intégrer dans un réseau de distributeur et acceptent d'abandonner tout ou partie de leur liberté commerciale, de s'en remettre à la compétence et expérience du fournisseur.

**1108. Conclusion.** Finalement, il apparaît que l'obligation de motivation comporte d'importantes limites et des inconvénients non négligeables qui n'en font pas un moyen efficace et pertinent de protection des distributeurs contre les abus du fournisseur dans l'usage de ses pouvoirs.

Toujours dans l'idée de responsabiliser le fournisseur dans l'usage de son pouvoir, une partie de la doctrine a réfléchi à introduire une dimension temporelle obligatoire dans cet usage.

#### **d - Les limites de la temporisation**

**1109. Présentation.** Il est soutenu qu'inscrire la décision dans le temps permettrait au titulaire du pouvoir « *de ne pas agir de manière déraisonnable sous l'effet de la colère* »<sup>4132</sup>, de peser la décision pour prendre en compte tous les intérêts en présence et mesurer les conséquences éventuelles.

**1110. Limites.** Mais, à l'instar de la discussion ou de la motivation imposées, rien ne garantit que l'exigence d'un délai entre l'usage d'une prérogative unilatérale et ses effets conduise son titulaire à prendre suffisamment en compte l'intérêt de son partenaire ou l'intérêt commun. L'irrespect du délai ne permettra pas non plus de démontrer un abus objectif.

**1111. Inconvénient.** Or, un tel délai pourrait alourdir considérablement la direction des réseaux et les affaiblir. Dans l'habillement par exemple, les collections peuvent évoluer quasiment tous les mois, voire toutes les semaines. La capacité d'une enseigne à adapter sa collection et sa politique commerciale est donc essentielle. Des opérations spéciales doivent pouvoir être mises en œuvre rapidement dans l'ensemble des magasins pour dynamiser les ventes : il faut savoir profiter d'une météo ou d'un événement favorables aux ventes, réorienter rapidement la politique de soldes par rapport à la concurrence, etc. Si chaque évolution des normes, chaque opération décidée par la tête de réseau peut entraîner un surcroît de travail et des coûts pour

---

<sup>4131</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012, n° 477, assortir, « *par principe, dans le contrat-coopération, l'exercice des pouvoirs contractuels d'une obligation de motivation [...] serait, [...] introduire une lourdeur excessive dans la mise en œuvre des pouvoirs contractuels dont le maniement exige, à l'inverse, souplesse et flexibilité* ».

<sup>4132</sup> MEKKI (M.), *op. cit.*, n° 1261, qui l'évoque cependant essentiellement à propos de la rupture des contrats de distribution.

les distributeurs, la réactivité face au marché fait la force de leur réseau. Dans ce contexte, imposer une semaine de réflexion serait à la fois potentiellement inutile et très préjudiciable, tant pour le fournisseur que pour les distributeurs.

**1112. Conclusion sur les limitations procédurales de l'usage du pouvoir.** Finalement, l'imposition de limites procédurales à l'usage du pouvoir n'apporte aucune assurance de prévention des abus puisqu'elle repose sur l'auto-responsabilisation. Elle pourrait, au contraire, nuire à certains réseaux de distribution. Ces conditions de forme de l'usage du pouvoir ne permettent pas non plus d'éluder la question de fond des limites de cet usage. Comme le souligne parfaitement Monsieur Lokiec, « *si des liens existent entre la procédure et le fond, il convient de ne pas céder à la tentation de croire que le bien fondé de la décision est assuré par le seul respect des conditions procédurales qui l'encadrent, même si celles-ci consistent en un véritable débat contradictoire* »<sup>4133</sup>. C'est ainsi vers d'autres limites indirectes qu'il faut s'orienter.

## **2 – La possibilité d'une limite indirecte par la garantie d'un revenu minimal**

**1113. Plan.** La limitation de l'usage du pouvoir du fournisseur par une garantie d'un revenu minimal au distributeur sera justifiée (a) et ses modalités précisées (b).

### **a - La justification d'une garantie d'un revenu minimal au distributeur**

**1114. Dépassement des écueils de la limitation directe.** Les pouvoirs devant être limités sont ceux qui ont un effet sur l'économie de la relation<sup>4134</sup> en modifiant les charges ou les produits du distributeur.

Par exemple, la modification du nombre de références de la gamme des produits ou services, des prix d'achat ou encore l'évolution des normes ou du savoir-faire conduisant à un réaménagement du local se traduisent par une modification des charges assumées par le distributeur. La modification des prix de revente (imposés, minimaux, conseillés ou maximaux) se traduit par une modification des produits du fournisseur (augmentation ou diminution du chiffre d'affaires, augmentation ou diminution des commissions).

Le bornage des effets de l'usage du pouvoir sur le revenu du distributeur apparaît ainsi comme un moyen d'encadrer indirectement cet usage sans entrer dans l'écueil de la définition de tous les comportements abusifs possibles ou du recours à un standard juridique à la portée normative limitée. Il ne s'agit pas d'éliminer les standards de bonne foi ou d'abus mais d'apporter, en plus, une limite objective à l'usage des pouvoirs dont la prévisibilité permettrait un effet normatif réel au cours de la relation de distribution et garantirait ainsi un minimum de protection au distributeur.

**1115. Contrepartie de la maîtrise.** Une telle protection est également justifiée par l'idée générale que la responsabilité doit être le corollaire de la liberté et la sécurité celui d'une maîtrise de l'activité par un autre<sup>4135</sup>.

Lorsque le distributeur est placé dans un état de dépendance-obéissance car un fournisseur détermine ses

---

<sup>4133</sup> LOKIEC (P.), *op. cit.*, n° 372 s.

<sup>4134</sup> Si l'usage de la prérogative n'atteint pas l'économie de la relation, son bornage relève alors d'un autre objectif que celui que nous nous sommes assigné, comme, par exemple, la garantie de droits et libertés fondamentales non économiques.

<sup>4135</sup> *Supra* n° 153 et 571 s.

conditions de gestion ou d'exploitation, il n'a plus la pleine maîtrise de son entreprise. Cette maîtrise assurée par le fournisseur devrait avoir pour contrepartie un transfert de la responsabilité corrélative<sup>4136</sup> et donc un gain de sécurité pour le distributeur<sup>4137</sup>. En effet, celui dont l'activité est partiellement maîtrisée par un autre ne saurait en assumer tous les risques. Ce principe a été admis par la jurisprudence pour les mandataires puisqu'elle a jugé que le mandant ne pouvait s'exonérer du remboursement des pertes du mandataire ayant pour origine un élément d'exploitation dont il a conservé la maîtrise<sup>4138</sup>. La responsabilité liée à la prérogative unilatérale de fixation du prix<sup>4139</sup> relève de la même logique.

L'objectif est de garantir que l'usage des pouvoirs du fournisseur ne puisse priver le distributeur qui n'a plus la maîtrise de son activité, de l'intérêt minimum qu'il peut légitimement attendre de la relation de distribution. Or, cet intérêt dans une activité professionnelle correspond à un revenu<sup>4140</sup>. Il s'agit ainsi de garantir un revenu minimal à une personne ayant procédé à des investissements autres que sa seule force de travail dans la distribution des produits ou services d'un fournisseur qui a conservé la maîtrise des conditions de cette distribution.

Les modalités de cette garantie de revenu doivent cependant être définies pour qu'elle ait un réel effet normatif au cours de la relation et ne conduise pas à des activités de distribution sous perfusion.

## **b - Les modalités de garantie du revenu minimal du distributeur**

**1116. Montant minimum absolu.** Pour que le revenu minimal ne soit pas un nouveau standard juridique sans effet normatif sur le cours de la relation, il doit être intrinsèquement déterminé.

**Nécessité d'un minimum légal.** Cette détermination pourrait être totalement laissée à la liberté des parties. La loi imposerait seulement de prévoir une garantie de revenu au profit du distributeur, à l'instar de ce qui est prévu pour la commission minimale garantie des gérants-mandataires du Code de commerce<sup>4141</sup>. Cependant, un fournisseur en position de force serait en mesure d'imposer une garantie symbolique et, en l'absence totale de garantie convenue, les parties seraient à nouveau exposées à l'incertitude de l'appréciation judiciaire. Il est donc nécessaire de fixer une borne inférieure à la liberté des parties en déterminant un revenu minimum absolu.

**Fixation du minimum légal.** Cette fixation présente nécessairement une part d'arbitraire. Cependant, si elle émane d'une autorité unique ayant la confiance des représentants du peuple, elle acquiert une certaine objectivité et légitimité. Ainsi, le SMIC., dont les conditions de fixation sont prévues par la loi et dont le montant est fixé par un décret en Conseil des ministres après consultation et avis motivé de la Commission

---

<sup>4136</sup> *Supra* n° 571 s. – DEMOGUE (R.), *op. cit.*, p. 264 s., soutenant que dans les contrats de commandement (commission, mandat, louage d'ouvrage, louage de services, etc.), il faudrait autoriser les modifications unilatérales par le « maître », « sauf à limiter ce pouvoir de commandement pour éviter les abus, et à établir une responsabilité corrélative » (p. 275).

<sup>4137</sup> Dans ce sens : SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s., spéc. p. 139, faisant un parallèle entre la dépendance économique et la sécurité économique en soutenant que « les notions de contrat d'intérêt commun ou d'abus de droit ont été mises en avant pour stabiliser les relations contractuelles au sein des réseaux de distribution et assurer ainsi une certaine sécurité économique aux entrepreneurs intégrés ».

<sup>4138</sup> *Supra* n° 571.

<sup>4139</sup> *Supra* n° 571.

<sup>4140</sup> La finalité de l'activité professionnelle est la perception d'un revenu. – Sur la question : BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, Préf. X. Boucobza, Fondation Varenne, LGDJ, 2011, n° 214 s.

<sup>4141</sup> La loi impose en plus que cette garantie soit définie de la même façon pour tous les gérants-mandataires d'un même mandant en imposant un contrat-cadre conclus avec l'ensemble des gérants-mandataires (*supra* n° 554).

nationale de la négociation collective<sup>4142</sup>, représente le revenu minimum que la société estime devoir être perçu par celui qui loue sa force de travail<sup>4143</sup>. Par extension, il peut être considéré comme le revenu minimum devant être perçu, plus généralement, par celui qui met sa force de travail au service d'autrui en se soumettant à son pouvoir de direction, dans le but d'en tirer un revenu.

Or, le distributeur met bien sa force de travail au service du fournisseur puisqu'il l'utilise pour diffuser ses produits ou services. Lorsqu'il est, en plus, soumis à son pouvoir de direction, contrôle et sanction, la référence au SMIC apparaît pertinente et a le mérite d'être objective.

Le SMIC est cependant fixé par heure de travail effectif et vise donc le travail d'une personne physique. Or, le distributeur peut être une personne morale et le fournisseur ne contrôle pas, en principe, les horaires du gérant. La garantie doit donc viser le gérant<sup>4144</sup> et être fixée pour une activité à temps plein selon la durée légale du travail. Par ailleurs, une base mensuelle ne paraît pas pertinente puisque le résultat d'une activité commerciale s'apprécie sur une base annuelle (l'exercice comptable)<sup>4145</sup>.

Il pourrait être reproché à une telle limite son caractère trop faible. En effet, si un distributeur engage un capital dans une activité de distribution en plus de sa force de travail, c'est qu'il entend tirer de ce capital une plus-value par rapport à sa seule force de travail et percevoir un revenu supérieur au SMIC.

Cependant, la volonté de se placer, par des investissements en capital, dans le champ de l'entrepreneuriat plutôt que du salariat a, en principe, pour contrepartie l'acceptation d'une exposition aux risques de l'entreprise<sup>4146</sup> qui se traduit par un revenu adossé aux résultats de l'activité<sup>4147</sup> : un bénéfice lorsque la distribution est fondée sur la revente, une rémunération variant avec le nombre ou la valeur des affaires (commission<sup>4148</sup>) dans la distribution par intermédiation.

De plus, le fournisseur, bien que disposant d'un pouvoir pour organiser et diriger l'activité, peut choisir de ne pas l'exercer totalement et ainsi laisser au distributeur une certaine liberté, une autonomie commerciale. Or cette liberté doit pouvoir avoir pour corollaire une exposition aux risques de l'entreprise. Ainsi, dans le champ du salariat, les salariés les plus autonomes (dirigeants, cadres, commerciaux libres dans leur prospection) ont généralement une rémunération principalement adossée aux résultats de leur activité.

L'investissement qui se traduit, en principe, par un lien entre le revenu et les résultats de l'activité et la possibilité d'une autonomie commerciale conduisent donc à ne pas garantir légalement au distributeur un revenu supérieur au SMIC.

Par ailleurs, il s'agit d'un revenu minimal. Rien n'interdit donc au distributeur, lors de l'établissement de la relation de distribution, de négocier un revenu minimum supérieur et de refuser de s'engager s'il estime trop bas le revenu minimum proposé, au regard notamment de l'investissement exigé et de l'autonomie commerciale laissée.

---

<sup>4142</sup> C. trav. art. L. 3231-6 et suiv. et R. 3231-7.

<sup>4143</sup> *Supra* n° 570.

<sup>4144</sup> Ce gérant est facilement identifiable car c'est sur sa personne que repose d'*intuitu personae* du contrat de distribution (*supra* n° 840).

<sup>4145</sup> C. com. art. L. 132-12.

<sup>4146</sup> *Supra* n° 955.

<sup>4147</sup> Si le contrat garantit au distributeur un revenu intégralement fixe, le contrat de distribution s'analyse alors en une mise à disposition à titre onéreux d'un capital et d'une force de travail, comme un contrat de louage mixte. Le fournisseur louerait à la fois le capital du distributeur et sa force de travail pour un prix déterminé. Il s'agit d'une hypothèse d'école et, dans ce cas, il appartient au locataire de négocier un prix supérieur au SMIC pour prendre en compte la rémunération du capital mis à disposition.

<sup>4148</sup> Cette définition est celle retenue par la loi sur l'agence commerciale (C. com. art. L. 134-5, « *tout élément de la rémunération variant avec le nombre ou la valeur des affaires constitue une commission* »).



### 1117. Champ d'application.

**Détermination unilatérale de conditions de gestion ou d'exploitation.** En raison de sa justification, la garantie s'appliquerait uniquement si le fournisseur détermine unilatéralement des conditions d'exploitation ou de gestion, notamment commerciales, de l'activité de distribution, que cette détermination procède d'un pouvoir de fait ou d'un pouvoir de droit.

La notion de *conditions d'exploitation ou de gestion, notamment commerciales* semble suffisamment large pour embrasser la diversité des activités de distribution et des pouvoirs des fournisseurs. En particulier, la précision que les conditions peuvent être *notamment commerciales* devrait permettre l'abandon de la distinction incertaine et parfois artificielle entre les conditions de travail et les conditions commerciales<sup>4149</sup>.

Pour inclure également le pouvoir de fait, toute référence à la source du pouvoir et notamment à un quelconque contrat doit être évitée.

**Quasi-exclusivité d'activité.** Il apparaît cependant nécessaire de déterminer le fournisseur qui devrait garantir ce revenu minimal. En effet, un distributeur peut parfaitement être limité dans ses conditions d'exploitation et de gestion par une pluralité de fournisseurs. C'est notamment le cas dans les réseaux de distribution sélective<sup>4150</sup>. L'effet du pouvoir d'un fournisseur est alors potentiellement dilué. Par conséquent, la garantie devrait exister uniquement si la distribution des produits et services d'un seul fournisseur constitue l'essentiel de l'activité du distributeur car c'est alors l'essentiel de ses conditions d'exploitation et de gestion qui sont déterminées par lui.

Cette situation correspond à une quasi-exclusivité de l'activité globale du distributeur. Cependant, la notion de quasi-exclusivité est trop imprécise. Le critère pourrait ainsi être le fait que le distributeur réalise au moins 50 % de son chiffre d'affaires hors taxes par la diffusion des produits ou services d'un seul fournisseur ou de fournisseurs agréés par lui<sup>4151</sup>. La référence au « *chiffre d'affaires* » et à la « *diffusion* » permet d'appréhender à la fois la revente (la marge) et l'intermédiation (les commissions).

L'assiette du chiffre d'affaires peut être critiquée. On pourrait notamment imaginer lui substituer celle du bénéfice, celui-ci représentant l'importance réelle des produits ou services d'un fournisseur dans l'activité du distributeur<sup>4152</sup>. Cependant, lorsqu'il s'agit d'identifier le fournisseur principal qui pourrait garantir un revenu minimal en raison de sa maîtrise des conditions d'exploitation ou de gestion, le bénéfice n'est pas pertinent puisqu'il dépend justement de ces conditions. De plus, un revenu minimum n'a de sens que lorsque le bénéfice est insuffisant ou inexistant. Le chiffre d'affaires apparaît donc comme l'information comptable sur l'activité la plus pertinente car la moins sujette aux choix de gestion ou d'exploitation.

Le seuil de 50 % pourra paraître trop bas pour certains. Il s'agit cependant d'identifier le fournisseur en position d'imposer des conditions d'exploitation ou de gestion sachant que la garantie n'existerait que si le revenu minimum ne peut être atteint à partir de l'ensemble de l'activité de distribution. En effet, la garantie supposerait uniquement que le gérant perçoive un revenu minimal convenu ou un SMIC. Par conséquent, si

<sup>4149</sup> Sur cette distinction et ses limites : *supra* n° 148.

<sup>4150</sup> Sur ce mode de distribution : FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 611 s. – VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *Droit de la distribution européen et français*, Lawlex, 2011, n° 242 s. – VIENNOIS (J.-P.), *La distribution sélective*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 41, Litec, 1999.

<sup>4151</sup> Cette précision permet notamment d'appréhender certaines franchises de distribution où les produits ne sont pas directement fournis par le franchiseur mais par des fournisseurs de son groupe ou des fournisseurs sélectionnés par lui, en particulier des centrales d'achat ou des grossistes.

<sup>4152</sup> Dans ce sens : ERÉSÉO (N.), *op. cit.*, n° 204 s.

la vente des produits ou services d'autres fournisseurs permet d'atteindre un bénéfice suffisant pour que le gérant puisse percevoir ce revenu, la garantie n'aurait pas vocation à jouer.

**1118. Subsistance des risques.** Il pourrait également être reproché à ce dispositif de soustraire le distributeur aux risques de l'exploitation (défectuosité du travail) et aux risques de l'entreprise (aléas du marché), d'en faire un salarié. Il n'en est rien.

**Risques de l'exploitation.** En effet, il ne paraît pas pertinent de soustraire le distributeur aux risques de l'exploitation. Il doit répondre des carences de son travail ou de celui de ses salariés dans la mise en œuvre des normes de gestion ou d'exploitation du fournisseur ou dans la sphère d'autonomie commerciale qui lui est laissée. En se plaçant dans le champ du droit économique, il serait réputé avoir accepté les risques associés<sup>4153</sup>. A la différence d'un salarié, le distributeur devrait donc assumer les conséquences de ses fautes simples. Par suite, la garantie de revenu existerait dans la limite des fautes du distributeur dans mise en œuvre des éléments d'exploitation dont il a conservé la maîtrise et des normes d'exploitation et de gestion du fournisseur.

**Risques de l'entreprise.** Le dispositif ne conduit pas non plus à soustraire totalement le distributeur aux aléas du marché et à les faire assumer par le fournisseur.

D'une part, la soustraction est partielle car, du fait de la variabilité du revenu du distributeur en fonction de l'activité, il reste soumis aux aléas du marché. Ces aléas sont cependant subis dans la limite du revenu minimal. Cette soustraction partielle s'inscrit dans la logique de l'absence de maîtrise de l'activité : en déterminant des conditions de gestion et d'exploitation, notamment commerciales, le fournisseur prend la responsabilité de l'adaptation de l'activité au marché et doit donc l'assumer.

D'autre part, la soustraction aux aléas du marché a vocation à être temporaire. S'il apparaît que l'exploitation est durablement déficitaire, elle ne pourra subsister et une procédure collective devra être ouverte. Cela pose ainsi la question de la sanction de la garantie du revenu minimal.

**1119. Sanction de la garantie.** Il n'est pas souhaitable d'obliger le fournisseur à compenser l'intégralité des pertes du distributeur pour lui permettre de percevoir le revenu minimal convenu ou, à défaut, le SMIC. Cela pourrait conduire au maintien artificiel d'une activité déficitaire ayant totalement ou partiellement pour origine des aléas du marché. L'obligation de garantir un revenu minimal ne doit donc pas pouvoir donner lieu à une exécution en nature ou par équivalent mais seulement autoriser le distributeur à rompre la relation aux torts du fournisseur. La loi se limiterait simplement à accorder au distributeur une faculté de prise d'acte de la rupture de la relation de distribution aux torts du fournisseur pour irrespect de l'obligation de garantie d'un revenu minimal<sup>4154</sup>.

La rupture conduirait ainsi au versement de l'indemnité de cessation de relation, indemnité qui serait nécessairement limitée dans cette hypothèse puisqu'elle est fonction des résultats de l'activité<sup>4155</sup>.

La rupture obligerait également le fournisseur à verser l'indemnité de non rentabilisation des dépenses ou

---

<sup>4153</sup> *Supra* n° 955.

<sup>4154</sup> Rappr. : JAMIN (C.), *Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d'un abus*, in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ, 2008, p. 93 s., proposant d'accorder au distributeur un droit de résiliation sans frais de tout contrat-cadre prévoyant une fixation unilatérale du prix (même à durée déterminée) s'il estime subjectivement que le prix fixé est abusif afin de lui restituer « un certain pouvoir de négociation pouvant inciter la partie fixant le prix à modérer ses augmentations ».

<sup>4155</sup> Sur cette indemnité : *infra* n° 1202 s.

investissements spécifiques aux produits ou services. En effet, si l'activité est déficitaire pendant une période de rentabilisation des dépenses ou investissements spécifiques, la situation révèle une erreur d'appréciation du fournisseur. Soit il n'aurait pas dû imposer ou recommander ces investissements ou dépenses au distributeur, soit il n'a pas procédé à un partage du profit suffisant pour permettre leur rentabilisation, méconnaissant ainsi l'économie de la relation. La charge de cette indemnité correspond donc à la responsabilité associée à la maîtrise des dépenses et investissements spécifiques.

La rupture obligerait encore le fournisseur à verser une indemnité de préavis. En effet, la rupture est imputable au fournisseur et le distributeur ayant dû en prendre acte, il peut avoir été privé du temps nécessaire à la réorganisation de son activité<sup>4156</sup>.

Cependant, afin de laisser au fournisseur une possibilité d'ajuster l'usage de ses pouvoirs pour que le distributeur retrouve un intérêt minimal à la relation et ainsi de préserver celle-ci, la prise d'acte serait assortie d'un délai de préavis minimum mais suffisant d'un mois. Ce délai est court afin de ne pas prolonger l'agonie économique du distributeur mais paraît suffisant pour laisser une chance au fournisseur de lui proposer des ajustements de nature à rééquilibrer et maintenir la relation.

**1120. Conclusion.** Finalement, la garantie d'un revenu minimal serait un moyen de pression important accordé au distributeur en cours de relation. Il obligerait le fournisseur à toujours prendre en compte l'intérêt du distributeur dans l'usage de ses pouvoirs de détermination des conditions d'exploitation et de gestion. Si, par cet usage, le fournisseur déséquilibre la répartition du profit au point de ne plus permettre au distributeur de percevoir le revenu minimal convenu ou le SMIC – attente légitime définie par la loi –, il méconnaît l'économie de la relation et s'expose ainsi à une prise d'acte de la rupture par le distributeur l'obligeant à assumer les conséquences de la cessation de la relation.

## CONCLUSION DU PARAGRAPHE 2

**1121. Proposition.** La nécessité de donner au distributeur les moyens de défendre la prise en compte de son intérêt dans la mise en œuvre des pouvoirs du fournisseur pouvant remettre en cause l'économie de la relation conduit à lui accorder une faculté de prise d'acte de la rupture se concrétisant dans l'article suivant :

### Article L. 134-4

Lorsqu'un fournisseur détermine unilatéralement des conditions d'exploitation ou de gestion, notamment commerciales, de l'activité d'un distributeur dont le chiffre d'affaires hors taxes est constitué pour au moins 50 % par la diffusion de ses produits ou services ou de ceux de fournisseurs agréés par lui, ces conditions ne doivent pas conduire le gérant à percevoir, sur un exercice, un revenu inférieur au salaire minimum interprofessionnel de croissance pour une activité à temps plein selon la durée légale du travail, sous réserve des fautes qui peuvent lui être imputées. Dans le cas contraire, le distributeur peut prendre acte, en respectant un préavis d'un mois, de la cessation de la relation imputable au fournisseur.

---

<sup>4156</sup> Sur le préavis et l'indemnité de préavis : *infra* n° 1128 s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**1122. Protection à la naissance de la relation.** Le distributeur dispose d'une liberté réelle de ne pas contracter avec un fournisseur tant qu'il ne subit pas l'effet de dépendance induit par une relation de distribution. A la naissance de la relation, la protection doit ainsi se limiter à rendre le distributeur créancier d'une obligation spéciale d'information précontractuelle<sup>4157</sup>. Cette obligation a pour objectif que les conditions de la relation de distribution et son économie globale soient librement négociées ou, au moins, acceptées par le distributeur, lorsque cette relation présente un risque de dépendance. Il a ainsi été proposé une précision du champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle existant *de lege lata*<sup>4158</sup> mais également de son contenu et de ses modalités afin d'assurer son efficacité et d'éliminer les inégalités de traitement entre les distributeurs<sup>4159</sup>.

**1123. Protection en cours de relation.** Une fois qu'il subit la dépendance induite par la relation, le distributeur est à la merci du fournisseur qui peut lui imposer une renégociation ou user de son pouvoir de droit ou de fait de manière à modifier de façon importante les conditions et l'économie de la relation initialement négociées ou acceptées<sup>4160</sup>. Une protection doit donc être apportée en cours de relation de distribution mais sans remettre en cause la liberté du fournisseur de faire évoluer sa stratégie de diffusion de ses produits ou services.

Seuls les procédés d'encadrement indirect de la renégociation<sup>4161</sup> et de l'usage du pouvoir<sup>4162</sup> permettent d'assurer cet équilibre entre la liberté du fournisseur et la protection du distributeur. C'est ainsi en offrant le moyen au distributeur de sortir unilatéralement, aux frais du fournisseur, d'une relation de distribution dont les conditions et l'économie ont été substantiellement modifiées qu'il devrait être possible de compenser l'effet de dépendance induit par la relation et, par suite, de préserver l'accord et l'équilibre fixé à la naissance de la relation. L'unilatéralisme du fournisseur institué par les parties ou induit par la relation de distribution est donc compensé par un unilatéralisme du distributeur institué par la loi.

Il apparaît ainsi que la protection du distributeur contre les effets de la dépendance au cours de la relation de distribution repose essentiellement sur les conditions de cessation de celle-ci, ce qui amène naturellement à envisager la situation du distributeur en fin de relation de distribution.

---

<sup>4157</sup> Section 1 – *Supra* n° 991 s.

<sup>4158</sup> Section 1, §1 – *Supra* n° 995 s.

<sup>4159</sup> Section 1, §2 – *Supra* n° 1002 s.

<sup>4160</sup> Section 2 – *Supra* n° 1025 s.

<sup>4161</sup> Section 2, §1 – *Supra* n° 1027 s.

<sup>4162</sup> Section 2, § 1 – *Supra* n° 1078 s..

## CHAPITRE 2 – LA PROTECTION DU DISTRIBUTEUR EN FIN DE RELATION DE DISTRIBUTION

**1124. Importance de la fin de relation.** La fixation des conditions de la fin de la relation de distribution constitue un enjeu essentiel car ces conditions génèrent un important contentieux et déterminent largement la configuration des rapports de force entre fournisseurs et distributeurs en cours de relation.

**1125. Inégalités.** A ce stade de la relation, d'importantes inégalités de traitement entre les distributeurs ont été mises en évidence, en particulier dans les obligations de préavis, de justification, de motivation et d'indemnisation imposées ou non au fournisseur qui rompt la relation ou encore dans les obligations limitant l'activité post-relationnelle du distributeur<sup>4163</sup>.

**1126. Plan.** Il sera donc proposé des règles permettant de résorber ces inégalités d'encadrement de l'acte de rupture de la relation par le fournisseur (Section 1) et des effets de la cessation de la relation sur le distributeur (Section 2).

### SECTION 1 – LA RÉSORPTION DES INÉGALITÉS D'ENCADREMENT DE L'ACTE DE RUPTURE

**1127. Plan.** Rétablir l'égalité des distributeurs dans l'encadrement de l'acte de rupture suppose de résorber les différences de traitement injustifiées mises en évidence à l'égard de l'obligation de respecter un préavis de rupture (§1) et des obligations de motivation et justification de la rupture (§2).

#### §1 – La résorption des inégalités de préavis de rupture

**1128. Constats et plan.** Un risque d'inégalités de traitement a été mis en évidence en raison des incertitudes d'articulation entre l'obligation de préavis découlant de la prohibition des ruptures brutales de relations commerciales établies en droit de la concurrence et les préavis légaux prévus pour certains distributeurs<sup>4164</sup>. Par ailleurs, des inégalités sont apparues sur les modalités des préavis de rupture des relations des différents distributeurs<sup>4165</sup>.

La résorption de ces inégalités suppose ainsi de clarifier le domaine de l'obligation de préavis (A) et d'en unifier les modalités (B).

#### A – La clarification du domaine de l'obligation de préavis

**1129. Abrogation des préavis spéciaux.** Il a été démontré que l'ajout de la rupture brutale d'une relation commerciale établie au nombre des pratiques restrictives de concurrence avait eu pour effet de généraliser l'exigence d'un préavis et ses exceptions mais qu'il subsistait cependant des interrogations sur l'application de ce texte aux distributeurs soumis au droit du travail, à l'agent commercial et au gérant-mandataire du

---

<sup>4163</sup> *Supra* n° 584 s.

<sup>4164</sup> *Supra* n° 590 s.

<sup>4165</sup> *Supra* n° 606 s.

Code de commerce pour l'hypothèse de la cessation d'une relation fondée sur un contrat à durée déterminée ou une succession de contrats à durée déterminée sans transformation ou requalification en contrat à durée indéterminée. En effet, ces statuts ne prévoient de préavis qu'en cas de résiliation et n'abordent pas le cas du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée. En l'absence d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce à ces situations, des inégalités de traitement seraient donc susceptibles d'apparaître sur l'existence même d'une obligation de préavis.

L'abrogation des statuts spéciaux proposée <sup>4166</sup> anéantirait ce risque d'inégalité puisqu'elle ferait disparaître les préavis spéciaux des VRP, des agents commerciaux et des gérants-mandataires du Code de commerce et aboutirait ainsi à soumettre l'ensemble des distributeurs aux règles de la prohibition des ruptures brutales de relations commerciales établies avec néanmoins une incertitude pour ceux qui resteraient soumis au droit du travail.

**1130. Sort des distributeurs soumis au droit du travail.** Si les relations de distributions soumises au droit du travail sont potentiellement susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la prohibition des ruptures brutales de relations commerciales établies<sup>4167</sup>, elles devraient néanmoins en être exclues.

Cette exclusion est justifiée que la relation soit fondée sur un contrat à durée déterminée ou sur un contrat à durée indéterminée<sup>4168</sup>.

**Contrat à durée déterminée.** Lorsque la relation de distribution soumise au droit du travail est fondée sur un contrat à durée déterminée elle doit être exclue de la prohibition légale faute de présenter un caractère établi. En effet, le droit du travail encadre précisément le recours aux contrats à durée déterminée en exigeant notamment qu'ils ne soient pas utilisés pour « *pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* » mais seulement « *pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire* » et en limitant les cas et durées de recours<sup>4169</sup>. Par conséquent, la relation ne peut être considérée comme établie.

Une telle exclusion est également justifiée par le fondement technique de l'obligation de préavis (l'attente légitime de poursuite de la relation)<sup>4170</sup>. En effet, si le distributeur salarié peut subjectivement nourrir une attente de poursuite de la relation en espérant notamment la conclusion d'un contrat à durée indéterminée, il ne s'agit pas d'une attente légitime – d'une anticipation objective et rationnelle – puisque la loi pose clairement le caractère non établi de la relation fondée sur un contrat à durée déterminée et, en cas d'établissement de la relation, la transforme en contrat à durée indéterminée<sup>4171</sup>.

L'exclusion du préavis est encore justifiée par le fondement téléologique du préavis (l'octroi à la partie subissant la rupture d'un délai pour s'organiser en vue de la fin de la relation)<sup>4172</sup>. En effet, en raison du caractère nécessairement temporaire de l'activité de distribution fondée sur un contrat à durée déterminée soumis au droit du travail, le distributeur est invité à envisager, dès la conclusion du contrat, la fin de la relation et sa reconversion. Le droit du travail incite d'ailleurs cette reconversion en autorisant le salarié lié

---

<sup>4166</sup> *Supra* n° 909.

<sup>4167</sup> *Supra* n° 594 s.

<sup>4168</sup> Le droit du travail n'admet pas de relations non contractuelles de travail, il les analyse comme des contrats de travail (*supra* n° 646).

<sup>4169</sup> C. trav. art. L. 1242-1 s.

<sup>4170</sup> *Supra* n° 618.

<sup>4171</sup> *Supra* n° 653.

<sup>4172</sup> *Supra* n° 617.

par un contrat à durée déterminée à le rompre avant terme s'il conclut un contrat à durée indéterminée avec un autre employeur<sup>4173</sup>. En droit du travail, le contrat à durée déterminée apparaît comme une solution d'attente si bien que l'octroi d'un délai pour organiser la reconversion ne paraît pas nécessaire.

L'exclusion du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce et, par suite, l'absence de préavis de rupture pour les relations de distributions soumises au droit du travail fondées sur des contrats à durée déterminée est ainsi justifiée au regard des fondements du préavis et ne caractérise donc pas une différence de traitement.

**Contrat à durée indéterminée.** Lorsque la relation de distribution soumise au droit du travail est fondée sur un contrat à durée indéterminée, elle caractérise une relation établie de prestations de services avec un producteur, commerçant ou industriel et entre donc, *a priori*, dans le champ d'application de la prohibition des ruptures brutales de relations commerciales établies. Cependant, si la jurisprudence maintient le raisonnement suivi pour les préavis légaux, elle devrait juger que les règles de préavis prévues par le droit du travail dérogent aux règles générales du Code de commerce<sup>4174</sup>. Dans tous les cas, une obligation de préavis existerait néanmoins excluant ainsi toute inégalité de traitement sur ce point.

**1131. Clarification du lien entre la brutalité et l'obligation de préavis.** Par ailleurs, la loi dispose actuellement que la responsabilité de l'auteur de la rupture est engagée par le fait de « *rompre brutalement [...] une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte...* »<sup>4175</sup>. L'adverbe *brutalement* est redondant avec l'exigence d'un préavis : la rupture est brutale lorsque le préavis est inexistant ou insuffisant<sup>4176</sup>. Inversement, le respect d'un préavis suffisant exclut toute brutalité. La précision est inutile et potentiellement source d'incertitudes<sup>4177</sup>, elle mériterait ainsi d'être abrogée.

**1132. Clarification de la faute exclusive de préavis.** Enfin, pour clarifier l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce s'agissant des exceptions à l'obligation de préavis et d'éviter toute différence de traitement, il conviendrait de consacrer l'interprétation jurisprudentielle de la notion d'« *inexécution par l'autre partie de ses obligations* » en la remplaçant par celle de faute grave<sup>4178</sup>. Comme en droit du travail, la faute grave devrait être, en droit économique, celle qui rend impossible le maintien de la relation<sup>4179</sup>. Cette définition revient à mettre en relation la faute avec l'effet du préavis (maintenir la relation pendant une certaine durée malgré la décision de rupture)<sup>4180</sup>.

**1133. Conclusion.** Finalement, l'abrogation des statuts spéciaux et la clarification de la faute exclusive de préavis aurait pour effet d'éliminer toutes les inégalités de traitement sur l'existence de l'obligation de préavis.

---

<sup>4173</sup> C. trav. art. L. 1243-2.

<sup>4174</sup> *Supra* n° 596.

<sup>4175</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 5°.

<sup>4176</sup> Dans ce sens, notamment : SAINTOURENS (B.), *La notion de rupture brutale de la relation commerciale*, CDE 1/2014, p. 29 s., « *la brutalité de la rupture ne résulte que de l'absence d'un préavis suffisant* » – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 396.

<sup>4177</sup> Elle invite à considérer qu'une rupture d'une relation établie sans préavis pourrait ne pas être brutale. Par ailleurs, les hypothèses de cessation spontanée de la relation par diminution progressive des relations d'affaires peut déjà être appréhendée à travers la notion de rupture puisque cette cessation ne peut alors être considérée comme telle. Sur la notion de rupture et de brutalité : SAINTOURENS (B.), *op. cit.* – Comp. : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 701, soutenant que « *la rupture n'est pas brutale si elle était prévisible et pouvant donc être anticipée, qu'elles qu'aient pu être la durée ou l'ampleur de la relation commerciale* », cette « *précarité* » pourvant « *résulter, notamment de la soumission de la poursuite de la relation au résultat d'un appel d'offres* ». Cependant dans ces hypothèses, il peut être soutenu que la relation n'est pas établie car sa poursuite ne peut être raisonnablement anticipée (*supra* n° 599).

<sup>4178</sup> *Supra* n° 602.

<sup>4179</sup> *Supra* n° 602.

<sup>4180</sup> *Supra* n° 588 et 617.

En revanche, à la différence des statuts spéciaux qui seraient abrogés et du droit du travail, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne détermine pas précisément un délai de préavis minimal, ce qui pose la question de la résorption des inégalités de traitement tenant aux modalités de l'obligation de préavis.

## **B – La résorption des inégalités de modalités de l'obligation de préavis**

**1134. Constats.** L'articulation entre l'obligation générale de préavis découlant de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie et les préavis prévus dans les statuts spéciaux du droit du travail ou du droit économique est à l'origine d'inégalités tenant à la détermination de la durée du préavis et aux sanctions de son irrespect<sup>4181</sup>.

**1135. Solution et plan.** L'abrogation des statuts spéciaux proposée ferait disparaître une partie de ces inégalités. En effet, grâce à la suppression des statuts spéciaux, tous les distributeurs réalisant des investissements autres que leur seule force de travail dans l'activité distribution seraient régis par les règles de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Cette solution technique opérerait cependant des choix de fond qu'il convient d'apprécier.

Premièrement, les inégalités seraient résorbées par une généralisation des règles du droit de la concurrence alors qu'elles auraient également pu l'être par une généralisation des règles des statuts spéciaux ou encore par l'élaboration de nouvelles règles, ce qui pose la question d'une éventuelle réforme (1).

Deuxièmement, les distributeurs soumis au droit du travail étant, en principe, exclus du champ d'application de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie<sup>4182</sup>, il subsisterait une différence de traitement dont il convient d'apprécier la justification (2).

### ***1 – La réforme de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie***

**1136. Présentation et plan.** La généralisation de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie à l'ensemble des distributeurs soumis au droit économique entraînerait une substitution de ses règles de détermination du préavis et de ses sanctions à celles prévues par les statuts spéciaux. Elle suppose donc d'apprécier la pertinence des règles de détermination du délai de préavis (a) et des sanctions prévues par le droit de la concurrence (b).

#### **a - La détermination du délai de préavis**

**1137. Adaptation à l'espèce contre sécurité.** Apprécier la pertinence de l'abandon des préavis spéciaux par la généralisation de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie revient à arbitrer entre la sécurité juridique apportée par un préavis minimal fixé par la loi dont le respect exclut toute responsabilité et la flexibilité d'un préavis minimal laissé à l'appréciation d'un juge qui peut tenir compte des circonstances de l'espèce.

---

<sup>4181</sup> *Supra* n° 606 s.

<sup>4182</sup> *Supra* n° 1130.



**1138. Nécessité d'une adaptation à l'espèce.** La finalité du préavis étant de permettre à la partie subissant la rupture d'organiser sa situation en prévision de la fin de relation<sup>4183</sup>, une appréciation *in concreto* de la situation de la partie subissant la rupture paraît s'imposer. En effet, différents facteurs sont susceptibles d'influer sur le temps nécessaire à une réorganisation en vue de la fin de la relation : l'importance des produits ou services objets de la relation dans l'activité du distributeur, l'état des stocks à écouler, le cycle de distribution des produits ou services<sup>4184</sup>, l'état du marché – en particulier, l'existence de fournisseurs concurrents susceptibles d'approvisionner le distributeur –, le temps nécessaire pour céder ou donner à bail les éléments d'exploitation qui ne seraient pas repris dans la nouvelle activité, le temps nécessaire à l'amortissement complet des investissements spécifiques au fournisseur, l'existence d'une clause limitant l'activité post-contractuelle, etc.<sup>4185</sup> Raisonner abstraitement risquerait d'aboutir à des solutions inadaptées et à créer des situations inéquitables. Une adaptation à l'espèce paraît donc inéluctable surtout que le texte s'applique à l'ensemble des acteurs économiques et non aux seuls distributeurs.

**1139. Inconvénient limité de l'insécurité juridique pour la durée du préavis.** Par ailleurs, l'insécurité juridique générée par l'appréciation judiciaire *in concreto* présente l'avantage de faire courir un risque à celui qui ne tiendrait pas compte du temps nécessaire à la réorganisation de son partenaire<sup>4186</sup>. En effet, en fin de relation, l'insécurité juridique ne sera pas un obstacle à une action d'une personne qui était dans une situation de dépendance, il n'a plus rien à craindre et perdre<sup>4187</sup>, il n'existe plus de *facteur peur*, ce qui explique d'ailleurs l'importance du contentieux de la rupture brutale<sup>4188</sup>.

Le fournisseur est donc incité, pour réduire ce risque contentieux, à s'entendre avec le distributeur sur la durée nécessaire à sa réorganisation<sup>4189</sup>.

**1140. Garanties minimales de sécurité juridique.** Malgré tout, il convient d'assurer un minimum de sécurité juridique pour éviter notamment que l'appréciation judiciaire diffère d'un juge à l'autre et s'effectue à partir de critères variables et imprévisibles.

L'article L. 442-6 du Code de commerce prévoit différents procédés devant contribuer à cette sécurité juridique mais qui présentent d'importantes limites.

**Attribution du contentieux à un nombre limité de juridictions et motivation judiciaire.** Tout d'abord, depuis le 11 novembre 2009, le contentieux est attribué à un nombre limité de juridictions de

---

<sup>4183</sup> *Supra* n° 617.

<sup>4184</sup> V. par ex. : Paris 22/05/2014 : JurisData n° 2014-011629.

<sup>4185</sup> Rappr. : Paris 15/10/2014 : n° 13/17276 (disponible sur *Lexisnexis.com*), « la durée du préavis a pour finalité de permettre aux entreprises victimes de remédier à la désorganisation résultant de la rupture ; qu'elle s'apprécie au regard de critères qui dépendent de la nature et de l'ancienneté de la relation commerciale, de la notoriété des produits pris en considération, du degré de dépendance à l'égard du fournisseur, de la faculté de trouver des partenaires équivalents, et d'amortir les investissements engagés légitimement pour satisfaire les besoins spécifiques du cocontractant, auteur de la rupture ».

<sup>4186</sup> Le même risque existe pour le distributeur qui romprait la relation sans tenir compte du temps de réorganisation du fournisseur mais cette question est hors du champ de la présente étude.

<sup>4187</sup> Un préavis trop long ne sera pas réduit, le texte sanctionnant seulement l'insuffisance de préavis.

<sup>4188</sup> Pour se rendre compte de l'importance de ce contentieux, consulter les bilans des décisions judiciaires sur le site la Commission d'examen des pratiques commerciales (<http://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes-commission-0>, consulté le 16/05/2015).

<sup>4189</sup> Sauf s'il prend la forme d'une transaction, cet accord n'exclut pas un contentieux futur mais constituera alors un argument important. En effet, si le fournisseur a demandé au distributeur le temps qu'il estimait nécessaire pour sa réorganisation et en a tenu compte pour fixer son préavis, le juge sera enclin à juger que ce préavis a été librement négocié entre les parties de manière à permettre la réorganisation du distributeur et devrait en déduire une absence de rupture brutale. – V. not. : Com. 16/12/2014 : n° 13-21363 ; à paraître au Bulletin ; JCP E 2015, 1115, N. Dissaux, si l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce « institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation, il ne leur interdit pas de convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale, ou de transiger sur l'indemnisation du préjudice subi par suite de la brutalité de cette rupture » et sanctionnant ainsi la cour d'appel d'avoir condamnée une société ayant réduit ses commandes au cours du préavis alors que cela avait été convenu préalablement avec le partenaire. – V. également : Com. 09/03/2010 : n° 08-21055 ; CCC 2010, 155, N. Mathey.

première instance et, en appel, à la seule Cour d'appel de Paris<sup>4190</sup>, ce qui devait être de nature à limiter les divergences jurisprudentielles. Cependant, il a été constaté que cette Cour n'avait pas une jurisprudence stable et prévisible<sup>4191</sup>. Pour tendre vers une appréciation judiciaire relativement uniforme et stable, la loi devrait déterminer les principaux critères d'appréciation de la durée du préavis et obliger le juge à motiver sa décision au regard de ces critères, ce que la Cour de cassation contrôlera.

**Abandon des accords professionnels et arrêtés ministériels.** Ensuite, le préavis doit respecter « *la durée minimale de préavis déterminée [...] par des accords professionnels* » ou, à défaut, par des arrêtés du ministre de l'économie<sup>4192</sup>. Ces règles sont un échec car aucun arrêté n'a été publié et seuls quatre accords interprofessionnels ont été conclus<sup>4193</sup>. Par ailleurs, la Cour de cassation a estimé que le respect d'un accord interprofessionnel n'interdisait pas de juger que la rupture était brutale<sup>4194</sup>, ce qui limite l'intérêt de leur conclusion et application. Compte tenu de cet échec, la référence aux accords interprofessionnels et aux arrêtés du ministre de l'économie pourrait être abrogée<sup>4195</sup>.

**Intérêt des critères légaux.** Enfin, il est prévu des critères légaux d'appréciation de la durée du préavis puisque celle-ci doit tenir « *compte de la durée de la relation commerciale* »<sup>4196</sup>. Les critères légaux, surtout s'ils ne sont pas des standards juridiques, contraignent le juge à prendre en compte certains facteurs dans son appréciation et contribuent ainsi à une sécurité juridique minimale. Ils augmentent également la normativité de la règle puisqu'ils sont accessibles, généraux et disposent d'une autorité absolue, à la différence des critères jurisprudentiels qui ne sont pas évidents à dégager, peuvent systématiquement être relativisés par l'espèce et disposent d'une autorité relative<sup>4197</sup>. Les critères légaux ne peuvent être ignorés des acteurs économiques cherchant à anticiper et limiter les risques de leurs décisions<sup>4198</sup>. Cependant, la loi ne fixe que deux critères (« *durée de la relation commerciale* » et, le cas échéant, les « *usages du commerce* »<sup>4199</sup>) qui, de surcroît, ne sont pas pertinents.

#### 1141. Critique des critères légaux actuels.

**Durée de la relation.** En effet, la prise en compte de la durée de la relation commerciale revient à apprécier le temps nécessaire à la réorganisation de l'activité par rapport à l'ancienneté de la relation<sup>4200</sup>. Or, il n'existe pas, en principe, de lien de corrélation entre ces éléments<sup>4201</sup>. Par exemple, palier la rupture d'une

---

<sup>4190</sup> *Supra* n° 378.

<sup>4191</sup> *Supra* n° 379 s.

<sup>4192</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 5°.

<sup>4193</sup> CEPC avis 13/06/2013 : n° 13-04.

<sup>4194</sup> *Supra* n° 614.

<sup>4195</sup> Le ministre chargé de l'économie conserve une possibilité d'intervention à travers l'action autonome qui lui est offerte (*infra* n° 1148).

<sup>4196</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 5°.

<sup>4197</sup> *Supra* n° 945.

<sup>4198</sup> En l'absence de critères légaux, un fournisseur pourrait être tenté d'évaluer la durée de préavis uniquement en tenant compte de ses propres intérêts et espérer que le juge y sera sensible. Au contraire, l'existence de critères légaux tenant compte des intérêts de celui qui subi la rupture, conduit l'auteur de la rupture à intégrer ces intérêts dans sa fixation de la durée de préavis pour limiter son risque de voir sa responsabilité engagée et d'être condamnée à une amende civile.

<sup>4199</sup> L'article L. 442-6, I, 5°, le préavis doit tenir compte de « *la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* » et « *à défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis* ». Par conséquent, lorsqu'il existe un accord professionnel ou un arrêté du ministre chargé de l'économie, le préavis, en les respectant, tient compte des usages du commerce qui, sont par définition, des pratiques passées.

<sup>4200</sup> La même constatation peut être faite à l'égard des préavis légaux prévus pour les agents commerciaux et les distributeurs soumis au droit du travail puisque leur durée légale minimale est uniquement fixée en fonction de l'ancienneté de la relation (*supra* n° 610 s.).

<sup>4201</sup> *Contra* : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 761, soutenant que « *l'inscription de la relation dans le temps* » entraîne « *fréquemment une adaptation substantielle et donc une spécialisation de l'activité* ».

relation de franchise exclusive d'une année nécessitera une réorganisation bien plus importante que palier la rupture d'une relation de trente années de fourniture d'un produit non marqué constituant une faible part de l'assortiment du distributeur. Pourtant, l'application du critère de l'ancienneté de la relation conduira à exiger un préavis d'une durée supérieure pour la seconde relation. La fixation du délai par rapport à l'ancienneté des relations n'est donc pas pertinente et semble en réalité procéder d'une confusion entre le fondement technique du préavis (l'ancienneté de la relation caractérise son caractère établi et fonde donc, en principe, une attente légitime de sa poursuite) et son fondement téléologique (permettre la réorganisation).

**Usages du commerce.** La référence aux usages du commerce n'apparaît pas plus pertinente. En effet, ceux-ci représentent la durée de préavis généralement pratiquée dans un secteur. Or, si les relations entre les professionnels du secteur sont marquées par de fortes inégalités de puissance économique et des phénomènes de dépendance, ces usages reflètent les pratiques des acteurs en position de force et pas nécessairement le temps nécessaire pour la réorganisation des dominés. Fixer la durée de préavis en référence aux usages conduit ainsi à ériger en norme les pratiques des puissants<sup>4202</sup> ce qui n'était sans doute pas l'objectif du législateur.

**1142. Proposition de nouveaux critères.** Les critères de l'ancienneté de la relation et des usages du commerce devraient ainsi être remplacés par de nouveaux critères.

En premier lieu, la loi devrait faire apparaître clairement la finalité du préavis en précisant qu'il doit tenir compte de la durée nécessaire à la réorganisation de l'activité. Cette finalité n'est pas propre au secteur de la distribution mais découle de l'effet du préavis qui consiste à maintenir une relation dont la rupture a pourtant été décidée<sup>4203</sup> et s'inscrit également dans une préoccupation constante du législateur d'assurer la survie des entreprises<sup>4204</sup>.

En second lieu, pour guider le juge dans la détermination de la durée de réorganisation, il convient d'identifier les principaux facteurs influant sur cette durée pour un distributeur, sans interdire la prise en compte d'autres critères<sup>4205</sup>.

Or, la réorganisation comporte deux composantes puisqu'elle suppose, d'une part, de concevoir et mettre en œuvre une nouvelle organisation et, d'autre part, de solder l'organisation précédente. En d'autres termes, se réorganiser, c'est organiser l'avenir et solder le passé.

**1143. Organiser l'avenir.** Trois facteurs principaux affectent le temps nécessaire à l'organisation d'une activité de distribution suite à la perte d'une relation avec un fournisseur : l'importance des produits ou

---

<sup>4202</sup> A cet égard, doit être approuvée la position de la Cour de cassation qui juge que les préavis fixés par les accords professionnels et les arrêtés du ministre de l'économie sont seulement des préavis minimaux dont le respect n'exclut pas nécessairement une rupture brutale (*Supra* n°).

<sup>4203</sup> *Supra* n° 588 et 617.

<sup>4204</sup> V. not. : loi n° 2005-845 du 26/07/2005 *de sauvegarde des entreprises*, instituant une procédure visant à « faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif » (C. com. art. L. 620-1)

<sup>4205</sup> En raison de l'objet de l'étude, les analyses se limiteront aux facteurs de réorganisation des distributeurs. Il est laissé à d'autres le soin de proposer des critères propres à des secteurs différents. Introduits dans un texte à portée générale, les critères proposés pourraient, hors du domaine de la rupture des relations des distributeurs, ne plus être pertinents ou se révéler insuffisants. Cela ne pose pas de difficulté si la liste des critères n'est pas limitative. Le juge devant connaître d'une rupture ne concernant pas un distributeur pourra ajouter des critères qui lui apparaîtraient pertinents et écarter des critères qui ne le seraient pas, à condition de motiver sa décision.

services objets de la relation dans l'activité du distributeur<sup>4206</sup>, l'existence ou non de solutions équivalentes sur le marché concerné et la présence de clauses affectant l'activité post-relationnelle.

**Importance des produits ou services dans l'activité.** L'importance des produits ou services objets de la relation dans l'activité du distributeur déterminera l'ampleur de la réorganisation nécessaire. Ce facteur rejoint celui de « *l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur* » pris en compte dans l'abus de dépendance économique<sup>4207</sup>. Cependant, il est préférable de ne pas faire référence à une part dans le chiffre d'affaires car celle-ci n'est pas nécessairement représentative de l'importance de la relation pour l'activité du distributeur. Une relation peut représenter une faible part du chiffre d'affaires et pourtant avoir une contribution majoritaire à la marge du distributeur<sup>4208</sup>. La référence à une importance sans précision de l'information comptable considérée autorise ainsi une approche plus fine. Ce facteur permet également de tenir compte d'une exclusivité ou quasi-exclusivité de droit ou de fait.

**Existence de solutions équivalentes sur le marché.** L'existence de solutions équivalentes sur le marché concerné conditionne la possibilité de suppléer la perte de la relation. Ce facteur, associé au précédent, détermine ainsi la possibilité économique de poursuivre l'activité de distribution des produits ou services considérés. En effet, si la relation était importante et qu'il n'existe pas de solution équivalente, l'activité de distribution est remise en cause. Au contraire, si la relation n'était pas importante ou s'il existe des solutions équivalentes d'approvisionnement, la poursuite de la distribution des produits ou services considérés est possible.

Ce critère consacre légalement la jurisprudence de la Cour de cassation qui précise que le préavis notamment tenir compte de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée<sup>4209</sup> mais la référence à l'existence de solutions équivalentes sur le marché concerné est plus précise et devrait ainsi mettre fin aux variations critiquables de la Cour d'appel de Paris sur la dépendance<sup>4210</sup>. La référence au marché concerné invite notamment à raisonner à partir d'un référentiel précis plutôt qu'à procéder à des appréciations abstraites pouvant conduire à estimer que tant que toute activité économique n'est pas interdite, il existe toujours une solution équivalente sur le marché.

Cependant, même si une solution économiquement équivalente existe sur le marché, il ne sera pas toujours possible pour le distributeur d'y recourir.

**Clauses restreignant l'activité post-relationnelle.** En effet, des clauses pourront affecter l'activité post-relationnelle en entravant l'organisation d'une nouvelle activité. Par exemple, une clause de non-concurrence conduira à un arrêt ou à un déplacement de l'activité et une clause de non-réaffiliation post-contractuelle limitera le choix des fournisseurs alternatifs<sup>4211</sup>. Il convient donc d'en tenir compte.

L'exigence d'une contrepartie financière à ces clauses<sup>4212</sup> ne doit pas avoir d'incidence sur le préavis car elle vise à réparer le risque créé par la restriction de liberté professionnelle du distributeur mais ne fait pas

---

<sup>4206</sup> Dans ce sens : CHAGNY (M.), *La confiance dans les relations d'affaires*, in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénadou et M. Chagny, Dalloz, 2008, p. 35 s., n° 12.

<sup>4207</sup> *Supra* n° 361 s.

<sup>4208</sup> Sur la question : ERÉSÉO (N.), *L'exclusivité contractuelle*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 79, Litec, 2008, n° 204 s.

<sup>4209</sup> *Supra* n° 376.

<sup>4210</sup> Sur ces variations : *supra* n° 379 s.

<sup>4211</sup> V. par ex. : Paris 03/06/2011 : n° 09/09940 prenant en compte, pour fixer le délai de préavis, la clause de non-concurrence qui contribue aux « *difficultés pour le franchisé de retrouver un contrat de même nature* » que celui rompu.

<sup>4212</sup> *Infra* n° 1244 s.

disparaître le temps nécessaire à une réorganisation.

La prise en compte de l'importance de la relation dans l'activité, de l'existence de solutions équivalentes sur le marché concerné et de clauses affectant l'activité post-contractuelle permettra ainsi d'apprécier le temps nécessaire pour organiser la poursuite de l'activité de distribution des produits ou services ou pour organiser une reconversion vers une autre activité.

**Influence des signes distinctifs.** Si l'activité peut être poursuivie, il faudra déterminer le temps nécessaire pour y parvenir. La propriété des signes distinctifs a alors une influence importante. La loi la reconnaît pour les fournisseurs en prévoyant que « *lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur* »<sup>4213</sup>. La propriété des signes distinctifs a également une influence sur la réorganisation des distributeurs. En effet, le distributeur ne peut plus utiliser l'enseigne ou le nom commercial de son fournisseur ou diffuser les produits ou services de ses marques doit démarcher d'autres fournisseurs et prévoir les travaux accompagnant un éventuel changement d'enseigne (nouveaux aménagements, mobilier commercial, matériel, outillage, nécessité de formations du personnel, etc.)<sup>4214</sup>. Il convient donc de prendre en compte, en miroir avec la fourniture sous marque de distributeur, la distribution sous nom commercial, enseigne ou marque du fournisseur.

Cependant, la prise en compte par un doublement du délai de préavis est particulièrement arbitraire, la durée de réorganisation suite à la perte d'une relation de fourniture ou de distribution sous les signes distinctifs d'autrui n'étant pas nécessairement deux fois plus longue. Il est plus pertinent de supprimer ce doublement automatique et d'ajouter simplement la fourniture sous un signe distinctif du distributeur et la distribution sous un signe distinctif du fournisseur au nombre des critères légaux.

En plus d'organiser l'avenir, la réorganisation suppose de solder le passé.

**1144. Solder le passé.** Solder l'organisation mise en place pour la relation prenant fin suppose de considérer le sort des éléments d'exploitation spécifiques à la relation prenant fin.

L'existence de dépenses ou d'investissements spécifiques non rentabilisés et notamment de stocks non écoulés est déjà prise en compte par une indemnité due en cas de rupture dont il a été démontré qu'elle était plus pertinente que l'imposition d'un délai de préavis permettant la rentabilisation<sup>4215</sup>. Ces éléments ne doivent donc pas être considérés pour fixer la durée du préavis.

Les dépenses et investissements réalisés non spécifiques aux produits ou services du fournisseur (local,

---

<sup>4213</sup> C. com. art. L. 442-6, I, 5° – Il s'agit de prendre en compte la dépendance des fournisseurs qui ne diffusent pas leurs produits et services sous leurs propres signes distinctifs. En effet, lorsque les produits et services sont distribués sous la marque du fournisseur, la clientèle subsiste malgré la disparition d'un distributeur, les clients, attachés à la marque pouvant se reporter sur un autre distributeur. Le fournisseur subissant la rupture aura ainsi seulement à trouver un nouveau distributeur sans avoir à reconstituer une clientèle pour ses produits et services. Au contraire, si les produits et services sont diffusés sous la marque du distributeur, la clientèle est attachée à cette marque, donc au distributeur et non au fournisseur. La rupture entraîne donc la perte de la clientèle des produits et services pour le fournisseur alors que le distributeur peut espérer conserver cette clientèle en faisant fournir les produits et services diffusés sous sa marque par un nouveau fournisseur.

<sup>4214</sup> Naturellement, le préavis ne peut tenir compte du temps nécessaire pour reconstituer une clientèle équivalente à celle qui serait perdue du fait d'impossibilité de continuer à utiliser les signes distinctifs du fournisseur. Cette perte de clientèle donnera lieu à une indemnité spécifique (*infra* n° 1178 s.).

<sup>4215</sup> *Supra* n° 1062 s., spéc. n° 1067. – En revanche, la durée de préavis sera prise en compte pour calculer l'indemnité de non rentabilisation. Par exemple, si le préavis correspond à la durée d'une saison et incluse la période de soldes y mettant fin, il sera suffisamment long pour permettre au distributeur d'écouler les stocks constitués et aucune indemnité de non-rentabilisation ne sera donc due à ce titre. Au contraire, un préavis insuffisant pour écouler normalement les stocks donnera lieu au versement d'une indemnité de non-rentabilisation.

droit au bail, aménagements, matériel et outils non spécifiques, etc.) ne seront pas perdus car ils pourront continuer à être utilisés pour l'activité qui sera poursuivie ou être valorisés par cession ou location. Le temps nécessaire pour procéder à cette réutilisation ou valorisation entre dans le temps de réorganisation. Il n'est cependant pas pertinent d'en faire un critère légal spécifique. En effet, l'existence de dépenses et investissements non spécifiques à la relation est systématique, elle est le propre d'une activité de distribution relevant du droit économique<sup>4216</sup>. Il ne s'agit donc pas d'un facteur particulier d'aggravation ou de diminution de la durée de la réorganisation nécessaire dont il doit être tenu compte.

**1145. Moment d'appréciation.** La Cour de cassation a retenu que la durée de préavis nécessaire devait être appréciée au jour de la rupture et non au jour où le juge statuait. Cette règle est critiquable car elle revient à ne pas prendre en compte le temps qui a été réellement nécessaire au partenaire pour se réorganiser, elle n'est donc pas cohérente avec la finalité du préavis<sup>4217</sup>. De plus, le choix d'une appréciation judiciaire du délai de préavis plutôt que d'un délai fixé par la loi vise à prendre en compte la réalité, d'adapter la solution à l'espèce plutôt que de raisonner abstraitement. Afin de briser cette jurisprudence, la loi pourrait préciser le juge doit apprécier la durée de préavis au jour où il statue. Cette règle permettrait également d'éviter les éventuelles actions opportunistes des distributeurs.

**1146. Conclusion.** Finalement, la résorption des inégalités de durée de préavis entre les distributeurs par une simple abrogation des statuts spéciaux n'est pas pertinente si elle ne s'accompagne pas d'une réforme de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce afin que la durée de préavis soit déterminée au regard de la finalité de celui-ci qui est permettre la réorganisation de l'activité.

Dans cette perspective, il convient également de s'interroger sur les sanctions de l'obligation de préavis.

## **b - Les sanctions de l'irrespect du délai de préavis**

**1147. Présentation.** L'abrogation des statuts spéciaux entraînerait l'extension des sanctions de l'irrespect du préavis prévues par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce à l'ensemble des distributeurs. Or, par rapport aux statuts spéciaux, cet article présente l'originalité de prévoir une amende civile et une possibilité d'action publique. Par ailleurs, sa réforme pose la question de la consécration des règles d'évaluation du préjudice retenues par la jurisprudence.

**1148. Amende civile et action publique.** L'amende civile permet de renforcer l'effectivité du texte en le rendant plus dissuasif. En effet, une entreprise pourrait arbitrer entre une indemnisation de la victime et le gain généré par une rupture rapide avec un préavis inexistant ou insuffisant. L'amende civile affecte cet arbitrage en pouvant rendre beaucoup plus onéreux l'irrespect du préavis<sup>4218</sup>.

L'action publique renforce également cette effectivité en permettant de passer outre l'inertie des victimes, même si celle-ci est plus limitée en fin de relation<sup>4219</sup>.

**Intérêt protégé.** Le maintien de l'amende civile et de l'action publique pose en réalité la question de l'intérêt protégé par l'obligation de préavis.

---

<sup>4216</sup> *Supra* n° 959.

<sup>4217</sup> Dans ce sens : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 727 – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *op. cit.*, n° 397

<sup>4218</sup> *Supra* n° 630.

<sup>4219</sup> *Supra* n° 629 et 975 s.

Si l'intérêt protégé est général, public, une action est justifiée même en l'absence d'intérêt de la victime, un renforcement de l'effectivité du texte par une amende est pertinent et le monnayage d'un préavis insuffisant n'est pas envisageable.

Au contraire, si l'intérêt protégé est particulier, privé, ces deux sanctions sont inutiles. En effet, la relation ayant pris fin, la victime est, en principe, libre d'agir. Si elle reste inactive, c'est qu'elle n'a pas d'intérêt à agir ou l'estime insuffisant (inexistence ou insignifiance du préjudice) et l'action publique n'est donc pas justifiée. Si elle décide d'agir, l'intérêt protégé sera intégralement satisfait puisque le préjudice de la victime sera réparé. Une amende ne se justifie donc pas et un monnayage de l'irrespect de la règle n'est pas choquant<sup>4220</sup>.

L'obligation de préavis poursuit indéniablement un intérêt particulier puisqu'elle permet d'assurer l'indemnisation de la victime d'une rupture brutale. Elle protège ainsi l'intérêt des acteurs économiques qui n'auraient pas anticipé le risque de telles ruptures ou qui auraient accepté, sous l'effet de la dépendance, une clause écartant l'obligation de préavis.

Cependant, il peut être soutenu que cette obligation également d'un ordre public de direction et c'est, du reste, la position de la jurisprudence qui voit dans l'action publique et l'amende civile associées à la rupture brutale un mécanisme de protection du marché<sup>4221</sup>. Au soutien de cette position, il peut être relevé que l'obligation de préavis, en limitant l'impact des ruptures et en permettant la réorganisation des entreprises, contribue à prévenir leurs défaillances. Elle contribue à l'objectif du législateur de sauvegarder les entreprises pour limiter les conséquences sociales et économiques de leurs disparitions. Elle révèle le choix économique de ralentir les mutations s'opérant sur les marchés pour favoriser la survie des entreprises plutôt que d'accepter des mutations rapides et d'en traiter seulement les conséquences. L'obligation de préavis peut encore s'inscrire dans des considérations d'intérêt général de moralisation des affaires érigeant en comportement anormal le fait de rompre une relation sans tenir compte de l'intérêt de son partenaire.

Par conséquent, l'intérêt général n'étant pas absent de l'obligation de préavis si bien qu'une généralisation de l'amende civile et de l'action publique n'est pas illogique.

**1149. Réparation du préjudice subi.** Se pose également la question du maintien des règles d'évaluation du préjudice réparable et, en particulier, de la tendance jurisprudentielle à retenir une réparation forfaitaire.

Ainsi, une partie de la doctrine s'est étonnée que le préjudice ne soit pas apprécié en termes de perte de chance mais réparé par le versement des gains qui auraient été perçus si la relation s'était poursuivie à l'identique sur la durée de préavis manquante et a ainsi estimé qu'il s'agissait d'une indemnité de clientèle déguisée<sup>4222</sup>. La réparation pourrait donc faire double emploi avec l'indemnité de cessation de relation qu'il sera proposé d'accorder au distributeur<sup>4223</sup>. Ce raisonnement est cependant critiquable car, même forfaitaire,

---

<sup>4220</sup> Sur le monnayage de l'irrespect des règles et des libertés professionnelles : *infra* n° 1162 s. et 1251

<sup>4221</sup> *Supra* n° 628.

<sup>4222</sup> Dans ce sens : STOFFEL-MUNCK (P.), *La rupture du contrat et le droit de la distribution*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, dir. C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 177 s., n° 24 s., « le but de la responsabilité civile étant de remettre la victime dans l'état qui aurait été le sien si la faute n'avait pas été commise, sans qu'il en résulte pour elle, "ni perte, ni profit" », le préjudice lié à une absence de préavis devrait s'analyser en « une perte de chance » (n° 25), ce qui « ne revient pas à octroyer les revenus qui auraient été perçus [grâce au contrat] pour le temps qui a manqué » mais seulement « d'évaluer, après les avoir identifiées, les chances de reconversion perdues, d'estimer les frais que l'on aurait pu s'épargner, etc. » (n° 26) si bien que « la justification de l'octroi de plusieurs mois de marge brute ne peut donc pas [...] être trouvée dans les principes de la responsabilité civile » et « qu'il faut bien se résoudre à admettre que ces dommages et intérêts, ce prétendu gain manqué, représentent autre chose que la réparation d'un préjudice véritable. Il est possible de soutenir qu'ils s'apparentent davantage à une indemnité de clientèle qu'à la réparation du préjudice consécutif au comportement déloyal de celui qui a exercé sa liberté de rompre » (n° 27).

<sup>4223</sup> Sur cette indemnité : *infra* n° 1178 s.

l'indemnisation de la durée de préavis manquante n'est pas comparable à celle de l'indemnité de cessation de relation. Tout d'abord, l'indemnité n'est due qu'en cas d'irrespect d'un préavis suffisant et non en raison de la cessation de la relation elle-même. Ensuite, son montant sera potentiellement très inférieur à celui de l'indemnité de cessation de relation. Enfin, si la critique est pertinente en cas d'appréciation du délai de préavis nécessaire au jour de la rupture, elle l'est moins si, comme il l'a été proposé, le délai est apprécié au jour où le juge statue<sup>4224</sup>. L'indemnisation correspond alors plus à une réparation forfaitaire d'un préjudice qu'en une indemnité de clientèle<sup>4225</sup>.

**Intérêts du forfait.** Or, un forfait assure classiquement deux fonctions<sup>4226</sup> : il dissuade l'irrespect de la règle en prévoyant une indemnisation systématique (fonction comminatoire) et, en même temps, accroît la prévisibilité du coût de cet irrespect (fonction économique). La prévisibilité peut néanmoins potentiellement limiter l'effet comminatoire en rendant possible une rupture efficace, c'est-à-dire en permettant aux acteurs économiques de comparer le coût d'une violation de la loi par rapport au gain qu'il peut représenter<sup>4227</sup>.

S'agissant de l'irrespect du délai de préavis suffisant, la fonction comminatoire du forfait n'est pas réellement atteinte par la prévisibilité du coût de la rupture puisque ce coût dépend du délai de préavis suffisant dont la prévisibilité est réduite en raison de son appréciation judiciaire. Par ailleurs, un effet comminatoire est déjà partiellement assuré par l'amende civile susceptible d'être prononcée.

En revanche, le forfait permet de ne pas ajouter à l'insécurité juridique de l'appréciation de la durée du préavis une nouvelle insécurité liée à l'appréciation du préjudice. La sécurisation de l'évaluation du préjudice permet ainsi de focaliser les discussions des parties et les débats judiciaires sur la durée du préavis.

Pour la même raison, il n'apparaît pas pertinent de prendre directement en compte une acceptation des risques de dépendance par la victime qui aurait choisi de ne pas ou peu diversifier ses activités ou approvisionnements. En effet, en raison de la difficulté de distinguer la dépendance subie et la dépendance choisie et de l'arbitraire de la fixation d'une part de responsabilité dans une situation de dépendance, cette prise en compte introduirait une incertitude importante dans l'évaluation du préjudice.

**Montant du forfait.** Pour assurer cette sécurité juridique, il convient de préciser la méthode d'évaluation du forfait. Actuellement la jurisprudence tend à indemniser la perte de « *marge brute* » pendant la durée de préavis non respectée qu'elle calcule par référence aux années antérieures<sup>4228</sup>. Cependant, la notion de marge brute est très incertaine en comptabilité car, n'étant pas définie, elle peut recouvrir des réalités très différentes<sup>4229</sup>. À travers elle, les juges semblent vouloir prendre en compte qu'en cas de rupture d'une relation commerciale une partie des charges liées à l'activité concernée par la relation ne sont plus

---

<sup>4224</sup> *Supra* n° 1145.

<sup>4225</sup> Par ailleurs, en raison de sa marge d'appréciation de la durée de préavis suffisante, le juge peut fixer cette durée de manière à ce qu'elle corresponde à une indemnisation se rapprochant du préjudice qu'il estime réellement subi par le distributeur, à condition toutefois de motiver uniquement sa décision au regard des critères légaux d'appréciation de la durée.

<sup>4226</sup> RADÉ (C), *Droit du travail et responsabilité civile*, Préf. J. Hauser, BDP, t. 282 s., LGDJ, 1997, n° 33 s.

<sup>4227</sup> Sur la nécessité d'une prévisibilité du coût de la rupture pour permettre une rupture efficace : ROCHFELD (J.), *La rupture efficace*, in *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 169 s., n° 446.

<sup>4228</sup> *Supra* n° 636.

<sup>4229</sup> La définition donnée par le lexique du site de l'ouvrage de référence de Monsieur Vernimmen sur la finance d'entreprise est, à cet égard, édifiante : « la marge brute est une notion qui n'est absolument pas normalisée et chacun y met derrière ce qu'il veut bien y mettre » ([http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/definition\\_marge-brute.html](http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/definition_marge-brute.html), consulté le 15/04/2015).



supportées alors que d'autres continuent à l'être<sup>4230</sup>. Il s'agit de réparer la perte des produits (du chiffre d'affaires) qui aurait été générés par la relation pendant la durée de préavis non effectuée mais en déduisant les charges qui ont été économisées du fait de la rupture. Or, la comptabilité analytique permet de calculer cette perte puisqu'elle distingue classiquement, à partir de la comptabilité générale, les charges supportées indépendamment du volume d'activité (*charges fixes*) et les charges évoluant avec l'activité (*charges variables*). Les produits générés par une relation, déduction faite des charges économisées, correspond ainsi la *marge sur coûts variables* générée par la relation<sup>4231</sup>. Par conséquent, la perte de la relation pendant la durée de préavis non effectuée se traduit en comptabilité par une perte de marge sur coûts variables, c'est-à-dire à des charges fixes assumées en vain et à un résultat non réalisé<sup>4232</sup>. Des incertitudes pourront naître sur le caractère variable ou non de telle ou telle charge, mais la notion de marge sur coûts variables est plus maîtrisée par les comptables que celle de marge brute.

La période de référence passée pour calculer cette marge sur coûts variables pourrait être fixée aux deux dernières années d'exploitation<sup>4233</sup>.

**1150. Conclusion.** Finalement, l'amende civile et l'action publique pourraient être conservées et la loi pourrait préciser que l'irrespect du préavis donne lieu au versement d'une indemnité correspondant à la marge sur coûts variables non générée par la relation sur la durée de préavis manquante, calculée à partir des deux dernières années d'exploitation. Cette précision permettrait d'apporter une certaine prévisibilité à l'indemnisation de l'irrespect du préavis et ainsi de centrer les discussions des parties et le débat judiciaire sur la durée du préavis, c'est-à-dire sur le délai de nature à permettre la réorganisation, finalité du préavis.

Les sanctions de l'irrespect du préavis et la détermination de sa durée resteraient cependant différentes de celles appliquées aux distributeurs relevant du droit du travail et qui seraient ainsi exclus du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

## ***2 – La justification de l'exclusion de la prohibition des ruptures brutales pour les relations de distribution du droit du travail***

**1151. Différences.** Dans la réforme proposée, tous les distributeurs apportant un capital à l'activité de distribution en plus de leur travail relèveraient de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce alors que les distributeurs mettant en œuvre leur force de travail sans apporter de capital resteraient soumis au droit du travail qui, à la différence du texte précédant, prévoit un préavis d'une durée minimale fixée par la loi en fonction de l'ancienneté de la relation. Il n'est pas inenvisageable d'appliquer également le texte du Code de

---

<sup>4230</sup> Par exemple, un imprimeur perdant un marché d'impression n'aura plus à acheter le papier, l'encre et l'électricité qui étaient nécessaires à l'exécution du marché mais continuera à assumer ces charges pour ses autres marchés ainsi que les charges générales de son activité : le loyer de son local, l'entretien de ses machines, ses charges de personnel, etc. De même, un franchisé perdant un de ses fournisseurs n'assume plus les charges d'achat et de logistique des produits, ni les redevances mais continue à assumer ses charges de personnel, de local, etc.

<sup>4231</sup> Il est généralement calculé un taux de marge sur coûts variables appliqué au chiffre d'affaire :  $\% \text{ marge sur coûts variables} = (\text{chiffres d'affaires} - \text{charges variables}) / \text{chiffres d'affaires}$  donc  $\text{chiffres d'affaires} \times \% \text{ marge sur coûts variables} = \text{marge sur coûts variables}$ .

<sup>4232</sup> En effet,  $\text{résultat} = \text{chiffre d'affaires} - \text{charges fixes} - \text{charges variables}$  et  $\text{marge sur coûts variables} = \text{chiffres d'affaires} - \text{charges variables}$ , ainsi  $\text{marge sur coût variable} = \text{charges fixes} + \text{résultat}$ .

<sup>4233</sup> Cette détermination présente toujours une part d'arbitraire mais la durée correspond à celle généralement retenue pour le calcul des indemnités de fin de contrat des agents commerciaux et VRP (*supra* n° 763 et 769).

commerce en considérant que le préavis minimal légal n'est pas nécessairement suffisant à exclure la brutalité de la rupture<sup>4234</sup>.

**1152. Justification des différences de détermination de la durée.** Une telle application n'est cependant pas pertinente car le fondement téléologique de l'obligation de préavis permet de justifier la différence de traitement. En effet, la réorganisation de l'activité d'une personne louant seulement sa force de travail est différente de celle d'une personne ayant réalisé des investissements en capital dans l'activité. Le distributeur ayant seulement mis à disposition sa force de travail n'a pas à solder le passé de la relation en louant, cédant ou réemployant des éléments d'actif (céder ou donner à bail un local, vendre du matériel, etc.). Tout au plus, le salarié devra terminer certaines tâches en cours mais leur non-achèvement ne lui causera, en principe, aucune perte. La réorganisation consiste donc uniquement à réemployer la force de travail dans une nouvelle activité, qu'elle relève ou non du droit du travail.

Par ailleurs, il existe pour les salariés différents dispositifs de maintien et sauvegarde de l'emploi (plan de sauvegarde de l'emploi, contrat de sécurisation professionnelle, allocation d'aide au retour à l'emploi, etc.)<sup>4235</sup> et d'aide à la création d'entreprise<sup>4236</sup> qui permettent d'accompagner et financer leurs périodes de reconversion. La situation est ainsi très différente de celle d'un distributeur qui, ayant réalisé des investissements en capital dans l'activité, se trouve exclu du droit du travail et, par suite, de ces dispositifs.

La reconversion des salariés est d'ailleurs assurée par ces dispositifs bien plus que par le préavis légal. En effet, la loi a choisi de traiter à égalité toutes les forces de travail en fixant des préavis dépendant uniquement de l'ancienneté de la relation<sup>4237</sup>. Elle ne distingue pas selon l'importance de l'activité dans l'utilisation de la force de travail du salarié<sup>4238</sup> et ne prend en compte aucun facteur pouvant affecter la reconversion du salarié. De plus, en raison de la durée relativement courte du préavis (un mois pour une relation de six mois à moins de deux ans, deux mois au-delà<sup>4239</sup>) et de la possibilité de dispense de préavis moyennant une indemnité forfaitaire<sup>4240</sup>, il ne s'agit pas d'accorder au salarié une période suffisante pour trouver une nouvelle activité.

Ce préavis minimal légal est justifié pour assurer un temps de reconversion psychologique, pour permettre au salarié – nécessairement une personne physique – de ne pas quitter son emploi du jour au lendemain. En effet, le salarié qui quitte involontairement une entreprise est également exclu d'une collectivité de travail, d'un environnement et perd un statut social<sup>4241</sup>. Un choc psychologique plus ou moins important est donc éprouvé et apparaît d'autant plus important si la durée de la relation a permis d'installer des habitudes et de nouer des relations humaines suivies. La fixation du temps d'adaptation en fonction de l'ancienneté de la relation avec un maximum de deux mois retrouve alors une certaine pertinence.

Cet aspect psychologique pourrait également être pris en compte dans les relations de distribution

---

<sup>4234</sup> Sur ce raisonnement : *supra* n° 622.

<sup>4235</sup> C. trav. art. L. 5111-1 s.

<sup>4236</sup> C. trav. art. L. 5141-1 s.

<sup>4237</sup> En particulier, la loi ne distingue pas selon la qualification comme elle le fait pour la durée maximale de la période d'essai. Elle ne prend pas en compte l'âge du salarié, le secteur, etc.

<sup>4238</sup> La durée minimale de préavis sera la même selon que la relation de travail est à temps partiel ou à temps plein.

<sup>4239</sup> C. trav. art. L. 1234-1 – *Supra* n° 610.

<sup>4240</sup> C. trav. art. L. 1234-5.

<sup>4241</sup> Rapp. : MAZEAUD (A.), *Les indemnités de rupture du contrat de travail en régime de communauté entre époux*, D. 1986, chron. p. 235 s., n° 27, le licenciement cause notamment un « préjudice résultant du sentiment d'appartenance à l'entreprise » – BRUN (A.) et GALLAND (H.), *Droit du travail*, t.1, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1978, n° 710.

relevant de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. En effet, si la soumission au droit économique est justifiée par l'existence d'un investissement en capital, l'activité met également en jeu une force de travail déployée par une personne physique (le gérant) qui s'intègre parfois dans une collectivité. Il suffirait alors de prévoir, à l'instar du droit du travail, que la durée du préavis ne peut être inférieure à un mois pour une relation d'une ancienneté de six mois et à deux mois pour une ancienneté d'au moins deux années<sup>4242</sup>. Cependant, en raison de leurs durées très courtes, ces préavis minimums légaux auraient une incidence très limitée et seraient certainement absorbés par les préavis nécessaires pour tenir compte de la réorganisation liée aux investissements en capital. Par ailleurs, la référence à l'ancienneté de la relation pourrait brouiller les critères de détermination de la durée du préavis.

**1153. Justification des différences de sanction.** S'agissant des sanctions, le caractère privé de l'intérêt protégé (reconversion psychologique) et l'absence d'enjeu pour l'ensemble de l'économie permet de justifier l'absence d'amende civile et d'action publique pour les distributeurs salariés.

#### CONCLUSION DU PARAGRAPHE 1

**1154. Proposition.** Les réflexions sur le délai de préavis aboutissent à proposer une nouvelle rédaction de l'article L. 442-6, I, 5° qui pourrait être la suivante :

I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...]

5° De rompre, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit d'une durée minimale de nature à permettre la réorganisation de l'activité. Cette durée tient notamment compte de l'importance de la relation dans cette activité, de l'existence de solutions équivalentes sur le marché concerné, d'éventuelles obligations restreignant l'activité post-relationnelle, en particulier de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation, et de la fourniture des produits ou services sous un signe distinctif du distributeur ou de leur distribution sous un signe distinctif du fournisseur.

Le juge apprécie la suffisance de la durée de préavis au jour où il statue et motive sa décision au regard des critères précédents.

Le préjudice causé par l'irrespect du préavis est réparé par le versement d'une indemnité correspondant à la marge sur coûts variables non générée par la relation sur la durée de préavis manquante. Cette marge est calculée par une moyenne sur les deux dernières années d'exploitation.

Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de rupture sans préavis en cas de faute grave ou de force majeure.

---

<sup>4242</sup> Le législateur a envisagé la fixation d'un préavis minimal légal. En effet, un amendement voté dans le cadre de la loi n° 2001-420 du 15/05/2001 par le Sénat proposait d'ajouter au texte qu'« à défaut d'accord interprofessionnel ou d'arrêté ministériel, le délai est de trois mois minimum » mais la disposition ne fut finalement pas reprise lors de la dernière lecture de l'Assemblée nationale.

## §2 – La résorption des inégalités de justification et motivation de la rupture

**1155. Plan.** Il a été mis en évidence des inégalités de traitement entre les distributeurs sur l'existence et les modalités des obligations de justification et motivation<sup>4243</sup>. Afin de résorber ces inégalités, il apparaît pertinent d'abandonner toute obligation de justification de la rupture (A) et de limiter l'obligation de motivation à la rupture pour faute (B).

### A – Le rejet de l'obligation de justification de la rupture

**1156. Plan.** L'introduction d'une obligation de justification a été défendue par une partie de la doctrine<sup>4244</sup>. L'exigence d'une cause légitime de rupture favoriserait de la pérennité de la relation (1) et l'indemnisation des conséquences de sa rupture (2)<sup>4245</sup>. Or, l'obligation de justification ne paraît pas la solution la plus pertinente pour réaliser ces deux objectifs.

#### *1 – Le rejet de la pérennisation de la relation de distribution à travers l'obligation de justification*

**1157. Présentation.** L'obligation de justification marquerait l'introduction d'une logique de pouvoir dans l'exercice de la liberté du fournisseur de rompre la relation de distribution. Celui-ci ne pourrait plus user de sa liberté selon son seul intérêt mais devrait prendre en compte l'intérêt du distributeur ou un intérêt supérieur (intérêt commun, intérêt du réseau) qu'il ne serait plus seul à pouvoir apprécier, ce qui favoriserait la pérennité de la relation.

**1158. Appréciation inévitable du juge.** Cependant, la loi ne pouvant prévoir l'ensemble des circonstances justifiant une rupture, elle devrait nécessairement recourir à des standards juridiques ou à des notions imprécises laissant une grande marge d'appréciation au juge.

Ainsi, d'après une partie de la doctrine, pour que la décision de rompre du fournisseur soit valable, « *la légitimité du motif économique qu'il invoque pour la justifier doit être appréciée au regard de l'intérêt du réseau : la rupture du contrat doit être nécessaire à la sauvegarde de celui-ci dans le cadre ou non d'une restructuration du réseau* » et qu' « *ainsi devraient être retenus comme motivation valable le changement des méthodes de distribution, le renchérissement des approvisionnements, les difficultés économiques du réseau et devraient être en revanche écartés [...] les motifs tenant à la simple recherche d'un plus grand profit* »<sup>4246</sup>.

---

<sup>4243</sup> *Supra* n° 641 s.

<sup>4244</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012, n° 508 s. – RBII (J.), *L'obligation de motivation en droit des contrats*, Thèse Toulouse, 2009, n° 276 s. – COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. Loquin, Litec, 2006, n° 730 s. – FABRE-MAGNAN (M.), *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, p. 573 s. – AMIEL-COSME (L.), *La théorie institutionnelle du réseau*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1 s., n° 29 s. – MAINGUY (D.), *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats*, in Mél. M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 165 s., n° 15 s.

<sup>4245</sup> *Supra* n° 721 s., spéc. n° 732.

<sup>4246</sup> COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *op. cit.*, n° 742 – MAINGUY (D.), *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats*, in Mél. M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 165 s., n° 16, citant comme motifs légitimes « *des arguments précis, en termes d'inexécution,*

A l'énoncé de ces motifs, de très nombreuses questions se posent.

Qu'est-ce qu'un changement des méthodes de distribution ? Chaque évolution du savoir-faire d'un franchiseur est-il susceptible de justifier la rupture du contrat pour changement dans les méthodes de distribution ? Dans la négative, à partir de quelle ampleur de changement le motif est-il légitime ? Comment l'apprécier ? Toute décision unilatérale de changement de méthode de distribution est-elle, en elle-même, légitime ou faudrait-il également apprécier si le marché l'impose, en apprécier l'opportunité ?

L'appréciation n'est pas plus certaine pour le renchérissement des approvisionnements. Sera-t-il caractérisé par une augmentation globale de 5 % des prix ou faudra-il un renchérissement de 10, 20 ou encore 30 % ? Un renchérissement pour seulement certains produits ou services sera-t-il suffisant ? Pourra-t-il justifier, en lui-même, une réorganisation et, plus précisément, une réorganisation rendant nécessaire la rupture de la relation de distribution considérée ? Pour cette cause encore, l'appréciation est susceptible d'infinies variations.

Il en est de même pour les difficultés économiques du réseau : supposent-elles un état de cessation des paiements du fournisseur ou suffit-il, comme cela a finalement été admis en droit du travail, de chercher à anticiper des difficultés futures, de réagir à l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité du réseau ?<sup>4247</sup> Dans cette hypothèse, comment caractériser une telle menace, apprécier son ampleur rendant nécessaire une modification du réseau et, plus spécifiquement une réorganisation par rupture de la relation de distribution considérée ?

Quelle que soit la cause invoquée (changement des méthodes de distribution, renchérissement des approvisionnements ou difficultés économiques du réseau), faudra-t-il apprécier spécifiquement ou globalement la pertinence de la rupture de la relation distribution considérée ? En d'autres termes, la rupture décidée devra-t-elle être mise en balance avec d'autres solutions et notamment la rupture d'autres relations de distribution ?

Le motif illégitime de recherche d'un plus grand profit n'est pas plus précis. A partir de quand cette recherche devient-elle illégitime dans une économie libérale où elle n'est pas, en principe, répréhensible ?<sup>4248</sup> La volonté de se séparer d'un distributeur non fautif au profit d'un autre potentiellement plus performant est-il illégitime ? Il pourrait pourtant être soutenu qu'il est dans l'intérêt du réseau. En effet, dans cette hypothèse notamment, comment distinguer la simple recherche d'un plus grand profit et celle d'un plus grand profit à travers une meilleure diffusion des produits ou services ? L'éviction d'un distributeur est également susceptible d'entraîner un accroissement du profit des autres distributeurs restant dans le réseau et qui récupéreront donc sa clientèle. L'éviction sera-t-elle alors jugée légitime car dans l'intérêt du réseau ?

Les questions sont innombrables et susceptibles de réponses très variées en fonction des circonstances (l'état du réseau, du marché, de la santé des entreprises, etc.) mais également de la conception que le juge se fait de l'intérêt d'un réseau, de l'intérêt d'un distributeur, du partage du profit et finalement de la justice.

L'appréciation *in concreto* s'impose par la complexité des situations et laisse nécessairement une marge

---

*de réorganisation de son réseau ou de ses méthodes de distribution, de ses sources d'approvisionnement, de ses coûts de production, de ses difficultés économiques plus globalement* » – LATI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, n° 535 s., spéc. n° 553 s., défendant une dissuasion de mettre fin au contrat par le recours à la notion d'intérêt commun.

<sup>4247</sup> Sur la question en droit du travail : *supra* note n° 2457.

<sup>4248</sup> Rappr. : GHESTIN (J.), *L'indétermination du prix entre passé et avenir*, PA 06/03/1996, p. 19 s., n° 30.

importante au juge. Or, cette marge présente des inconvénients non négligeables.

**1159. Inconvénients.** Tout d'abord, un tel contrôle générerait un contentieux important à la fois sur la légitimité de la rupture et sur l'indemnisation des ruptures illégitimes. Il donnerait lieu à une grande casuistique jurisprudentielle qu'une attribution à un nombre limité de juridictions ne permettrait pas nécessairement d'endiguer.

Ensuite, ce contrôle fonderait une immixtion du juge dans l'organisation et le fonctionnement des réseaux de distribution remettant ainsi directement en cause la liberté du fournisseur d'organiser la diffusion de ses produits ou services, de résilier un contrat à durée déterminée, de ne pas conclure un nouveau contrat voire simplement de changer de distributeur.

De plus, on peut douter de la pertinence de faire apprécier par un juge la réorganisation d'un réseau de distribution, celle-ci relevant généralement d'une stratégie commerciale<sup>4249</sup>.

Par ailleurs, la stratégie suppose souvent une certaine confidentialité rendue nécessaire par la concurrence et qui apparaît peu compatible avec un examen judiciaire public.

Enfin, il apparaît illusoire de rechercher la pérennité des relations de distribution en obligeant à justifier leur rupture.

**1160. Illusion de la pérennité.** En effet, ces relations supposent généralement une coopération importante des parties. Le maintien forcé de la relation apparaît donc comme une hypothèse d'école<sup>4250</sup>. La confiance est atteinte et la coopération forcée n'est ni efficace, ni souhaitable<sup>4251</sup>. La jurisprudence en a clairement pris acte en jugeant que la rupture non justifiée d'un contrat restait, en principe, efficace<sup>4252</sup>. Tel est le cas en droit du travail<sup>4253</sup> et dans le régime du mandat d'intérêt commun<sup>4254</sup>. Le contentieux de l'obligation de justification n'a donc pas pour enjeu la pérennité des relations de distribution mais l'indemnisation de leur rupture. Il est d'ailleurs évident que le fournisseur est incité à prendre une décision de rupture réfléchie, non en raison de l'exigence légale d'une cause légitime, mais parce que l'absence d'une telle cause est susceptible d'entraîner une indemnisation.

**1161. Conclusion.** Finalement, il apparaît que la pérennisation de la relation de distribution par une obligation de justification présente des inconvénients importants et repose sur une illusion occultant la véritable question qui est celle de la pertinence d'une telle obligation pour assurer l'indemnisation de la rupture des relations de distribution.

---

<sup>4249</sup> Sur l'absence de pertinence de l'appréciation judiciaire d'une stratégie commerciale : *supra* n° 1090.

<sup>4250</sup> Dans ce sens : BOURGEON (C.), *Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien*, RDC 2005, p. 109 s., spéc. p. 112 s.

<sup>4251</sup> Dans ce sens : LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012, n° 507 – LE TOURNEAU (P.), *Concession exclusive - Effets - Rupture*, JCl. Distrib., Fasc. 1035, 11/2009, à jour au 9/01/2014, n° 210 « mieux vaut sans doute une rupture franche, permettant de nouer des liens nouveaux avec un tiers, qu'un contrat qui vivote sous perfusion ! » – STOFFEL-MUNCK (P.), *La rupture du contrat et le droit de la distribution*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 177 s., n° 20 s., « s'il est fautif, qu'il indemnité et, justice étant faite, qu'on en parle plus ! » – LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Préf. M. Pédamon, BDE, t. 57, Litec, 2002, n° 256 s., spéc. n° 257, « le maintien forcé du lien contractuel implique, à notre sens, une atteinte insupportable à la liberté contractuelle, à la volonté contractuelle. Comment peut-on invoquer que soit forcé un lien contractuel, par nature volontaire ? Mais surtout, que deviennent alors les idées de collaboration des cocontractants, de partenariat, voire de fraternité, dont on a vu qu'elles étaient si nécessaires à l'épanouissement de la relation contractuelle ? » – CONTRA : MARAIS (A.), *Le maintien forcé du contrat par le juge*, PA 02/10/2002, p. 7 s. – PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1996, n° 267 s..

<sup>4252</sup> C'est uniquement dans des instances en référé que le maintien forcé du contrat a pu être admis (*supra* n° 674) mais de telles décisions sont, par nature, provisoires et étaient justifiées par la prévention d'un dommage imminent lié à l'irrespect d'un préavis.

<sup>4253</sup> A l'exception des cas limités de licenciements nuls – *Supra* n° 658.

<sup>4254</sup> *Supra* n° 665.

## **2 – Le rejet de l’indemnisation de la rupture à travers l’obligation de justification**

**1162. Présentation.** L’enjeu de l’obligation de justification étant en réalité l’indemnisation de la rupture de la relation, se pose alors la question de la pertinence d’assurer cette indemnisation par le biais d’une telle obligation plutôt que par une obligation d’indemnisation.

Sur cette question, Madame Fabre-Magnan a soutenu que si on pouvait « *être tenté de renoncer à demander au contractant de motiver sa décision [...] en lui imposant en échange d’en assumer financièrement les conséquences dommageables pour l’autre partie* » ce système présentait néanmoins « *des inconvénients majeurs* » car il conduisait « *en particulier à donner tous les droits dès lors que l’on paye, et donc à monnayer tous ces droits* »<sup>4255</sup>.

**1163. Critique.** Cette moralisation est critiquable, particulièrement dans un rapport d’affaires.

**Sanction de l’obligation de justification.** Tout d’abord, elle est illusoire car l’exigence de justification n’exclue pas le monnayage des droits. En effet, il a été rappelé qu’une rupture non justifiée restait, en principe, efficace<sup>4256</sup>. L’absence de justification se traduit donc par une sanction en dommages et intérêts, ce qui aboutit, *in fine*, à un monnayage des droits. Même dans l’hypothèse où la rupture non justifiée serait juridiquement inefficace et le contrat maintenu, il suffirait à la partie ayant rompu de cesser de l’exécuter pour la rendre factuellement efficace. La sanction serait alors la résolution pour inexécution avec dommages et intérêts ou l’exécution forcée sous astreinte, c’est-à-dire, dans les deux cas, une sanction pécuniaire aboutissant à un monnayage des droits.

**Inconvénients de la justification condition d’indemnisation.** Ensuite, l’exigence de justification peut être aisément contournée par l’indication de motifs inexacts ou apparents. L’obligation de justification et la motivation opérée désavantagent alors la personne dont la protection était recherchée puisqu’elle devra apporter la preuve de l’inexactitude des motifs avancés ou du motif réellement à l’origine de la rupture. Au contraire, dans un système posant comme principe l’indemnisation de la rupture, une telle démonstration n’est pas nécessaire.

De même, il a été mis en évidence que l’exigence de justification est une source importante de contentieux puisqu’au-delà de la réalité du motif, l’appréciation de sa légitimité est particulièrement délicate. L’indemnisation dépendra essentiellement du contenu que décidera de donner le juge saisi au standard juridique de contrôle dans l’espèce considérée<sup>4257</sup>.

Or, ce contentieux est en défaveur du contractant que la motivation entend protéger. En effet, comme le note Monsieur Beauchard, les litiges concernant la motivation de la cessation de la relation « *sont aléatoires et trop longs. Ce sont des litiges qui vont toujours en appel, sinon en cassation, compte tenu des intérêts en jeu, cruciaux pour l’une des parties au moins. Il s’écoule facilement cinq ou six ans, voire plus en cas de cassation, avant qu’une décision définitive soit rendue, laquelle se traduit essentiellement par des*

---

<sup>4255</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *Pour la reconnaissance d’une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, p. 573 s., p. 575 – Il est rappelé qu’en visant l’obligation de motiver, Madame Fabre-Magnan vise ce qu’il a été choisi de considérer comme une obligation de justification (*supra* n° 641).

<sup>4256</sup> *Supra* n° 1160.

<sup>4257</sup> V. not. : *supra* n° 1085 s.

*dommages-intérêts [...] qui viennent trop tard : le mal est fait, l'entreprise du concessionnaire ou du franchisé est alors en liquidation juridique et les dommages-intérêts ne viennent combler bien souvent qu'une partie du passif, qui, entre-temps, a crû considérablement* »<sup>4258</sup>. Les enjeux du contentieux de la justification étant pécuniaires, ce contentieux pourrait être évité ou raccourci par l'existence d'une indemnisation indépendante de la justification.

**Distinction de la dissuasion et de la réparation.** Enfin, dans une perspective de moralisation des rapports professionnels, les questions de la justification et de l'indemnisation apparaissent en réalité distinctes car il convient de distinguer la dissuasion (sanction) et la réparation (indemnisation).

Si le but est de dissuader les acteurs économiques d'adopter certains comportements, la sanction – en particulier l'amende fonction du chiffre d'affaires – paraît adaptée. En effet, l'indemnisation est fonction du préjudice causé et non de la gravité du comportement. Dissuader par l'indemnisation a donc un effet limité lorsque le préjudice causé est faible, lorsque l'auteur dispose de moyens importants ou lorsque la faute est lucrative<sup>4259</sup>.

Au contraire, si le but est la réparation des conséquences dommageables d'une rupture, il n'apparaît pas pertinent de conditionner la réparation à une absence de justification. En effet, une rupture légitime peut parfaitement avoir des conséquences dommageables illégitimes. Par exemple, il peut apparaître légitime de rompre une relation de distribution en raison de la décision d'arrêter la production des produits ou services mais les conséquences de cette rupture sur le distributeur n'en sont pas moins dommageables et illégitimes lorsque des dépenses et investissements avaient été effectués pour diffuser ces produits ou services et n'ont pas pu être rentabilisés. Ainsi, dans le régime de l'agence commerciale, toute rupture de la relation imputable au fournisseur, même légitime, ouvre droit à l'indemnisation du préjudice subi par l'agent<sup>4260</sup>.

La poursuite d'un objectif d'indemnisation de la rupture avec une indemnité de non rentabilisation des dépenses ou investissements spécifiques et une indemnité de cessation de relation<sup>4261</sup> conduit ainsi à rejeter l'obligation de justification.

**1164. Situation des distributeurs soumis au droit du travail.** Ce rejet a cependant pour effet de maintenir une différence de traitement entre les distributeurs soumis au droit du travail et les distributeurs soumis au droit économique. Une partie de l'indemnisation des premiers serait conditionnée à une absence de justification de la rupture (absence de cause réelle et sérieuse de licenciement)<sup>4262</sup> à la différence des seconds.

Cette différence de traitement peut être justifiée par l'enjeu de l'indemnisation de la rupture. Pour les salariés, la perte éprouvée correspond à la rémunération d'une force de travail que des allocations chômage sont susceptibles de compenser partiellement. Au contraire, les distributeurs non salariés sont susceptibles d'éprouver, en plus d'une perte des revenus liés à leur travail de diffusion des produits ou services, une perte de capital pouvant être importante et n'étant pas compensée par une allocation.

---

<sup>4258</sup> BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37 s., p. 47.

<sup>4259</sup> Sur la notion, voir notamment : MESA (R.), *Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime*, JCP 2012, 625.

<sup>4260</sup> *Supra* n° 766 s.

<sup>4261</sup> *Supra* n° 1062 s. et *infra* n° 1178 s.

<sup>4262</sup> *Supra* n° 657.



Néanmoins, les arguments conduisant au rejet de l'obligation de justification comme moyen d'indemnisation de la rupture valent également pour le droit du travail. Celui-ci gagnerait certainement à libéraliser la rupture de la relation en contrepartie d'une meilleure indemnisation. Il épargnerait ainsi au salarié, comme à l'employeur, le contentieux de la cause réelle et sérieuse de licenciement. C'est l'enjeu du débat sur la *flexisécurité*. Le succès de la rupture conventionnelle<sup>4263</sup> traduit sans doute l'intérêt d'un tel système. Plutôt qu'un licenciement pouvant donner lieu à un contentieux de la justification, l'employeur préfère proposer une indemnité spécifique en échange de la sécurité apportée par l'homologation de la convention<sup>4264</sup>. Inversement, le salarié auquel est proposée une indemnité suffisante préférera accepter la rupture conventionnelle pour économiser les coûts, les délais et l'incertitude d'un contentieux sur la cause réelle et sérieuse sachant, en plus, que la rupture conventionnelle n'écarte pas ses droits aux allocations chômage<sup>4265</sup>. L'abandon de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement en échange d'une meilleure indemnisation des conséquences de la privation d'emploi relève cependant d'un débat qui dépasse le cadre de cette étude.

En revanche, même dans un système de *flexisécurité*, une obligation de motivation de la rupture mériterait d'être conservée dans l'hypothèse d'une rupture pour faute.

## **B – Le cantonnement de l'obligation de motivation à la rupture pour faute**

**1165. Plan.** En l'absence d'obligation de justification, une obligation de motivation paraît inutile (1) sauf si la rupture est expressément justifiée par une faute (2).

### ***1 – L'inutilité de l'obligation de motivation en l'absence d'obligation de justification***

**1166. Présentation.** Les liens entre obligation de justification et obligation de motivation ont déjà été mis en évidence. En l'absence d'obligation de justification de la rupture, il apparaît inutile d'imposer à l'auteur de la rupture les motifs de celle-ci. Une partie de la doctrine soutient cependant que la motivation permet de forcer à la réflexion, à la discussion et notamment à considérer l'intérêt des personnes potentiellement affectées par la décision envisagée<sup>4266</sup>. La motivation permettrait également une explication qui faciliterait l'acceptation de la décision et désamorceraient ainsi les contentieux<sup>4267</sup>.

---

<sup>4263</sup> Sur la question : COUTURIER (G.), *Il n'est de résiliation d'un commun accord que la rupture conventionnelle*, DS 2015, p. 32 s.

<sup>4264</sup> L'homologation de la rupture conventionnelle limite fortement la probabilité d'un contentieux sur la cause réelle et sérieuse de licenciement. En effet, celui-ci suppose la démonstration qu'en dépit de l'homologation, le consentement du salarié n'était pas libre et que la rupture conventionnelle dissimule en réalité un licenciement. C'est seulement à l'issue de cette démonstration qu'un contentieux de la justification de la rupture pourra avoir lieu. – Sur la question, voir notamment : DALMASSO (R.), *La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle*, in *La volonté du salarié*, dir. T. Sachs, Dalloz, 2012, p. 221 s.

<sup>4265</sup> Sur la question : LOISEAU (G.), *Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail*, DS 2010, p. 297 s.

<sup>4266</sup> *Supra* n° 722 s. et 1105.

<sup>4267</sup> *Supra* n° 722 s. et 1105. – Dans ce sens : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 481 s., « d'un point de vue pratique, il est fort probable que l'octroi de la possibilité d'être entendu par son concédant apaiserait l'ardeur processive de nombreux distributeurs. Etre entendu, c'est déjà être compris » et que « l'introduction du principe du contradictoire au stade de la cessation du contrat implique logiquement que le cocontractant soit averti des griefs ou des motifs qui conduisent le maître du réseau à envisager la résiliation ou le non-renouvellement du contrat et qu'il soit mis à même de les discuter utilement » en ajoutant qu'« il n'est pas à craindre que cette procédure incite le juge à abandonner le domaine de l'abus pour procéder à un véritable contrôle de l'opportunité ou de la légitimité des motifs de la rupture ».

**1167. Critiques.** Dans les rapports entre professionnels de la distribution, on peut néanmoins douter de la réalité de ces effets car les décisions obéissent souvent à des considérations économiques et les acteurs poursuivent leur propre intérêt. Dans une économie libérale où la recherche du profit au détriment d'autrui n'est nullement répréhensible mais procède du jeu normal et encouragé de la concurrence, il paraît illusoire de croire qu'une obligation de motivation aurait une influence significative sur les décisions de rupture.

De plus, loin de désamorcer les contentieux, l'obligation de motivation des ruptures pourrait, au contraire, encourager des actions opportunistes fondées sur l'abus de droit. En effet, il a été démontré que même en l'absence d'obligation de justification, la jurisprudence pouvait parfois admettre l'existence d'un abus de droit ou d'un manquement à la bonne foi lorsque des motifs inexacts ou fallacieux étaient avancés<sup>4268</sup>. Or, s'il paraît légitime de sanctionner celui qui n'est pas tenu d'énoncer des motifs mais qui décide malgré tout d'énoncer des motifs inexacts ou fallacieux, il serait, en revanche, critiquable d'imposer une motivation alors même que les motifs avancés n'ont aucune incidence sur la rupture. L'énoncé obligatoire des motifs pourrait amener des distributeurs à les contester dans le but d'obtenir une indemnisation supplémentaire. Au contraire, l'absence d'obligation de motivation décourage un tel contentieux.

**1168. Conclusion.** Finalement, en l'absence d'obligation de justification de la rupture, l'imposition d'une obligation de motivation présente des avantages très incertains et des inconvénients probables qui conduisent à l'abandonner. Il convient cependant de réserver l'hypothèse d'une rupture pour faute.

## ***2 – L'utilité de l'obligation de motivation en présence d'une rupture pour faute***

**1169. Intérêt de la motivation.** Lorsqu'une des parties – le fournisseur ou le distributeur – rompt la relation de distribution en invoquant une faute plutôt qu'en procédant à une résiliation ou à un non-renouvellement, qui n'ont pas à être justifiés et motivés, c'est qu'elle entend se prévaloir d'un comportement anormal de l'autre partie pour obtenir des dommages et intérêts ou être dispensée d'obligations assortissant la rupture (un préavis, une indemnité, des dommages et intérêts pour rupture avant terme). Il apparaît donc logique qu'elle énonce le comportement dont elle se prévaut<sup>4269</sup> afin de permettre la vérification de la réalité de son caractère anormal, de sa gravité et donc de son aptitude à justifier les dispenses d'obligations ou les dommages et intérêts demandés.

Lorsque la rupture pour faute s'inscrit dans le cadre d'une résolution judiciaire, cette motivation sera obligatoirement fournie *a priori* pour fonder la prétention<sup>4270</sup>.

La question de la motivation *a priori* se pose donc en cas de rupture unilatérale non judiciaire (mise en œuvre d'une clause résolutoire ou rupture unilatérale justifiée par la gravité du comportement de l'autre partie<sup>4271</sup>). Il s'agit alors d'appliquer par anticipation des règles sur la charge de la preuve en imposant ainsi à celui qui invoque une obligation de réparation ou qui se prétend libéré d'une obligation de préavis ou

---

<sup>4268</sup> *Supra* n° 682.

<sup>4269</sup> BRÈS (A), *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Préf. J. Raynard, BDE, t. 80, Litec, 2009, n° 780 – LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Préf. S. Chassagnard-Pinet et G. Chantepie, Mare & Martin, 2014, n° 318.

<sup>4270</sup> Sur la question : *supra* n° 672.

<sup>4271</sup> Sur ces modes de rupture : *supra* n° 672.

d'indemnisation d'établir le fait générateur de l'obligation dont il se prévoit ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation<sup>4272</sup>. Cette obligation motivation en présence d'une obligation de justification permet à la partie subissant la rupture de se défendre, d'apprécier la pertinence d'un contentieux, lui procure un avantage probatoire et facilite le contrôle du juge<sup>4273</sup>.

Par conséquent, une obligation de motivation se justifie à chaque fois qu'une faute est invoquée par une des parties pour justifier une rupture sans préavis<sup>4274</sup>, l'absence de versement ou la réduction d'une indemnité<sup>4275</sup> ou un engagement de la responsabilité de l'autre partie.

**1170. Modalités.** Afin que l'obligation de motivation produise réellement ses effets, il convient d'imposer son exécution au moment de la notification de la rupture et l'énoncé de motifs circonstanciés. Celui qui entend tirer unilatéralement les conséquences d'une faute (l'impossibilité de maintien de la relation pendant le préavis, l'absence d'indemnité pour non rentabilisation des dépenses et investissements spécifiques, etc.) devra ainsi énoncer les éléments factuels établissant sa réalité matérielle et sa gravité de nature à justifier ces conséquences.

**1171. Sanction.** Afin de garantir le respect de cette obligation, il peut être envisagé des dommages et intérêts ou l'assimilation de la motivation inexistante ou insuffisante à une absence de justification.

Les dommages et intérêts n'apparaissent pas pertinents car le préjudice causé par une absence de motivation est très difficile à évaluer. La fixation d'un forfait n'aurait qu'un effet dissuasif limité et pourrait conduire à des motivations artificielles.

L'assimilation à une absence de justification apparaît en revanche plus adaptée. Ainsi, à l'instar du droit du travail<sup>4276</sup>, il pourrait être prévu qu'aucun autre motif que ceux indiqués lors de la notification de la rupture ne peut être invoqué pour établir la faute justifiant cette rupture. *A fortiori*, en l'absence de motivation, la rupture ne pourrait être justifiée. Une telle sanction garantit que l'auteur d'une rupture pour faute dispose de suffisamment d'éléments pour la justifier et procédera à une motivation circonstanciée. Elle permet, en particulier, d'éviter les allégations peu sérieuses de fautes graves dans le but d'éluder le préavis, l'indemnité de non rentabilisation des dépenses et investissements spécifiques ou encore l'indemnité de cessation de relation.

De plus, l'absence de possibilité d'invoquer une faute et, *a fortiori*, une faute grave se traduit pécuniairement par des dommages et intérêts compensant l'absence de préavis, par une condamnation à l'indemnité de non rentabilisation des dépenses et investissements spécifiques et par une absence de compensation de l'indemnité de cessation de relation dont les évaluations sont précisées et sont donc plus aisées que l'évaluation d'un préjudice né d'une absence de motivation.

---

<sup>4272</sup> C. civ. art. 1315.

<sup>4273</sup> *Supra* n° 724 s.

<sup>4274</sup> *Supra* n° 1132.

<sup>4275</sup> *Supra* n° 1069 (indemnité de non-rentabilisation des dépenses et investissements spécifiques) et *infra* n° 1221 (indemnité de cessation de relation).

<sup>4276</sup> *Supra* n° 656.

## CONCLUSION DU PARAGRAPHE 2

**1172. Proposition.** Les développements qui précèdent se concrétiseraient par l'ajout de l'article suivant au statut des distributeurs envisagé :

### **Article L. 134-5**

La cessation d'une relation de distribution n'a pas à être motivée sauf lorsqu'elle est justifiée par une faute. La motivation de la cessation pour faute doit être suffisamment circonstanciée et objective pour permettre d'apprécier la réalité et la gravité de la faute invoquée.

Aucun motif autre que ceux indiqués dans la notification de la cessation ne peut être invoqué postérieurement pour la justifier.

**1173. Débat pour les distributeurs relevant du droit du travail.** A l'égard des distributeurs relevant du droit du travail, il serait pertinent d'engager un débat sur l'abandon de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au profit d'une meilleure indemnisation de la privation d'emploi.

## CONCLUSION DE LA SECTION 1

**1174. Résorption des inégalités.** La résorption des inégalités de traitement mises en évidence dans l'encadrement de l'acte de rupture de la relation supposait d'évaluer les règles sur le préavis de rupture, la motivation et la justification de la rupture.

**1175. Préavis.** Il est apparu que les inégalités relatives au préavis pouvaient être résorbées par la généralisation de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie (article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce) à condition de procéder à une réforme permettant de préciser les modalités d'appréciation et de sanction de l'insuffisance du préavis<sup>4277</sup>. L'objectif est que tout distributeur, à chaque fois qu'il ne peut raisonnablement anticiper la rupture de la relation, bénéficie d'un délai de préavis lui permettant de se réorganiser.

**1176. Motivation et justification.** Il est également apparu que les inégalités relatives à la motivation et à la justification de la rupture devraient être résorbées par l'abandon de ces obligations pour l'ensemble des relations de distribution soumises au droit économique<sup>4278</sup>. L'obligation de motivation serait seulement conservée, généralisée et précisée pour les ruptures justifiées par une faute<sup>4279</sup>.

En effet, ces obligations sont potentiellement néfastes à la liberté du fournisseur de réorganiser la diffusion de ses produits ou services tout en étant inutiles ou inadaptées à la protection du distributeur, surtout lorsqu'il lui est accordé une indemnité de cessation de relation, ce qui sera notamment proposé pour résorber les inégalités de traitement observées dans l'encadrement des effets de la cessation de la relation.

---

<sup>4277</sup> §1 – *Supra* n° 1128 s.

<sup>4278</sup> §2 – *Supra* n° 1155 s.

<sup>4279</sup> *Supra* n° 1169 s.

## SECTION 2 – LA RÉSORPTION DES INÉGALITÉS D’ENCADREMENT DES EFFETS DE LA CESSATION DE LA RELATION

**1177. Plan.** Résorber les inégalités constatées dans l’encadrement des effets de la cessation de la relation de distribution suppose de mettre fin à deux séries d’inégalités : celles de l’indemnisation de cette cessation (§1) et celles de la limitation des atteintes à la liberté professionnelle du distributeur à l’issue de la relation (§2).

### §1 – La résorption des inégalités d’indemnisation de la cessation de la relation

**1178. Plan.** La résorption des inégalités d’indemnisation de la cessation de relation suppose de poser préalablement la question de la suppression ou de l’extension des indemnités de cessation de relation pour l’ensemble des distributeurs. L’extension de l’indemnité sera défendue (A). De ce choix découle logiquement la question de l’uniformisation des modalités de ces indemnités (B).

#### A – L’extension de l’indemnité de cessation de relation

**1179. Plan.** Une série d’arguments plaident en faveur d’un rétablissement de légalité entre les distributeurs par extension de l’indemnité de cessation de relation (1). Au contraire, les arguments opposés à cette indemnité n’apparaissent pas dirimants (2).

##### ***1 – Les arguments en faveur d’une extension de l’indemnité de cessation de relation***

**1180. Présentation.** Une partie importante de la doctrine s’est prononcée en faveur d’une indemnité de cessation de relation au profit des franchisés, concessionnaires, commissionnaires-affiliés ou même courtiers mais selon des fondements divers : existence d’un contrat de commandement<sup>4280</sup>, d’un intérêt commun<sup>4281</sup>, d’une clientèle commune<sup>4282</sup>, analogie avec l’agence commerciale<sup>4283</sup>, prise en compte de l’accroissement de

---

<sup>4280</sup> DEMOGUE (R.), *Du droit de résiliation unilatérale du contrat*, RTD civ. 1907, p. 245 s., spéc. p. 264 à 275, soutenant que dans tous les « contrats d’aide ou de commandement » (« commission, mandat, louage de services », « contrat d’édition », etc.) à titre onéreux, il devrait être reconnu un droit au maître de mettre fin unilatéralement au contrat s’accompagnant, même s’il était exercé pour de « justes raisons » (à l’exception de la résolution pour inexécution), d’une indemnité pour le cocontractant évincé pour « tout ce qu’il aurait pu gagner dans l’entreprise ».

<sup>4281</sup> LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012, n° 559 s., spéc. n° 561 – V. également : GRIMADLI (C.), *Mandat et courtage*, in *Le mandat, Un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011, p. 79 s., spéc. p. 87 s. soutenant à partir de la théorie du mandat d’intérêt commun que « le courtier qui développe la clientèle d’autrui devrait être indemnisé » en cas de révocation.

<sup>4282</sup> Dans ce sens : BRUNET (A.), *Clientèle commune et contrat d’intérêt commun*, in Mél. A. Weil, Dalloz et Litec, 1983, p. 85 s., n° 5 soutenant pour les mandataires, commissionnaires, concessionnaires, franchisés, que « deux personnes liées contractuellement collaborent à la création et au développement d’une clientèle. Puisqu’elles unissent leurs efforts, il paraît normal qu’elles profitent du résultat, la clientèle. Elles devraient avoir toutes deux des droits sur la clientèle commune » – BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 190 s., prônant la reconnaissance de lege ferenda d’une indemnité « fondée sur une notion de clientèle commune » et qui « reviendrait à un système voisin de celui des agents commerciaux ».

<sup>4283</sup> Dans ce sens : LICARI (F.-X.), *L’application par analogie du droit de l’agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d’une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé*, RLDA 13/07, p. 93 s. – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 560 s. – V. également : HUHTAMAKI (M.), *Protection contractuelle des distributeurs – Proposition de modification de la directive 86/653/CEE du Conseil*, RDC 2008, p. 949 s.

valeur du fonds du fournisseur dû au travail du distributeur<sup>4284</sup>, enrichissement sans cause<sup>4285</sup>, contrepartie à une clause de non-concurrence<sup>4286</sup>, etc.<sup>4287</sup>. Plutôt que de chercher à attribuer une indemnité en recourant à des fondements juridiques indéterminés ou contestés comme l'équité ou l'intérêt commun ou en cherchant à adapter des fondements comme l'enrichissement sans cause, au risque de les dénaturer, il paraît nettement plus simple et légitime qu'une loi pose le principe de cette indemnité pour mettre fin aux inégalités de traitement constatées<sup>4288</sup>.

**1181. Sources des inégalités.** En droit positif, il a été constaté que les indemnités de cessation de relation sont accordées à des distributeurs ne pouvant être juridiquement propriétaires d'un fonds de commerce incluant la clientèle des produits ou services qu'ils diffusent et procèdent toutes d'un fondement téléologique résidant dans une obligation mise légalement à la charge du fournisseur de garantir le distributeur contre le risque même de ne plus disposer de revenus réguliers en raison d'une cessation subie de la relation de distribution, voire dans tous les cas de cessation sans cession<sup>4289</sup>. Il a également été constaté que les inégalités

---

<sup>4284</sup> Dans ce sens : LELOUP (J.-M.), *Intervention du Bâtonnier Jean-Marie Leloup*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4176 – VABRES (R.), *La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation*, RTD com. 2011, p. 215 s., n° 24 et 27, « une indemnité de rupture devrait [...] être accordée à tous les intermédiaires participant à la valorisation du fonds de commerce d'autrui » fondée sur la notion d'enrichissement sans cause – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 693, proposant d'octroyer au franchisé une « indemnité importante correspondant à l'accroissement de la valeur du réseau due à son labeur » en cas de stipulation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle ou de non amortissement des investissements lors de la rupture – ANDRE (M.-E.), DUMONT (M.-P.) et GRIGNON (P.), *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005, n° 192 – VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986, n° 304 s., proposant une indemnité dont le fondement est la « participation de l'assujéti à l'activité du partenaire privilégié ». – Les principes des contrats de distribution proposés par le groupe de travail présidé par Monsieur von Bar prévoient également une telle indemnité appelée « goodwill » et qui correspondrait à un accroissement du volume d'affaire du fournisseur (Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Sellier Bruylant, Oxford University Press et Steempfli Publishers, 2006, art. 1 : 305).

<sup>4285</sup> Dans ce sens : DE BOÛARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, défendant l'efficacité économique d'une indemnité de clientèle rémunérant la contribution du distributeur au succès commercial du fournisseur (n° 539 s.) et une indemnisation du distributeur évincé sur le fondement de l'enrichissement sans cause (n° 549 s.) – Rapp. : REVET (T.), *Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 s., n° 17, proposant « une indemnité de clientèle seule à même de justifier ce qui, à défaut, constitue nécessairement un sorte d'enrichissement sans cause » du « partenaire dominant » qui est « en situation d'exproprier son partenaire de sa clientèle, en fait sinon en droit ».

<sup>4286</sup> Dans ce sens : DISSAUX, *Franchise*, Rep. com. Dalloz, 2014, maj. 2015, n° 141 s. – FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, n° 271 et 700 – AUQUE (F.), *Bail commercial et commerces intégrés*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, LGDJ, 2005, p. 167 s., spéc. p. 174 s. « la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, subordonnant la validité d'une clause de non concurrence post-contractuelle à l'exigence d'une contrepartie financière, doit être étendue aux contrats de distribution. Cette extension aurait le mérite de l'équilibre et de la cohérence. Un bailleur qui met fin au bail, sans possibilité de déplacement pour son locataire, doit à ce dernier une indemnité équivalente à la valeur marchande du fonds, afin de permettre l'achat d'un fonds de même nature. De la même manière, le promoteur du réseau, qui met fin à l'intégration, sans permettre la poursuite de l'activité de son distributeur, devrait une indemnité égale au préjudice subi, c'est-à-dire à la perte du fonds de commerce » – V. aussi : BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Les obstacles à la sortie du franchisé*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4180, n° 20.

<sup>4287</sup> V. aussi : BENSOUSSSEN (M.), *Incidence du contrat de franchise et des autres formes de contrats de distribution sur la valeur du fonds de commerce*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4175 – BEAUCHARD (J.), *Protection du franchisé : faut-il une réforme législative ?*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 261 s. – BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in *Mél. P. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 37 – DISSAUX (N.), *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle : pour quoi ? pour quoi ? comment ?*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 47 s. – DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 45, Litec, 2000, n° 821 s. – CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in *Mél. G. Marty*, Univ. Toulouse, 1978, p. 233 s., spéc. n° 9, 10, 17.

<sup>4288</sup> Pour des propositions de loi non adoptées prévoyant une indemnité de clientèle : Proposition de loi TURCO n° 979 tendant à définir la situation du commerçant-distributeur, déposée le 29/05/1974 à l'Assemblée nationale, art. 5, « tout refus de renouvellement, toute résiliation ne pourra intervenir sans motif légitime à peine d'indemnité compensatrice dans la mesure où il sera établi qu'en raison de la position dominante du fournisseur, le distributeur a en fait créé et développé la clientèle de ce dernier sans pouvoir la conserver » – Proposition de loi GLON et COUSTE n° 891 tendant à réglementer la situation juridique des franchisés et concessionnaires, déposée le 11/12/1973 à l'Assemblée nationale, art. 5 « Le franchiseur ou le concédant peuvent légitimement refuser le renouvellement du contrat ou le résilier unilatéralement en cas de faute grave ou de violation d'une clause essentielle du contrat par l'intermédiaire à condition qu'ils aient mis en demeure ce dernier d'y mettre fin ; des conditions économiques particulièrement défavorables pourront être aussi considérées comme de justes motifs de rupture. Hormis ces cas de motifs légitimes, les intégrateurs doivent indemniser leurs intermédiaires en fonction de la perte de clientèle subie par ces derniers ». – Sur ces propositions : DE BOÛARD (F.), *op. cit.*, n° 246 s. – LATTI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995, n° 543 s. – AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995, n° 48 s. – BUHAGIAR (T.), *Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive ?*, JCP CI 1975.II.11636 – THREARD (J.), *Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ?*, RTD com., 1972, p. 537 s., n° 69 s.

<sup>4289</sup> *Supra* n° 788 s.

observées sur l'octroi d'une telle indemnité trouvaient leur source dans la reconnaissance artificielle de la propriété d'un fonds de commerce pour certains distributeurs comme les franchisés, les concessionnaires, les commissionnaires ou les courtiers<sup>4290</sup>. Or, cette reconnaissance qui découle de l'arrêt *Trévisan*, s'explique essentiellement par le contentieux du statut des baux commerciaux<sup>4291</sup>.

**1182. Plan.** C'est donc uniquement après avoir réglé cette question (a) qu'il sera possible d'aborder la justification de l'indemnité (b) sans être parasité par le statut des baux commerciaux.

### **a - La reconnaissance artificielle de la titularité d'un fonds de commerce pour rendre applicable le statut des baux commerciaux**

**1183. Présentation.** La reconnaissance d'un fonds de commerce incluant une clientèle propre au distributeur a été justifiée par l'impossibilité des fournisseurs et distributeurs de bénéficier de la protection des baux commerciaux pour les unités de distribution. L'absence de reconnaissance de la propriété du fonds au titulaire du bail s'opposait au droit au renouvellement puisque le distributeur preneur se heurtait notamment à l'article L. 145-8 du Code de commerce<sup>4292</sup> et le fournisseur à l'effet relatif des conventions<sup>4293</sup>.

**1184. Difficultés d'adaptation du statut des baux commerciaux.** Le statut des baux commerciaux souffre de difficultés d'adaptation aux nouvelles formes de distribution. Ainsi, un agent commercial qui tient un magasin ne pourra, en principe, bénéficier du statut faute de pouvoir être juridiquement titulaire d'un fonds de commerce en raison de sa qualité de mandataire<sup>4294</sup> ou de professionnel civil. Le franchisé ou concessionnaire, voire le courtier ou commissionnaire-affilié tenant le même magasin pourraient potentiellement en bénéficier puisqu'ils sont commerçants et pourraient être considérés comme propriétaires d'un fonds de commerce depuis l'arrêt *Trévisan*<sup>4295</sup>.

Ces situations ne sont pas cohérentes et caractérisent des inégalités de traitement qui mériteraient d'être résorbées. Mais plutôt que de reconnaître artificiellement la propriété d'un fonds de commerce à certains distributeurs<sup>4296</sup> ou de renouveler la notion dans le seul but de leur faire bénéficier du statut des baux commerciaux, sans prendre en compte les autres conséquences, il faudrait revenir à la raison d'être de ce statut qui est de garantir une stabilité à celui qui exploite une clientèle dans un local pris à bail<sup>4297</sup>. Le mode d'exploitation de l'activité de distribution devrait ainsi être indifférent tout comme le rattachement de la clientèle à partir du moment où celle-ci est exploitée par le titulaire du bail du local. Le statut des baux commerciaux devrait ainsi évoluer dans le sens d'une protection de la stabilité des lieux d'exploitation d'une clientèle et ne plus se retrindre à la protection du seul fonds de commerce. La question dépasse cependant le cadre de cette étude.

---

<sup>4290</sup> *Supra* n° 836 s.

<sup>4291</sup> Sur la question : *supra* n° 388 s., spéc. n° 423 s.

<sup>4292</sup> C. com. art. L. 145-8, al. 1, « Le droit au renouvellement du bail ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds qui est exploité dans les lieux. »

<sup>4293</sup> *Supra* n° 428.

<sup>4294</sup> Com. 29/06/2010, *Chattavak 2* : n° 09-66773 ; B. n° 114 ; JCP E 2010, 1694, N. Dissaux ; D. 2010, 1703, E. Chevrier ; JCP E 2010, 876, C. Grimaldi, la cour d'appel avait relevé que l'agent commercial exploitant un magasin « avait su fidéliser une clientèle en ce lieu », la Cour de cassation casse au motif « qu'en statuant ainsi, alors que l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ».

<sup>4295</sup> Sur cette reconnaissance et ses limites : *supra* n° 429 s.

<sup>4296</sup> *Supra* n° 841.

<sup>4297</sup> *Supra* n° 391 s.

**1185. Solution transitoire.** En attendant, pour faire bénéficier de la protection du statut l'ensemble des distributeurs exploitant une clientèle dans un local pris à bail, il suffirait, pour l'application des articles L. 145-1, L. 145-8 et L. 145-16 du Code de commerce, de réputer tout distributeur propriétaire de la clientèle exploitée dans les lieux loués. La stabilité du local de distribution serait ainsi assurée. En effet, le distributeur locataire étant réputé propriétaire de la clientèle, il serait reconnu propriétaire du fonds exploités dans les lieux loués et entrerait ainsi dans le champ d'application du statut des baux commerciaux (article L. 145-1). Il pourrait également invoquer un droit au renouvellement du bail (article L. 145-8) garanti par une indemnité d'éviction substantielle puisqu'incluant l'ensemble de la clientèle exploitée localement. Il s'agirait d'une fiction juridique limitée dans son application aux seules règles du statut des baux commerciaux et transitoire, en attendant une refonte du champ d'application de ce statut.

Cependant, en application de l'article L. 145-14 du Code de commerce, seul le locataire est bénéficiaire de l'indemnité d'éviction « *égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement* ». Or, le fournisseur subit également un préjudice du fait du non-renouvellement du bail puisqu'il perd, au moins temporairement, un point de distribution de ses produits ou services. Il conviendrait ainsi de déterminer la part de cette indemnité correspondant au préjudice subi par les fournisseurs et de prévoir que le bailleur leur verse directement au moment où il verse l'indemnité au distributeur.

Ces solutions apparaissent dans l'intérêt du distributeur comme du fournisseur puisque la stabilité du local est nécessaire pour exploiter la clientèle des produits ou services. Par ailleurs, elle n'aggrave pas la situation du bailleur qui aurait été tenu par une indemnité identique à l'égard d'un exploitant exerçant sous ses propres signes distinctifs ou d'une indemnité incluant la clientèle locale de l'enseigne nationale selon l'interprétation retenue de l'arrêt *Trévisan*.

**1186. Conclusion.** Le statut des baux commerciaux étant rendu applicable indépendamment de la propriété de la clientèle exploitée, il est alors possible d'aborder la justification de l'indemnité de cessation de relation sans être parasité par la question de la stabilité du local pris à bail.

## **b - Les justifications de l'extension de l'indemnité de cessation de relation**

**1187. Rétablir l'égalité de patrimonialisation des investissements en travail et capital pour créer, développer ou maintenir une clientèle.** Accorder une indemnité de cessation de relation est justifiée par l'impossibilité juridique ou économique de patrimonialiser les investissements en capital et travail effectués pour créer, maintenir ou développer une clientèle et donc par l'impossibilité de tirer profit pour l'avenir de cette clientèle, de maintenir cette source de revenus, en cas de cessation de la relation.

Un distributeur propriétaire des éléments attractifs d'une clientèle qu'il a créée, maintenue ou développée par son capital et son travail peut louer ou céder cette clientèle en louant ou cédant les éléments qui l'attire, c'est-à-dire son fonds de commerce. En acquérant ou louant ces éléments, le locataire ou cessionnaire bénéficiera de l'espoir de revenus futurs que leur exploitation représente et donc acquerra ou louera en même temps la clientèle. Ce distributeur peut donc transformer en une propriété (la clientèle) son travail d'exploitation de son capital<sup>4298</sup>.

---

<sup>4298</sup> Sur la transformation du travail en capital que représente la clientèle du fonds de commerce : *supra* n° 389.



Au contraire, un distributeur ne pouvant librement disposer des éléments attractifs de la clientèle qu'il a créée, maintenue ou développée en procédant à leur exploitation ne peut transformer en une propriété ses investissements en capital et travail. En effet, faute d'être titulaire d'un droit d'usage et de jouissance permanent et transmissible des éléments attractifs de la clientèle qu'il a financés, le distributeur est susceptible de perdre la clientèle en perdant le droit d'usage et de jouissance des éléments qui l'attirent. Par ailleurs, il ne pourra céder ou louer ces éléments attractifs de clientèle. L'espoir de revenus futurs représenté par la clientèle est donc susceptible d'être perdu avec la cessation de la relation de distribution. Ce distributeur ne peut donc conserver ses investissements en capital et travail pour créer, développer ou maintenir la clientèle. Par ailleurs, ces investissements et notamment le travail d'exploitation seront susceptibles d'être récupérés par le propriétaire des éléments attractifs de la clientèle (le fournisseur).

Par conséquent, si l'investissement déployé en capital et travail est comparable pour ces deux distributeurs, le premier peut conserver le fruit de cet investissement à la différence du second. Il existe donc un traitement différent.

Il pourrait être objecté que cet investissement est déjà valorisé par les revenus (commissions ou profits) perçus grâce à l'exploitation de la clientèle créée, maintenue ou développée tout au long de la relation. Mais c'est également le cas pour celui qui peut disposer des éléments attractifs de la clientèle. Par ailleurs, cette objection n'a pas fait obstacle à l'attribution d'indemnités de cessation de relation aux agents commerciaux, VRP, gérants-mandataires et à l'ensemble des distributeurs relevant du droit du travail<sup>4299</sup>.

Il pourrait encore être objecté qu'en utilisant les éléments attractifs d'un autre, l'investissement en capital et travail est moindre. Ainsi, un franchisé, par exemple, tire profit des signes distinctifs et du savoir-faire du franchiseur et aurait donc moins de mérite que celui qui développe une clientèle sans utiliser les moyens d'un autre. Cependant, cette utilisation des moyens d'un autre s'accompagne d'une redevance et d'un droit d'entrée versés au franchiseur. Le franchisé est donc déjà privé d'une partie des fruits de ses investissements en capital et travail en raison de la contrepartie qu'il doit verser pour l'utilisation des moyens de son franchiseur. Par ailleurs, le franchisé finance lui-même les autres moyens nécessaires à l'exploitation de l'activité de distribution (local, aménagements, stocks, personnel, etc.). De plus, un distributeur, non lié par un contrat-cadre de distribution, qui diffuse les produits ou services d'une grande marque tire également profit de la notoriété de cette marque et des efforts publicitaires déployés par elle, sans que cela ne le prive de la possibilité de conserver le fruit de ses investissements en capital et travail. Les VRP et agents commerciaux peuvent également utiliser des moyens du mandant sans être privés d'indemnité de cessation de relation.

Accorder une indemnité de cessation de relation à ceux qui créent, développent ou maintiennent une clientèle avec des moyens qu'ils financent mais dont ils ne sont pas propriétaires permet ainsi de rétablir l'égalité en généralisant la possibilité de conserver le fruit de ses investissements en capital et travail. Cette égalité permet de tenir compte des résultats (la clientèle) du capital investi et de l'activité déployée plutôt que de la propriété des moyens mis en œuvre (la propriété des éléments attractifs de clientèle). Il s'agit de compenser par une indemnité l'impossibilité des distributeurs dépendants de capitaliser des investissements en capital et travail pour créer, maintenir et développer une clientèle qu'ils ne pourront conserver.

---

<sup>4299</sup> *Supra* n° 753 s.

**1188. Justification de la différence avec les distributeurs soumis au droit du travail.** L'indemnité étant uniquement accordée aux distributeurs ayant investi un capital et un travail dans l'activité de distribution, ceux soumis au droit du travail bénéficieraient uniquement de l'indemnité de licenciement qui ne tient pas compte de leur travail de création, développement et maintien de clientèle. Il existerait ainsi une différence de traitement mais celle-ci serait justifiée par l'absence d'investissement en capital dans l'activité de distribution.

En particulier, par l'abrogation des statuts spéciaux proposée<sup>4300</sup>, l'actuel VRP ne bénéficierait plus d'une indemnité de clientèle. La solution est pertinente. En effet, cette indemnité permettait de tenir compte de la création et du développement de clientèle dû à son travail en se substituant à l'indemnité de licenciement<sup>4301</sup>. Elle introduisait ainsi une inégalité de traitement entre les salariés car le droit du travail ne reconnaît pas un droit comparable à tout autre salarié dont le travail a permis de créer ou développer une clientèle<sup>4302</sup>.

Par ailleurs, il paraît inégalitaire de considérer que les salariés prospectant la clientèle devraient avoir une indemnité de fin de contrat plus importante que les autres salariés d'une entreprise. Une telle politique de rémunération peut être un choix de l'entreprise qui souhaite motiver sa force de vente mais il apparaît critiquable que la loi impose de mieux valoriser la force de travail d'un commercial par rapport à celle du recruteur qui l'a sélectionné, de l'ingénieur qui a conçu les produits ou services qu'il diffuse ou encore du responsable marketing qui a organisé leur introduction et promotion sur le marché.

Il pourrait être objecté que cette solution serait inéquitable à l'égard du VRP qui apporte une clientèle à son employeur. Il convient cependant de distinguer les situations. Si cette clientèle est liée à des éléments d'exploitation du distributeur qu'il met en œuvre au profit du fournisseur alors il ne relève pas du salariat car il investit dans l'activité de distribution<sup>4303</sup>. Il se verrait alors octroyer une indemnité prenant en compte cette activité, comme les autres distributeurs relevant du droit économique. Au contraire, si cette clientèle est liée au seul carnet d'adresses du distributeur, aux contacts personnels qu'il a pu lier avec les clients prospectés antérieurement, elle ne constitue pas une clientèle susceptible d'entrer dans la composition d'un fonds de commerce puisqu'elle n'est pas liée à des éléments d'exploitation cessibles mais à une personne<sup>4304</sup>. Le distributeur pourra alors faire valoir ce carnet d'adresses lors de la négociation de sa rémunération et du montant de la contrepartie pécuniaire d'une éventuelle clause de non-concurrence post-contractuelle, comme tout ancien commercial disposant d'un carnet d'adresses.

En plus de rétablir l'égalité de patrimonialisation des investissements en travail et capital des distributeurs, l'indemnité de cessation présente plusieurs intérêts supplémentaires.

**1189. Dissuader la rupture lucrative.** Tout d'abord, elle dissuade le fournisseur de rompre la relation dans le seul but de tirer seul profit de l'activité de création, maintien ou développement de la clientèle de ses produits ou services déployée par son distributeur et rompre ainsi l'économie de la relation. C'est notamment pour lutter contre de telles pratiques que la notion moderne de mandat d'intérêt commun a été développée et

---

<sup>4300</sup> *Supra* n° 909.

<sup>4301</sup> *Supra* n° 761 s.

<sup>4302</sup> *Supra* n° 851.

<sup>4303</sup> *Supra* n° 959.

<sup>4304</sup> Sur la question : *supra* n° 389 et 839.

que le législateur a prévu des indemnités pour les VRP et les agents commerciaux<sup>4305</sup>. Or, de telles pratiques existent aussi dans les autres formes de distribution comme la concession ou la franchise<sup>4306</sup>.

**1190. Limiter la renégociation sous menace ou crainte de rupture.** Ensuite, l'indemnité de cessation de relation atténue un moyen de pression utilisé par les fournisseurs pour imposer une modification des conditions de la relation initialement négociées ou acceptées par le distributeur. En effet, la crainte ou la menace d'une perte des fruits des efforts déployés par la cessation du contrat peut permettre au fournisseur d'imposer de nouvelles conditions contractuelles défavorables au distributeur<sup>4307</sup>.

**1191. Financer la reconversion du distributeur.** Enfin, l'indemnité de cessation de relation permet d'assurer financièrement l'éventuelle reconversion du distributeur en raison de la cessation de sa relation avec le fournisseur<sup>4308</sup> et donc de préserver des entreprises et emplois, ce qui est une des priorités du législateur. Il n'apparaît pas anormal que le fournisseur contribue à financer la reconversion du distributeur puisqu'il peut potentiellement continuer à tirer profit de son travail de création, maintien ou développement de la clientèle des produits et services en installant un nouveau distributeur dans le territoire qu'il exploitait ou en continuant à profiter de son travail de valorisation du nom commercial, de l'enseigne ou de la marque. De plus, même en l'absence d'installation d'un nouveau distributeur, cette valorisation pourra entraîner des reports de clients sur d'autres distributeurs du réseau ou des commandes directes auprès du fournisseur, notamment si celui-ci dispose d'un site Internet pour diffuser ses produits ou services.

**1192. Conclusion.** Finalement l'indemnité de cessation présente différents intérêts : elle rétablit une égalité entre les personnes qui engagent des capitaux et leur force de travail dans la création, le développement ou le maintien d'une clientèle, elle préserve l'économie de la relation en dissuadant les ruptures purement lucratives et en limitant les renégociations sous menace ou crainte d'une rupture et elle contribue financièrement à la reconversion du distributeur.

À ces intérêts ont été opposés des arguments tendant au rejet de l'extension de l'indemnité de cessation de relation mais qui peuvent être réfutés.

## ***2 – La réfutation des arguments opposés à l'extension de l'indemnité de cessation de relation***

**1193. Arguments juridiques.** Divers arguments juridiques ont été avancés en défaveur d'une extension de l'indemnité de cessation de relation. Il a été soutenu que le droit commun des contrats (en particulier l'abus du droit de rompre) et le droit de la concurrence (en particulier la prohibition de la rupture brutale d'une

---

<sup>4305</sup> *Supra* n° 705, 730, 807 et 813.

<sup>4306</sup> BENSOUSSAN (H.), *Les clauses restrictives de non-concurrence, vestige des temps anciens ?*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 149 s., spéc. p. 172, « le franchiseur peut [...] souhaiter exploiter en propre des fonds jusqu'alors exploités sous contrat de franchise, afin de tirer profit du travail jusqu'alors réalisé par le franchisé. Il faut dire que la franchise est une excellente formule pour une entreprise qui veut monter un réseau ; elle fait appel à des franchisés pour éviter les investissements initiaux : puis développe son réseau en ouvrant des succursales. Une telle stratégie n'est pas nécessairement négative : tout dépend des conditions de rachat mises en place ».

<sup>4307</sup> *Supra* n° 1027.

<sup>4308</sup> Dans ce sens pour l'indemnité de l'agent commercial : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré...*, *op. cit.*, p. 563.

relation commerciale établie) suffisaient à assurer l'indemnisation des distributeurs ne bénéficiant pas d'une indemnité légale de cessation de relation<sup>4309</sup>.

Or, si une indemnisation est effectivement susceptible d'être obtenue en application de ces droits, elle ne correspond pas à une indemnité de cessation de la relation et n'a pas le même effet. L'indemnisation découlant de l'abus de droit ou de l'absence de préavis est d'ailleurs cumulable avec l'indemnité de cessation de relation pour les distributeurs en bénéficiant<sup>4310</sup>.

**1194. Arguments économiques et plan.** Il a également été soutenu qu'une telle indemnité pourrait faire perdre tout intérêt économique à des formes de distribution comme la franchise ou la concession (a) et pourrait être un facteur de démotivation du distributeur (b).

#### **a - Le risque de perte d'intérêt économique de certaines formes de distribution pour le fournisseur**

**1195. Présentation.** L'introduction d'une indemnité de cessation de relation fait craindre une remise en cause de l'intérêt de certaines techniques de distribution bénéfiques à l'économie. L'argument a essentiellement été avancé dans le domaine de la franchise et de la concession.

**1196. Absence d'entrave au développement.** L'intérêt économique de ces contrats d'intégration pour un fournisseur est d'externaliser les coûts de création et fonctionnement des unités de distribution, de permettre le développement rapide d'une enseigne sans engager de fonds propres<sup>4311</sup>. Or, l'indemnité de cessation de relation ne remet pas en cause cet avantage puisqu'elle n'intervient qu'en fin de relation. Elle n'entrave donc en rien le développement initial d'un réseau de distribution.

**1197. Absence d'entrave à la réorganisation.** Il est également craint que l'indemnité que l'indemnité entrave la restructuration des réseaux de distribution en limitant la possibilité du fournisseur de remplacer ou supprimer une unité de distribution.

**Suppression d'un distributeur.** *A priori*, la suppression pure et simple d'unités en franchise ou concession a peu d'intérêt pour le fournisseur puisqu'il n'assume pas les dépenses et investissements d'exploitation de ces unités tout en percevant une valeur ajoutée sur la vente des produits aux distributeurs (marge commerciale) ou sur les prestations de services rendues à la clientèle prospectée par eux (production) et, le cas échéant, des redevances calculées sur leur activité. En cas de sous-performance de l'activité de distribution, le fournisseur subit donc, en principe, un manque à gagner mais aucune perte<sup>4312</sup>.

Par conséquent, en cas d'échec de l'unité de distribution, le fournisseur qui ne dispose pas d'un distributeur de remplacement n'a pas d'intérêt à supprimer l'unité. Il peut attendre que le distributeur prenne l'initiative de la rupture ou que celle-ci intervienne par sa cessation d'activité. Si l'indemnité n'est pas due dans ces hypothèses, elle ne pose aucune difficulté.

Et si le fournisseur souhaite anticiper la cessation de la relation en procédant à la rupture, l'indemnité ne

---

<sup>4309</sup> Dans ce sens, GRIGNON (P.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Préf. J.-M. Mousseron et D. Ferrier, BDE, t. 44, Litec, 2000, n° 299.

<sup>4310</sup> V. not. : *supra* n° 658 et 758 (salarié de droit commun), 762 (VRP) et 768 (agent commercial).

<sup>4311</sup> *Supra* n° 126.

<sup>4312</sup> En cas de suppression en raison de l'échec de l'activité de distribution, l'indemnité calculée en fonction des résultats sera nécessairement très faible ou inexistante.

serait pas un obstacle important si elle est calculée sur les résultats du distributeur, son montant étant alors faible compte tenu de l'échec de l'activité.

Le fournisseur pourrait également avoir intérêt à supprimer purement et simplement l'unité d'un distributeur s'il met en péril la diffusion des produits ou services au point de justifier une cessation immédiate de la relation sans envisager de remplacement. Cette situation correspond à la faute grave<sup>4313</sup>. Pour que l'indemnité de cessation de relation ne soit pas un obstacle, il suffit de prévoir cette hypothèse<sup>4314</sup>.

Hors commission d'une faute grave, le fournisseur n'a aucun intérêt à se séparer d'un distributeur sauf à vouloir le remplacer par un plus performant, ce qui renvoie à la seconde hypothèse.

**Remplacement d'un distributeur.** La décision du fournisseur de remplacer un distributeur peut être justifiée par la sous-performance de ce dernier, sans que celle-ci puisse constituer une faute suffisamment grave pour entraîner la résolution du contrat de distribution. Elle peut encore être justifiée par l'offre concurrente d'un autre distributeur disposant d'un meilleur potentiel de diffusion (meilleur emplacement, moyens financiers et humains supérieurs, etc.). Dans les deux cas, l'objectif est de remplacer le distributeur par un autre, plus performant, ce qui n'est pas en soi illégitime et correspond jeu normal de la concurrence.

Dans ces hypothèses, l'exigence d'une indemnité calculée sur les résultats obligerait finalement le fournisseur à racheter la clientèle que le distributeur a créée, développée ou maintenue sur la zone de chalandise considérée, s'il souhaite le remplacer par un nouveau. Or, le fournisseur pourra reporter ce coût sur le nouveau distributeur en l'intégrant dans son droit d'entrée ou sa redevance. En effet, le nouveau distributeur conservera tout ou partie des efforts déployés par l'ancien en récupérant la clientèle qu'il a constituée pour les produits ou services du fournisseur dans la zone de chalandise considérée.

**1198. Conclusion.** L'exigence d'une indemnité de cessation de relation calculée sur les résultats du distributeur n'apparaît donc pas de nature à remettre en cause l'intérêt de la franchise, de la concession et plus généralement des contrats d'intégration pour le fournisseur.

Tout au plus, amoindrit-elle sa force de négociation par menace de non-renouvellement ou résiliation<sup>4315</sup>. L'équilibre économique du contrat est donc susceptible d'être modifié par rapport à la situation actuelle mais sans privation d'intérêt pour le fournisseur.

Par ailleurs, le fournisseur tiendra vraisemblablement compte de l'indemnité dans le calcul de sa marge commerciale de vente aux distributeurs, dans la négociation de la commission les rémunérant ou de la redevance due par eux en contrepartie de l'utilisation des signes distinctifs, du savoir-faire ou de l'assistance. L'indemnité pourra donc parfois avoir seulement pour effet de modifier la répartition dans le temps des profits générés par l'activité de distribution sans fondamentalement remettre en cause son équilibre global<sup>4316</sup>.

A cet égard, il faut souligner que l'existence d'indemnités de cessation de relation pour les salariés, les VRP, les agents commerciaux, les gérants de succursale ou encore les gérants-mandataires, n'a pas conduit à

---

<sup>4313</sup> *Supra* n° 1132.

<sup>4314</sup> *Infra* n° 1220.

<sup>4315</sup> *Supra* n° 1190 et n° 1073 s.

<sup>4316</sup> A l'occasion de l'examen de la proposition de loi n° 11283 *tendant à créer un statut des agents concessionnaires du commerce et de l'industrie* déposée par Monsieur Daldier (Doc. AN session 1956-57), prévoyant un contrat d'une durée minimale de 9 ans et une indemnité de non-renouvellement, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris avait estimé que ce système « aboutirait soit à décourager la constitution de tels réseaux, soit à inciter les producteurs à créer leurs propres points de vente, soit à entraîner une hausse des prix en obligeant les concédants à intégrer dans leurs frais généraux l'amortissement des indemnités de non-renouvellement de contrats » (Doc. AN, session 1956-57, annexe n° 3473, p. 963).

un abandon de ces techniques de distribution. Mais les opposants à l'indemnité de cessation de relation redoutent également qu'elle n'entraîne la démotivation du distributeur.

## **b - Le risque de démotivation du distributeur**

**1199. La précarité source de motivation.** Une partie de la doctrine a souligné que la « *précarité* » de la situation du concessionnaire le poussait à « *mieux remplir ses obligations* » pour obtenir la continuation de la relation puisqu'« *à défaut il sait qu'il subira une très grosse perte de clientèle* »<sup>4317</sup>. De même, procédant à une analyse économique du contrat de franchise, Monsieur Raynaud a exposé que l'intérêt de la franchise était de fournir de plus fortes incitations que le succursalisme. Selon cette analyse, le franchisé est incité à respecter les souhaits du franchiseur par une « *carotte* » et un « *bâton* ». La « *carotte* » réside dans la valeur actualisée du flux de rentes : la différence entre le profit du franchisé et le profit qu'il pourrait tirer d'un usage alternatif de ses ressources (actifs économiques, capital, actifs humains, temps, compétences). Monsieur Raynaud souligne ainsi que le contrat de franchise est « *auto-exécutoire* » – il ne nécessite aucune contrainte pour son exécution – puisqu'il est directement profitable au franchisé. Le « *bâton* » réside dans la possibilité de perte des rentes en cas de cessation du contrat de franchise<sup>4318</sup>.

L'indemnité de cessation de relation, en faisant disparaître la crainte d'une perte importante en cas de non continuation de la relation de distribution, pourrait ainsi démotiver le distributeur.

**1200. Critique.** La réalité de cet effet démotivant peut cependant sérieusement être mise en doute.

Tout d'abord, si la crainte d'une lourde perte en cas de cessation de la relation de distribution constitue indéniablement une pression sur le distributeur, elle ne paraît pas essentielle à sa motivation. Monsieur Raynaud souligne lui-même que les bénéfices générés par l'activité rendent inutile une contrainte pour l'exécution du contrat. Le « *bâton* » apparaît donc superflu.

Ensuite, il est raisonnable de penser que l'incitation du distributeur sera d'autant plus forte qu'il sait qu'il pourra conserver le fruit de ses efforts en fin de relation<sup>4319</sup>. L'indemnité de cessation de relation, si elle est calculée sur les résultats du distributeur, constitue ainsi une « *carotte* » supplémentaire qui peut se substituer au « *bâton* ».

Par ailleurs, la crainte de la perte des investissements en capital et travail peut être un frein aux investissements supplémentaires. Au contraire, la garantie d'une conservation du fruit de ces investissements

---

<sup>4317</sup> CHAMPAUD (C.), *La concession commerciale*, RTD com. 1963, p. 475 s., n° 31, « la détermination et la brièveté de la période contractuelle sont imposées par le concédant. Elles ont pour but de stimuler constamment les efforts du concessionnaire. C'est un adjuvant du contrôle que le concédant tend à instaurer sur l'entreprise du concessionnaire. La précarité de sa condition le pousse à mieux remplir ses obligations. Par ses efforts, il cherche à obtenir un nouveau contrat. A défaut il sait qu'il subira une très grosse perte de clientèle attachée qu'elle est à la marque du concédant. ». – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré...*, op. cit., p. 465 s., spéc. p. 466, « les conséquences désastreuses d'une éventuelle éviction du réseau sont généralement perçues comme constituant l'aiguillon nécessaire de la diligence des concessionnaires. Si l'effet est indéniable, il est tout aussi indéniablement pervers, car assis sous cette épée de Damoclès, le distributeur est contraint de transformer cette diligence en zèle, voir en servilité, dans l'espoir de ne donner à l'intégrateur aucun motif de résilier ou de ne pas renouveler le contrat » – V. également : GUYENOT (J.), *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, 1968, n° 394 s.

<sup>4318</sup> RAYNAUD (E.), *Éléments d'analyse économique*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 7 s., p. 20 à 25.

<sup>4319</sup> Dans ce sens pour les contrats d'intégration : DE BOUÛARD (F.), op. cit., n° 364 s., spéc. n° 365, « tant que l'intégré n'aura pas la possibilité de capitaliser ses efforts, comme peuvent le faire les commerçants véritablement indépendants, à travers la valorisation de leur fonds de commerce, il ne pourra faire preuve que d'un esprit d'entreprise affaibli. Pourquoi cela ? Tout simplement parce qu'on ne travaille pas, pour un horizon limité, avec le même entrain que lorsque l'on construit pour l'avenir. Il nous semble ainsi que faire participer l'entrepreneur intégré à la valorisation de son fonds de commerce qu'il exploite au profit de l'intégrateur, en lui allouant une indemnité de clientèle lors de la disparition de son contrat, aurait pour effet de rapprocher son statut de celui d'un véritable commerçant et, par voie de conséquence, de stimuler son esprit d'entreprise et son dynamisme ».

encourage une motivation et un engagement du distributeur sur le long terme<sup>4320</sup>.

Enfin, en dépit de l'introduction d'une indemnité de cessation de relation, les agents commerciaux et les VRP n'ont pas disparu et ces formes de distribution ne sont pas critiquées pour leur inefficacité ou leur effet démotivant pour le distributeur. De même, la législation belge prévoit une indemnité de cessation de relation depuis 1961 au profit des concessionnaires<sup>4321</sup> et l'Allemagne applique aux concessionnaires et franchisés, le régime de l'agence commerciale depuis les années 1970 pour leur attribuer une indemnité de clientèle<sup>4322</sup>, ce qui n'a pas stoppé le développement de ces formes de distribution<sup>4323</sup>.

**1201. Conclusion.** Finalement, l'indemnité de cessation de relation permettrait de rétablir l'égalité entre les distributeurs sans remettre en cause l'intérêt, pour les fournisseurs, d'une externalisation de la distribution de leurs produits ou services avec intégration des distributeurs.

Ce rétablissement de l'égalité entre les distributeurs serait cependant partiel sans une uniformisation du régime des indemnités de cessation de relation.

## **B – L'uniformisation des conditions et modalités des indemnités de cessation de relation**

**1202. Plan.** Pour mettre fin aux inégalités constatées, les conditions d'octroi (1) et les modalités de calcul (2) des indemnités de cessation de relation doivent être uniformes.

### ***1 – L'uniformisation des conditions d'octroi de l'indemnité de cessation de relation***

**1203. Plan.** Uniformiser les conditions d'octroi des indemnités de cessation de relation suppose d'identifier les distributeurs qui pourraient y prétendre (a) et les hypothèses d'exclusion des indemnités (b).

#### **a - Les conditions positives d'octroi de l'indemnité**

**1204. Présentation.** L'indemnité étant justifiée par l'impossibilité de patrimonialiser l'activité de distribution, la détermination de ses conditions d'octroi suppose d'identifier précisément les situations dans lesquelles un distributeur réalise des investissements en capital et travail dans une activité de diffusion de produits ou services sans pouvoir conserver ces investissements et leur résultat (la clientèle) en cas de cessation de la relation et donc *a fortiori* les louer ou céder.

---

<sup>4320</sup> Dans ce sens : DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 548, « en l'absence d'indemnité [...], l'intégré ne peut espérer être rémunéré, à long terme, de ses investissements personnels et financiers. Dès lors, il est illusoire de le voir déployer, dans le cadre de son activité au service de l'entreprise intégratrice, des efforts commerciaux identiques à ceux qu'il déploierait s'il exerçait son activité en toute indépendance économique ».

<sup>4321</sup> Loi belge du 27/07/1961 suivie de la loi Henckaerts du 13/04/1971, codifiée en 2014 dans le Code de droit économique, accordant une indemnité pour « la plus-value notable de clientèle apportée par le concessionnaire et qui reste acquise au concédant », « les frais que le concessionnaire a exposés en vue de l'exploitation de la concession et qui profiteraient au concédant à l'expiration du contrat » et « les indemnités que le concessionnaire doit au personnel qu'il est dans l'obligation de licencier par suite de la résiliation de la concession de vente » (Code de droit économique belge art. X.37) – Sur la question : FAELLI (T.) et autres, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, Larcier, 2008 – THIRION (N.) et BENOIT-MOURY (A.), *Les concessions de vente en droit belge*, in *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, dir. B. Pinchart et J.-P. Triaille, Larcier, 1996, p. 173 s. – THREARD (J.), *op. cit.*, n° 86 s.

<sup>4322</sup> Sur la question : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 909 s. – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré...*, *op. cit.*, p. 145 s. et p. 576 s. – L'application à la franchise est moins évidente : BECKER (H.), *La protection de la franchise en Allemagne*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 237 s., p. 257 s.

<sup>4323</sup> Sur cette constatation en Allemagne : LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré...*, *op. cit.*, p. 365.

**1205. Plan.** La diversité des situations économiques des distributeurs (a.1) rend nécessaire une solution juridique complexe (a.2).

### **a.1 - L'existence d'une diversité de situations économiques**

**1206. Impossibilité juridique ou économique.** L'impossibilité de patrimonialiser l'activité de distribution se présente systématiquement lorsque le distributeur est tenu par une clause de non-concurrence puisqu'il ne peut poursuivre son activité de diffusion des produits ou services auprès de la même clientèle à l'issue de la relation<sup>4324</sup>.

Cette situation est également susceptible de se présenter lorsqu'existe une impossibilité juridique de patrimonialiser la clientèle créée, développée ou maintenue par les investissements en capital et travail réalisés. Les courtiers et mandataires sont dans cette situation puisqu'ils sont généralement considérés comme ne pouvant être juridiquement propriétaires de la clientèle prospectée faute de conclure les contrats (courtier) ou de les conclure en leur nom (mandataire)<sup>4325</sup>. Ils ne peuvent juridiquement conserver la clientèle à l'issue de la relation de distribution et, *a fortiori*, la céder ou louer. Il convient néanmoins de prendre en compte la réalité économique. En effet, certains courtiers ou mandataires, non tenus par une clause de non-concurrence, parviennent néanmoins à conserver leur investissement en capital et travail en prospectant les mêmes clients pour des produits ou services concurrents. La jurisprudence prend en compte cette réalité économique en privant d'indemnité de clientèle le VRP dans cette situation mais lui accorde cependant une indemnité de licenciement<sup>4326</sup>.

De même, la réalité économique fait qu'en l'absence même d'impossibilité juridique d'être propriétaire d'une clientèle ou de l'exploiter, des distributeurs peuvent être dans l'impossibilité de conserver le fruit de leur investissement en capital et travail. Ainsi, les distributeurs qui créent, développent ou maintiennent une clientèle en utilisant des signes distinctifs ou des moyens d'exploitation seulement mis à leur disposition (franchisés, concessionnaires, commissionnaires-affiliés, etc.) pourront perdre la clientèle attachée à ces signes et moyens indépendamment de l'existence d'une clause de non-concurrence<sup>4327</sup>. La jurisprudence s'en fait l'écho lorsqu'elle retient, même postérieurement à l'arrêt *Trévisan*, que la clientèle est attachée à la marque, à l'enseigne ou aux installations mises à disposition du distributeur<sup>4328</sup>.

**1207. Diversité des situations.** Ainsi, de façon générale, l'impossibilité de patrimonialiser des investissements en travail et capital dans une activité de distribution existe potentiellement à chaque fois que le distributeur ne peut continuer à exploiter les éléments attractifs de clientèle à l'issue de la relation de distribution et donc, *a fortiori*, les céder ou louer.

En reprenant l'énumération du Code de commerce, ces éléments sont « *l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, [...] le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation [...], les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de*

---

<sup>4324</sup> Sur cette clause et ses effets : *supra* n° 839 s. et 855 s.

<sup>4325</sup> Sur la question : *supra* n° 170.

<sup>4326</sup> *Supra* n° 761 s.

<sup>4327</sup> *Supra* n° 838 s.

<sup>4328</sup> *Supra* n° 426 s. et 454.



*propriété intellectuelle qui y sont attachés* » et les « *marchandises* »<sup>4329</sup>.

**Local.** Le droit au bail représente un droit de jouissance d'un local dont l'emplacement est potentiellement attractif de clientèle<sup>4330</sup>. Le distributeur étant titulaire du bail et, de *lege ferenda*, réputé, pour l'application du statut des baux commerciaux, propriétaire de la clientèle exploitée dans les lieux loués et, par suite, du fonds de commerce<sup>4331</sup>, il jouit du droit au bail et peut donc, en principe, réutiliser le local, céder ce droit au bail ou être indemnisé pour la perte de clientèle consécutive à la perte du bail<sup>4332</sup>.

**Brevets, dessins et modèles.** En revanche, le distributeur n'est pas, en principe, propriétaire des brevets d'invention, des dessins et modèles et autres droits de propriété intellectuelle relatifs aux produits ou services puisque, par définition, il distribue des produits ou services conçus ou produits par d'autres.

**Marchandises.** Le distributeur peut également ne pas être propriétaire des marchandises mais n'en être que dépositaire en vue de leur vente. C'est le cas lorsqu'il agit en tant qu'intermédiaire ou en tant que revendeur tenu par une clause de réserve de propriété. Mais les clients sont indifférents au fait que le distributeur soit propriétaire ou seulement dépositaire des marchandises. Par suite, la propriété des marchandises est indifférente à la conservation de la clientèle. L'important est la possibilité de continuer à diffuser les produits ou services pour lesquels cette clientèle a été constituée. Une perte totale de clientèle pourra donc être constatée en cas d'impossibilité de diffuser des produits ou services substituables aux précédents. Elle sera limitée voire inexistante dans le cas contraire.

**Mobilier, matériel et outillage.** La propriété du mobilier commercial, du matériel et de l'outillage est également indifférente aux clients. L'usage et la jouissance (par acquisition, location ou prêt) d'un nouveau mobilier commercial, matériel ou outillage pourra, en principe, compenser la perte de l'ancien et n'avoir aucun impact sur la clientèle s'il ne présente pas une spécificité marquée par rapport à une marque ou enseigne sans équivalent sur le marché. L'obligation de préavis de rupture permettra notamment de donner au distributeur le temps nécessaire pour remplacer ces éléments d'exploitation. De plus, l'indemnité de non rentabilisation des dépenses ou investissements spécifiques facilitera cette réorganisation en limitant la perte générée par le financement des éléments d'exploitation qui ne pourront être conservés<sup>4333</sup>.

**Signes distinctifs.** C'est ainsi essentiellement la propriété des signes distinctifs (nom commercial, enseigne, marque) qui sera déterminante pour la conservation de la clientèle. En effet, le distributeur peut n'avoir qu'un droit d'usage et de jouissance temporaire des signes distinctifs qu'il utilise pour identifier son entreprise, son local et les produits ou services qu'il distribue. Dans cette hypothèse, en cas de cessation de la relation, le distributeur perd ce droit d'usage et de jouissance des signes distinctifs et sera alors susceptible de perdre les clients qui y étaient attachés. La perte de clientèle est cependant variable selon les situations et notamment les produits ou services considérés.

Ainsi, un changement d'enseigne ou de nom commercial ne s'accompagnera pas nécessairement d'une

---

<sup>4329</sup> C. com. art. L. 142-2 et L. 141-5 – Ont été exclus la « *clientèle et l'achalandage* » puisqu'ils sont liés aux autres éléments. La clientèle est liée à l'exploitation de l'ensemble des éléments du fonds (*supra* n° 390). L'achalandage est généralement considéré comme un synonyme de la clientèle ou comme une clientèle virtuelle ou passagère (CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014 « achalandage »), il est donc également lié aux autres éléments du fonds. – Sur les éléments du fonds : *supra* n° 390.

<sup>4330</sup> Sur le droit au bail : *supra* n° 392.

<sup>4331</sup> *Supra* n° 1185.

<sup>4332</sup> *Supra* n° 392 et 1185.

<sup>4333</sup> *Supra* n° 1065 s.

perte de clientèle en l'absence de clause de non-concurrence. Par exemple, le propriétaire exploitant d'une station-service sur une autoroute conservera, en principe, l'essentiel de sa clientèle s'il passe d'une enseigne *Total* à *Esso*, *Carrefour* ou *Shell*. Il en est de même pour une supérette de quartier qui passerait d'une enseigne *Carrefour* à *Casino*, voire à une exploitation sous sa propre enseigne. Tel serait également le cas pour un coiffeur franchisé. Dans ces situations, la conservation de l'emplacement et la possibilité de continuer à distribuer des produits ou services de la même catégorie et de qualité et prix comparables peut neutraliser l'effet du changement d'enseigne sur la clientèle. L'obligation de préavis et l'indemnisation des dépenses et investissements spécifiques non rentabilisés permettront alors au distributeur d'assurer la transition d'une enseigne à une autre.

En revanche, une simple clause de non-réaffiliation pourra parfois entraîner la perte de la clientèle en raison de l'impossibilité de conserver un approvisionnement permettant de pratiquer des prix compétitifs, faute de pouvoir profiter de la puissance d'achat d'un réseau concurrent au précédent<sup>4334</sup>.

En raison des différences importantes de situation selon les produits ou services, les enseignes, les emplacements, les limitations d'activité post-contractuelle et les configurations de marché, il paraît impossible de raisonner de manière totalement abstraite.

**1208. Impact de l'exclusivité d'activité.** Par ailleurs, si certains distributeurs – les franchisés notamment – n'utilisent que les signes distinctifs d'un seul fournisseur à la fois pour leur enseigne, leur mobilier, matériel et outillage et distribuent exclusivement ou quasi-exclusivement ses produits ou services, d'autres diffusent les produits ou services et utilisent les signes distinctifs de plusieurs fournisseurs (les concessionnaires multimarques ou les représentants multicartes). D'autres distributeurs encore – dans la distribution sélective ou la grande distribution notamment –, bien qu'utilisant les signes distinctifs de plusieurs fournisseurs pour une partie des produits ou services qu'ils diffusent et parfois pour une partie de leur mobilier, matériel et outillage, disposent néanmoins de leur propre enseigne et marque qu'ils utilisent pour le reste de leur activité, voire pour distribuer des produits ou services sous marque de distributeur.

*De lege lata*, ces situations ne font pas obstacle à l'indemnité de l'agent commercial, du gérant-mandataire du Code de commerce ayant plusieurs mandants et du VRP multicartes<sup>4335</sup>. Une indemnité est, en principe, due par chaque mandant ou employeur, que les produits ou services distribués soient ou non concurrents<sup>4336</sup>. La solution mérite d'être étendue à l'ensemble des distributeurs car la perte de clientèle est subie par catégorie de produits ou services et la perte d'une relation de distribution pour les produits ou services d'une catégorie peut ne pas être susceptible d'être compensée par la diffusion de produits ou services concurrents. En effet, au sein d'une même catégorie de produits ou services, les concurrents n'ont pas tous le même poids et si les produits ou services sont substituables entre eux, ils ne

---

<sup>4334</sup> V. par ex. : Com. 18/12/2012 : n° 11-27068 ; JCP E 2013, 1037, N. Dissaux, « *l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerce de manière quasi systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés et avec des enseignes de renommée nationale ou régionale ; qu'il constate que la supérette des franchisés était exploitée dans un petit chef-lieu de canton ; que de ces constatations et appréciations souveraines des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a pu déduire [...] que la clause, qui emportait interdiction de s'affilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale et de vendre des produits dont les marques sont liées à ces enseignes, pendant un an et dans un rayon de cinq kilomètres, mettait les ex-franchisés, privés dans leur secteur d'activité du support d'un réseau structuré d'approvisionnement, dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce, n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur et devait être annulée* ».

<sup>4335</sup> *Supra* n° 292 et 761 s. (VRP), 190 et 766 s. (agent commercial), 210 et 771 (gérant-mandataire du Code de commerce).

<sup>4336</sup> La distribution de produits et services concurrents suppose, en principe, l'autorisation du mandant ou de l'employeur (*supra* n° 167, 190 et 210). En revanche, un VRP qui a pu, après la perte d'un mandat, continuer à prospecter la même clientèle pour des produits ou services concurrents sera privé d'indemnité de clientèle et pourra seulement percevoir l'indemnité de licenciement (*supra* n° 761 s.).

représentent pas le même potentiel de revenus en raison, notamment, de la notoriété de leur marque. Par exemple, un distributeur d'ordinateurs ou de téléphones portables perdra très probablement une partie de ses revenus s'il ne peut plus distribuer les marques *Apple* ou *Samsung*. De même, si *Linux* est substituable au système d'exploitation *Windows*, les deux n'ont assurément pas le même potentiel de clientèle.

Finalement, l'indemnité devrait être due à chaque fois que le distributeur, en raison de la cessation de la relation, ne peut continuer à tirer des revenus de l'exploitation de la clientèle qu'il a créée, développée ou maintenue pour les produits ou services objets de cette relation.

Cependant, en l'absence de clause de non-concurrence, l'impossibilité de conserver la clientèle ne peut être révélée que par une analyse économique et nécessite ainsi d'une approche juridique complexe.

## **a.2 - La possibilité d'une solution juridique complexe**

**1209. Solutions envisageables.** Face à la diversité des situations des distributeurs, plusieurs solutions peuvent être envisagées.

**Ignorance de la réalité économique.** Il est possible d'ignorer les cas de conservation de la clientèle par le distributeur en dépit de l'impossibilité de continuer à diffuser les produits ou services marqués, d'user de l'enseigne ou du nom commercial de l'ancien fournisseur. Cette solution a été retenue pour l'agence commerciale, les agents généraux d'assurance et la gérance-mandat du Code de commerce, l'indemnité étant accordée systématiquement au distributeur<sup>4337</sup>. Elle paraît cependant inéquitable pour le fournisseur dans l'hypothèse où il doit indemniser le distributeur alors qu'il ne récupère pas tout ou partie de la clientèle, ce dernier parvenant à la conserver en diffusant des produits ou services concurrents<sup>4338</sup>.

Inversement, réserver l'indemnité aux distributeurs tenus par une clause de non-concurrence conduirait à une inégalité de traitement par rapport à ceux pouvant éprouver une perte de revenus car ils sont tenus par une clause de non-réaffiliation ou, en dépit de leur liberté post-relationnelle, ne pourront intégrer un réseau concurrent en raison, notamment, d'une saturation du marché<sup>4339</sup>. La solution serait inéquitable pour ces distributeurs dont les efforts de création, maintien ou développement de la clientèle pourraient être récupérés par le fournisseur sans indemnisation.

**Appréciation judiciaire de la réalité économique.** Pour éviter ces situations, il est possible de laisser au juge le soin d'identifier le distributeur qui, en raison de la cessation de relation, ne peut continuer à tirer des revenus de l'exploitation de la clientèle qu'il a créée, développée ou maintenue pour les produits ou services objets de la relation. Cette solution est retenue pour les VRP, la jurisprudence excluant l'indemnité si le distributeur a pu conserver la clientèle en poursuivant son activité pour des produits ou services concurrents<sup>4340</sup>. Elle présente néanmoins l'inconvénient de conditionner l'ouverture du droit à indemnité à une appréciation judiciaire d'une situation économique avec toute l'incertitude et la durée qu'elle implique. Les fournisseurs pourraient ainsi systématiquement refuser l'indemnité en soutenant que la clientèle sera

---

<sup>4337</sup> *Supra* n° 766 s. (agent commercial), 771 (gérant-mandataire du Code de commerce) et 774 (agents généraux d'assurance).

<sup>4338</sup> Comp. : DE BOÜARD (F.), *op. cit.*, n° 579, qualifiant cette évaluation de « sommaire » – *Contra* : LICARI (F.-X.), *op. cit.*, p. 585 s., défendant une indemnisation systématique forfaitaire en soutenant que « *s'il est vrai que le forfait est par nature arbitraire, il n'est pas injuste* ».

<sup>4339</sup> On peut par exemple imaginer la situation d'un distributeur installé dans une rue commerçante comptant déjà de nombreuses enseignes pour la catégorie de produits et services considérée et dont l'emplacement n'intéresserait donc pas les fournisseurs d'un poids comparable à celui perdu, ceux-ci ayant déjà des distributeurs performants dans cette rue.

<sup>4340</sup> *Supra* n° 761.

conservée. Les distributeurs devraient alors engager une action en justice, en assumer les frais (expertise et conseil) et patienter plusieurs années pour savoir s'ils peuvent obtenir une indemnité, la décision d'octroi pouvant, en outre, varier d'un juge à l'autre. Cette situation a été constatée pour l'indemnité de clientèle de l'agent commercial en Allemagne<sup>4341</sup> et dans les autres pays européens ayant opté pour ce système<sup>4342</sup>. Or, si son octroi est incertain et suppose une action en justice longue et coûteuse, l'indemnité ne remplit plus efficacement ses fonctions de financement de la reconversion du distributeur et de limitation de la renégociation sous menace ou crainte de la rupture.

**1210. Proposition.** Entre l'iniquité d'une indemnité légale détachée de la réalité économique et les inconvénients d'une indemnité à l'octroi abandonné à l'appréciation d'un juge, il est possible d'élaborer des solutions intermédiaires en distinguant plusieurs situations.

**En présence d'une obligation de non-concurrence**, de clientèle ou de non-démarchage, l'indemnité serait systématiquement due car la perte des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle créée, maintenue ou développée est certaine.

**En présence d'une obligation de non-réaffiliation**, la perte de ces revenus n'est pas certaine mais très probable, l'existence de cette obligation révèle d'ailleurs la crainte du fournisseur que la clientèle créée, maintenue ou développée puisse être captée par un réseau concurrent. L'indemnité devrait alors être versée dès la rupture effective de la relation mais il serait accordé au fournisseur, à l'expiration de l'obligation de non-réaffiliation, une action en remboursement de la part des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle effectivement conservés par le distributeur par la diffusion auprès de celle-ci de produits ou services concurrents. L'action serait prescrite dans le délai d'une année.

**En l'absence de clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation**, la perte des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle est encore probable si le distributeur utilisait des signes distinctifs du fournisseur pour diffuser les produits ou services. L'indemnité devrait alors également être versée dès la rupture effective de la relation et une action en remboursement pourrait être engagée une année après et se prescrirait dans un délai d'une année.

**Dans les autres hypothèses**, aucune indemnité ne serait due.

---

<sup>4341</sup> L'indemnité de clientèle proposée par la directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986 reprend le droit allemand et suppose de réunir trois conditions : le distributeur « a apporté de nouveaux clients au commettant ou développé sensiblement les opérations avec les clients existants », le fournisseur « a encore des avantages substantiels résultant des opérations avec les clients » et « le paiement de cette indemnité est équitable, compte tenu de toutes les circonstances, notamment des commissions que l'agent commercial perd et qui résultent des opérations avec les clients » et, de cas échéant, « de l'application ou non d'une clause de non-concurrence » post-contractuelle (art. 17). Ces conditions sont porteuses d'une grande insécurité juridique car elles comportent des standards juridiques (« développé sensiblement », « avantages substantiels », « équitable ») et nécessitent des appréciations économiques délicates et non circonscrites car toutes les circonstances peuvent être prise en compte. En Allemagne, il a ainsi été constaté que « cette délégation opérée au pouvoir judiciaire, dont le but initial était de tenir compte de la variété de la situation des agents commerciaux, a donné naissance à un système complexe et hypertrophié, si bien que la mise en œuvre du droit [...] ne passe plus que par un recours systématique au procès, des frais d'expertise importants pour finalement déboucher sur un engorgement des juridictions » (LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré...*, op. cit., p. 579 s.).

<sup>4342</sup> Rapport du 23/07/1996 sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, COM (96) 364 final, la Commission européenne constate que l'indemnité retenue par la France « n'a manifestement soulevé aucun problème d'interprétation » (p. 11) et que « les commettants français semblent souscrire au système de la réparation du préjudice subi et [...] n'ont soulevé aucune objection à son égard » (p. 10). Au contraire, dans les pays européens ayant retenu le système de l'indemnité de clientèle allemand (l'ensemble des États-membres à l'exception de la France et de l'Irlande) ou ayant laissé le choix aux parties (Royaume-Uni), elle fait un constat très différent : « certains commettants ne sont pas opposés au principe du versement d'une indemnité à la cessation du contrat, mais ils manifestent un certain mécontentement au sujet du manque de clarté du système » (p. 10), elle relève que « les difficultés d'interprétation ont influencé les réactions des agents et commettants à l'égard de la directive. En l'absence de définition claire des droits et de leur étendue, les deux parties passent plus de temps à négocier, ce qui ne profite ni à l'une ni à l'autre. Cette situation a également conduit à l'octroi de montants différents. L'ambiguïté et la divergence ont également pour effet de freiner la création d'agences et empêchent les commettants d'engager des agents dans d'autres États membres. Il est important que la directive soit interprétée de manière uniforme et qu'elle conduise à des résultats prévisibles et clairs » (p. 12).

**1211. Conclusion.** Ce système complexe permet de combiner les avantages d'une indemnité au montant prévisible<sup>4343</sup> due systématiquement, tout en réservant une possibilité de prise en compte de la réalité économique pour corriger d'éventuels effets inéquitables. Cette prise en compte étant décalée dans le temps et supposant une action en justice du fournisseur, sa portée pratique devrait se limiter à des situations exceptionnelles et donc éviter un contentieux de masse.

## **b - Les conditions négatives d'octroi de l'indemnité**

**1212. Plan.** Selon les indemnités, le droit positif prévoit différentes hypothèses d'exclusion dont il convient d'apprécier la pertinence d'une généralisation : la cession de l'activité (b.1), la cessation de la relation à l'initiative du distributeur (b.2) ou justifiée par sa faute grave (b.3).

### **b.1 - La cessation de la relation par cession de l'activité**

**1213. *Intuitu personae* et cession.** La doctrine, la jurisprudence et parfois la loi reconnaissent que les contrats de distribution visant à organiser une diffusion sous enseigne ou nom commercial du fournisseur ou une diffusion de produits ou services marqués sont conclus *intuitu personae*<sup>4344</sup>.

En effet, il est légitime qu'un fournisseur puisse sélectionner les distributeurs avec lesquels il envisage de collaborer durablement et qui utiliseront son enseigne, son nom commercial, diffuseront ses produits ou services marqués, seront au contact des clients et, le cas échéant, mettront en œuvre son savoir-faire et sa politique commerciale. D'un point de vue marketing, ces distributeurs représentent le fournisseur auprès des clients, ils sont associés à l'image véhiculée par les signes distinctifs des produits et services et celle de l'ensemble du réseau. La sélection d'un distributeur est donc souvent comparable au recrutement d'un salarié ayant une fonction de commercial ou de gérance d'une succursale, à la différence qu'elle suppose souvent également une appréciation des capacités financières du candidat puisqu'il devra procéder à des dépenses et investissements dans l'activité de distribution.

En raison de cet *intuitu personae* – qui se traduit souvent expressément par des clauses d'exploitation personnelle ou par des clauses d'agrément<sup>4345</sup> – toute transmission de l'activité supposera l'accord du fournisseur, qu'elle s'opère par cession, changement de gérant ou changement de contrôle de la société du distributeur. Il convient donc de distinguer le cas d'une cession acceptée par le fournisseur et celui d'une impossibilité de cession en raison du refus du fournisseur.

**1214. La cession acceptée par le fournisseur.** Si la cession du contrat a pu s'opérer avec l'accord du fournisseur, l'indemnité de cessation n'a plus de raison d'être. Les statuts du VRP, de l'agent commercial et des agents généraux d'assurance l'écartent d'ailleurs dans cette hypothèse<sup>4346</sup>. En effet, ayant pour fondement la compensation de l'impossibilité de patrimonialiser l'activité de distribution, l'indemnité n'est plus justifiée si le distributeur a pu céder cette activité. Il perçoit alors une somme (un prix) entrant dans son patrimoine

---

<sup>4343</sup> *Infra* n° 1223 s.

<sup>4344</sup> *Supra* n° 840.

<sup>4345</sup> *Supra* n° 840.

<sup>4346</sup> *Supra* n° 761 (VRP), 766 (agent commercial) et 774 (agents généraux d'assurance). – Le VRP pourra percevoir cependant l'indemnité de licenciement (*supra* n° 762).

et correspondant, en principe, à la valeur de la clientèle qu'il a créée, maintenue ou développée et donc à l'espoir de revenus futurs qu'elle représentait.

Une difficulté particulière peut cependant se poser en présence de stipulations donnant une préférence au fournisseur en cas de cession (clause de préemption, pacte de préférence). En effet, certains fournisseurs se réservent une priorité d'achat – à leur profit ou à celui d'un tiers de leur choix – des parts sociales<sup>4347</sup>, du fonds de commerce<sup>4348</sup> ou du droit au bail du distributeur<sup>4349</sup>. Cette priorité est légitime puisqu'elle permet notamment d'éviter qu'un local à l'emplacement intéressant ne passe à la concurrence<sup>4350</sup>. Ainsi, ces clauses ne sont interdites par la loi que dans des circonstances particulières<sup>4351</sup> et sont validées par la jurisprudence<sup>4352</sup>. Elles peuvent néanmoins poser difficulté si le prix d'achat par le fournisseur est fixé par avance<sup>4353</sup>. Elles lui permettent alors potentiellement de contourner le droit à indemnité du distributeur en acquérant son activité à un prix inférieur à celui du marché<sup>4354</sup> mais également inférieur à l'indemnité qui serait due en cas de refus d'agrément du cessionnaire injustifié<sup>4355</sup>.

Pour lutter contre de telles pratiques, toute fixation du prix antérieurement à la cession pourrait être interdite. Le même effet serait cependant obtenu en conditionnant simplement la dispense d'indemnité à une cession à un tiers au fournisseur<sup>4356</sup>. En cas de cession au fournisseur, l'indemnité sera ainsi nécessairement prise en compte pour fixer le prix de cession. Cette solution est actuellement retenue pour l'agence commerciale<sup>4357</sup>. Elle mérite d'être généralisée.

**1215. La cession refusée par le fournisseur.** La dispense d'indemnité de cessation de relation en cas de cession de l'activité à un tiers incite, en principe, le fournisseur à ne pas s'y opposer lorsque le cessionnaire envisagé présente au moins les mêmes garanties financières et de compétence que le distributeur. Cependant, le fournisseur peut chercher opportunément à profiter de la volonté du distributeur d'arrêter son activité en la cédant pour mettre fin à la relation sans indemnité et s'opposer systématiquement à toute cession pour

---

<sup>4347</sup> V. par ex. : Com. 11/03/2014 : n° 12-24901 – Com. 07/01/2014 : n° 12-17416 – Com. 25/06/2013 : n° 45-20123 – Com. 26/02/2013 : n° 12-3721 – Com. 08/12/2009 : n° 08-21253 – Com. 06/05/2008 : n° 07-12378 ; RJDA 2008, n° 1272.

<sup>4348</sup> V. par ex. : Com. 08/12/2009 : n° 08-21253 – Com. 09/06/2009 : n° 08-17296 – Com. 15/05/2007 : n° 06-12871 ; B. n° 129 – Com. 15/05/2007 : n° 06-11583.

<sup>4349</sup> Sur la question, voir notamment : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 783 – LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, op. cit., n° 577.

<sup>4350</sup> Dans ce sens : BENSOUSSAN (M.), *Les clauses d'agrément et de préemption*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 167 s., n° 3.

<sup>4351</sup> L'article L. 442-6, II., e) prévoit que « *sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité [...] d'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité* » – Ces clauses sont également susceptibles de caractériser des pratiques anticoncurrentielles : Aut. conc. avis n° 10-A-27 du 07/12/2010, pt 174 s. : RAUD (N) et NOTTE (G.), *Les pratiques de la distribution alimentaire stigmatisées*, JCP E 2010, 678 ; DISSAUX (N.), *Avis de tempête sur les contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire*, JCP 2011, 177 ; MALAURIE-VIGNAL (M.), *Réflexions autour de l'avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 rendu par l'ADLC en matière de distribution alimentaire*, JCP E 2010, 1217.

<sup>4352</sup> V. par ex. : Com. 07/07/2009 : n° 08-15686. – Sur la question : DROSS (W.), *Les clauses essentielles des contrats de droit privé*, Litec, 2010, p. 1 s.

<sup>4353</sup> Il est même parfois également prévu dans le contrat une promesse unilatérale de vente du fonds de commerce à un prix déterminé au fournisseur. – La jurisprudence n'interdit pas ces déterminations du prix à l'avance. Tout au plus, un arrêt de 2009 a-t-il admis la possibilité que les modalités d'un pacte de préférence portent atteinte au droit de propriété si elles ne peuvent être justifiées au regard de la nature et de l'objet de l'opération réalisée (Civ. 3 23/09/2009 : n° 08-18187 ; B. n° 203 ; D. 2010, 229, S. Amrani-Mekki ; JCP 2009, 479, G. Pillet ; CCC 2010, 2, L. Leveneur ; RDC 2010, 32, T. Génicon).

<sup>4354</sup> Sur cet effet pour les clauses de préemption : BENSOUSSAN (M.), *Les clauses d'agrément et de préemption*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 167 s., spéc. n° 5, p. 172.

<sup>4355</sup> *Infra* n° 1215.

<sup>4356</sup> Il appartiendra à la jurisprudence d'assimiler au fournisseur le tiers désigné par lui, notamment dans l'hypothèse d'une substitution.

<sup>4357</sup> L'article L. 134-13 prévoit que l'indemnité n'est pas due dans le cas où « *selon un accord avec le mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence* » (mise en gras ajoutée).

obliger finalement le distributeur à prendre l'initiative de la rupture<sup>4358</sup>. La stipulation d'un délai de préemption ou d'agrément peut également avoir le même effet en faisant renoncer le cessionnaire<sup>4359</sup>.

Or, le consentement à une cession de contrat relève, en principe, d'une liberté puisqu'il s'analyse en un consentement à un nouveau contrat ou à une modification du contrat par substitution de contractant<sup>4360</sup>. Ce consentement ne peut donc être forcé et sa justification est, en principe, discrétionnaire<sup>4361</sup>. Lorsque la cession a été envisagée sous réserve d'un agrément du cessionnaire, il existe déjà un consentement au principe de la cession<sup>4362</sup> mais la liberté se reporte alors sur le choix du cessionnaire. Ainsi, à défaut de clause contraire<sup>4363</sup>, la Cour de cassation n'exige pas de motivation du refus d'agrément et accueille largement sa justification en admettant notamment qu'il soit « *fondé sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément* »<sup>4364</sup>.

Cette solution est logique lorsque la rupture de la relation est libre. En effet, il serait critiquable et paradoxal d'obliger le fournisseur à agréer un cessionnaire mais de lui laisser ensuite la liberté de rompre la relation sans indemnité<sup>4365</sup>.

La situation est différente lorsque la rupture s'accompagne d'une indemnité de cessation de relation. Il reste alors pertinent que le fournisseur ne puisse se voir imposer un distributeur. Cela reviendrait à forcer une collaboration et remettrait en cause sa liberté d'organiser la distribution de ses produits ou services. En revanche, il devient nécessaire de lutter contre l'utilisation du refus d'agrément pour opportunément contourner le droit du distributeur à une indemnité de cessation de relation.

Pour lutter contre de tels comportements opportunistes, il a été proposé d'obliger le fournisseur à racheter l'activité après plusieurs refus d'agrément de cessionnaires potentiels<sup>4366</sup>. Cette solution pourrait cependant donner lieu à des comportements opportunistes des distributeurs. Ceux-ci pourraient être tentés de présenter des cessionnaires peu sérieux pour obtenir le versement de l'indemnité.

Il paraît donc plus pertinent de prévoir que le refus de cession non justifié par des éléments objectifs – des

---

<sup>4358</sup> Pour un exemple : BENSOUSSAN (M.), *op. cit.*, n° 4, relatant le cas d'une franchisee cherchant à céder son activité pour suivre son époux et qui, après avoir essuyé quatre refus d'agrément pour absence de qualités requises, sans autre précision, dut se résoudre à vendre le seul droit au bail.

<sup>4359</sup> Dans ce sens : BENSOUSSAN (M.), *op. cit.*, n° 4.

<sup>4360</sup> Sur ce débat : LACHIEZE (C.), *La cession de contrat, entre objectivisme et subjectivisme*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 867 s.

<sup>4361</sup> Comp. : Com. 07/04/1998 : B. n° 126 ; RTD civ. 1999, 79, J. Mestre, « *le concédant a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, qu'il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé* ».

<sup>4362</sup> Dans ce sens : BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 600.

<sup>4363</sup> Com. 02/07/2002 : n°01-12685 ; B. n° 113 ; D. 2003, 93, D. Mazeaud et 2426, D. Ferrier ; RTD civ. 2002, 810, J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2002, 494, J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; RTD com. 2003, 359, B. Boulloc ; JCP 2003.II.10023, D. Mainguy, « *ayant relevé que le contrat de concession, expressément conclu intuitu personae, prévoyait que son transfert au profit d'un tiers était subordonné à l'agrément du concédant et que ce dernier s'était engagé à "examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et communiquer rapidement sa décision au concessionnaire", la cour d'appel a pu en déduire que le refus d'agrément par le concédant devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes et que, pour éviter tout arbitraire, il lui appartenait de le motiver, à seule fin de permettre au concessionnaire de vérifier que sa décision était fondée sur un examen équitable et soigneux, conforme à ses engagements contractuels* ».

<sup>4364</sup> Com. 05/10/2004 : n°02-17338 ; B. n° 181 ; D. 2005, 2843 et 2847, B. Fauvarque-Cosson ; D. 2006, 516, D. Ferrier ; JCP 2005.I.114, M. Chagny ; CCC 2005, 1, L. Leveneur ; RLDC 12/05, 478, D. Mainguy et J.-L. Respaud ; D&P 03/05, 83, P. Chauvel ; RDC 2005, 288, P. Stoffel-Munck et 384, M. Béhar-Touchais ; RTD civ. 2005, 127, J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2005, 407, B. Boulloc – Néanmoins, une mauvaise foi ou un refus abusif d'agrément peut être caractérisé, notamment lorsque le fournisseur cherche par ce biais à faire reprendre l'activité par une autre personne sans qu'elle n'ait à verser un prix au distributeur : Com. 23/09/2014 : n° 13-18938 ; CCC 2015, 6, M. Malaurie-Vinal – Com. 03/11/2004 : n° 02-17919.

<sup>4365</sup> En outre, « *quand un concédant a l'intention de réorganiser son réseau et de résilier le contrat de concession en respectant un préavis, il serait très dangereux pour lui d'agréer le repreneur et de résilier ensuite le contrat de concession. On pourrait en effet lui reprocher, en agréant le repreneur, d'avoir créé chez ce dernier la croyance légitime que ce contrat serait maintenu* » (BEHAR-TOUCHAIS (M.), note ss Com. 05/10/2004, RDC 2005, p. 384).

<sup>4366</sup> BENSOUSSAN (M.), *op. cit.*, n° 7, « *il serait fort opportun de prévoir un rachat lorsque le franchisé a essuyé deux, voire trois refus successifs de la part du franchiseur* ».

éléments en lien avec l'objet du contrat tenant aux compétences professionnelles et aux capacités financières du cessionnaire – autorise le distributeur à prendre acte de la cessation de la relation imputable au fournisseur. Il existerait ainsi une obligation de justification.

À cette obligation de justification, il conviendrait d'associer une obligation de motivation<sup>4367</sup>. En effet, le distributeur à la recherche d'un cessionnaire pouvant satisfaire les critères du fournisseur doit pouvoir connaître ces critères. Pour assurer l'effectivité de l'exigence de motivation, son absence ou insuffisance pourrait être assimilée à une absence de justification.

Par ailleurs, afin d'éviter que soient stipulés des délais de préemption et d'agrément très longs pouvant faire obstacle à la cession, la loi pourrait imposer que le fournisseur prenne position dans un délai de 3 mois.

Cette obligation de justification n'irait pas à l'encontre de l'*intuitu personae* car elle ne conduit pas à imposer un cessionnaire au fournisseur. De plus, comme le constate Monsieur Loiseau, dans certains contrats comme le contrat de travail<sup>4368</sup> ou le contrat de bail<sup>4369</sup>, l'*intuitu personae* a été objectivé car « *seules sont retenues comme pertinentes les qualités de la personne qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet de l'opération contractuelle, à l'exclusion de celles qui participent d'une appréciation subjective de données personnelles* »<sup>4370</sup>. Or, une telle objectivation est possible dans les relations de distribution car, à l'instar de l'employeur, le fournisseur ne cherche pas un ami ou un conjoint mais un collaborateur professionnel, un partenaire commercial. L'*intuitu personae* doit ainsi porter sur les aptitudes professionnelles du candidat et sur ses capacités financières pour l'activité de distribution. Cette solution n'impose pas la reprise de l'activité par le fournisseur et n'offre pas un droit à la cession au distributeur. Elle respecte le droit du fournisseur de s'opposer à une cession et de choisir son cocontractant tout en évitant que le refus opposé à la cession soit un moyen de contourner l'indemnisation du distributeur en cas de rupture.

**1216. Conclusion.** Finalement, soit le fournisseur peut exciper des raisons objectives de son refus de cession tenant aux qualités professionnelles et financières du distributeur, soit ce refus est en réalité justifié par une volonté de rompre la relation<sup>4371</sup> et il doit alors assumer cette volonté en procédant à la rupture. Inversement, le distributeur qui prend l'initiative de la rupture doit également en assumer les conséquences.

## **b.2 - La cessation de la relation à l'initiative du distributeur**

**1217. Absence d'indemnité.** Il apparaît justifié que le distributeur qui rompt volontairement la relation perde son droit à indemnité. La situation est identique pour le titulaire d'un fonds de commerce ayant la propriété et la maîtrise des éléments attractifs de clientèle qui décide d'arrêter son activité. Il s'agit cependant

---

<sup>4367</sup> Dans le sens d'une obligation de motivation du refus d'agrément : BENSOUSSAN (M.), *op. cit.*, n° 7.

<sup>4368</sup> L'article L. 1121-6 du Code du travail dispose que « *les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles [et] [...] doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* ».

<sup>4369</sup> L'article 22-2 de la loi n° 89-462 du 6/07/1989, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2014-366 du 24/03/2014, prévoyait une liste de pièces ne pouvant être demandées au candidat locataire afin de garantir que seules les capacités financières de la personne soient prises en compte à l'exception de sa vie personnelle. Depuis la loi n° 2014-366 du 24/03/2014, l'article prévoit qu'un décret doit fixer « *la liste des pièces justificatives pouvant être exigées du candidat à la location ou de sa caution par le bailleur* ».

<sup>4370</sup> LOISEAU (G.), *Contrats de confiance et contrats conclus intuitu personae*, in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénadou et M. Chagny, Dalloz, 2008, p. 97 s., spéc. p. 104 s.

<sup>4371</sup> Dans ce sens : HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat*, Préf. L. Aynès, BDP, t. 536, LGDJ, 2012, n° 407, qualifiant de détournement de pouvoir le refus sans « *raison tenant à la personne du repreneur (connaissances techniques, solvabilité, etc.) ou à l'intérêt social du concédant (réorganisation du réseau par exemple)* ».



d'une hypothèse d'école car le commerçant cherchera généralement à céder son activité pour valoriser son capital et notamment la clientèle créée, développée ou maintenue, ce qui renvoie à la cession de l'activité<sup>4372</sup>.

**1218. Prise d'acte de la rupture.** En revanche, il convient de réserver l'hypothèse où la cessation de la relation est justifiée par des circonstances imputables au fournisseur<sup>4373</sup>. La rupture par le distributeur s'analyse alors en une prise d'acte produisant les effets d'une rupture imputable au fournisseur<sup>4374</sup>.

**1219. Age, retraite, infirmité, maladie, décès.** La question de la cessation de la relation à l'initiative du distributeur présente également une particularité lorsqu'elle est justifiée par son départ à la retraite, son âge, sa maladie, son infirmité ou son décès.

*De lege lata*, le statut de l'agence commerciale prévoit notamment que l'indemnité est due lorsque l'activité ne peut être raisonnablement poursuivie en raison de l'âge, d'une maladie ou d'une infirmité et versée aux ayants droit en cas de décès<sup>4375</sup>. Pour savoir si ces règles doivent être reprises dans le statut proposé, il est possible de raisonner à partir de la situation d'un commerçant ayant la propriété et la maîtrise de l'ensemble de ses éléments attractifs de clientèle.

Le décès d'un tel commerçant, son départ à la retraite ou son incapacité due à l'âge, à la maladie ou à une infirmité est susceptible d'entraîner la perte du fonds de commerce. Cependant, cette perte pourra être évitée par une cession ou par la mise en place d'une nouvelle gérance (location-gérance, gérance salariée, gérance-mandat, désignation d'un nouveau gérant en cas d'exploitation sous forme sociale, etc.). Il s'agira souvent du seul moyen pour les ayant-droits de conserver la valeur du fonds de commerce dont ils ont hérité.

Or, à la différence d'un tel commerçant, le distributeur ne pourra, sans l'accord du fournisseur<sup>4376</sup>, se substituer durablement ou définitivement un tiers dans la gestion de l'activité de distribution en nommant un nouveau gérant, en cédant ou transmettant ses parts sociales, en se faisant remplacer définitivement ou encore en mettant le fonds en location-gérance. Les héritiers se heurteront à une difficulté comparable. Le fournisseur pourrait ainsi voir dans le décès ou l'incapacité du distributeur, une occasion de mettre fin à la relation sans indemnité. Par ailleurs, la liberté de transmettre la part immatérielle d'un patrimoine peut être considérée comme une exigence plus générale d'égalité entre le capital matériel et le capital immatériel, parfois poursuivie par le législateur<sup>4377</sup>.

Afin de concilier les intérêts du fournisseur et du distributeur, il pourrait ainsi être prévu, dans les hypothèses où le distributeur n'a pu chercher à céder son activité, c'est-à-dire en cas de décès ou d'incapacité de travail<sup>4378</sup>, la possibilité de procéder à la désignation d'un nouveau gérant avec l'accord du fournisseur ou,

---

<sup>4372</sup> *Supra* n° 1213 s.

<sup>4373</sup> Il s'agit de la reprise des règles de l'agence commerciale prévoyant que l'indemnité de cessation n'est pas due lorsque « la cessation du contrat résulte de l'initiative de l'agent à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances imputables au mandant » (C. com. art. L. 134-13, 2°).

<sup>4374</sup> Sur la prise d'acte : *supra* n° 586.

<sup>4375</sup> C. com. art. L. 134-12 et -13, 2°. – *Supra* n° 766.

<sup>4376</sup> *Supra* n° 1213 s.

<sup>4377</sup> Cette préoccupation est à l'origine de l'article L. 134-12 du Code de commerce (« les ayants droit de l'agent commercial bénéficient également du droit à réparation lorsque la cessation du contrat est due au décès de l'agent ») et des prévisions des statuts des agents généraux d'assurance accordant le droit à indemnité aux ayants droit (*supra* n° 774). – Rapp. : CPI art. L. 123-1 au décès de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, son « droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire [...] persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

La liberté de transmettre son entreprise est également rattachée à la liberté d'entreprise (V. not. : FERRIER (D.), *Rapport de synthèse, in Entreprise et liberté*, Ass. H. Capitant, Dalloz, 2007, p. 105 s., n° 3).

<sup>4378</sup> Le départ à la retraite est en principe volontaire et peut donc s'organiser à l'avance. – Les autres hypothèses de cessation d'activité dues à l'âge, à l'infirmité ou à une maladie renvoient à une incapacité totale de travail.

à défaut, par le Président du Tribunal de commerce, chargé de céder l'activité de distribution et d'assurer sa gestion dans la période intermédiaire.

### **b.3 - La cessation de la relation pour faute grave du distributeur**

**1220. Critique du droit positif.** Le droit positif prive la plupart des distributeurs d'indemnité de cessation de relation en cas de faute grave de leur part<sup>4379</sup>. Comme il est proposé de définir cette faute comme un comportement faisant obstacle au maintien du lien contractuel, rendant impossible sa poursuite même durant le préavis légal<sup>4380</sup>, elle peut être analysée comme une rupture à l'initiative du distributeur et il apparaîtrait alors logique qu'elle n'ouvre aucun droit à indemnité.

La sanction de la faute grave est actuellement particulièrement vigoureuse puisqu'elle consiste cumulativement à priver le distributeur de préavis, d'indemnité de cessation de relation et à engager sa responsabilité à l'égard du fournisseur<sup>4381</sup>.

En raison de la définition de la faute grave, la privation de préavis paraît logique et adaptée : la faute rendant impossible le maintien du lien contractuel, le préavis, qui consiste précisément à différer l'effet de la décision de rupture, ne peut logiquement plus être exigé.

L'engagement cumulatif de la responsabilité du distributeur à l'égard du fournisseur paraît également logique, elle se rattache au fondement classique de la responsabilité civile selon lequel l'auteur d'une faute ayant causé un préjudice doit le réparer<sup>4382</sup>.

En revanche, la sanction cumulative de privation totale d'indemnité de cessation de relation peut être discutée. En effet, cette indemnité représente le fruit des investissements en capital et travail du distributeur pendant toute la durée passée de la relation. Il existe donc un décalage entre cette faute ponctuelle et la privation du fruit d'efforts déployés pendant toute la durée de la relation. Or, une faute justifiant une rupture immédiate de la relation peut ne pas être d'une gravité suffisante pour priver le distributeur du fruit du travail de plusieurs années. Parallèlement, l'économie faite par fournisseur en l'absence d'obligation de paiement de l'indemnité de cessation peut ne pas correspondre au préjudice réellement subi par la faute du distributeur. C'est notamment le cas lorsque le fournisseur parvient rapidement à le remplacer et, par suite, à conserver la clientèle qu'il avait créée, développée ou maintenue.

Cette perte du droit à indemnité pour faute grave peut ainsi parfois relever de la sanction plus que de la réparation. Elle s'analyse alors en une sanction civile bénéficiant au fournisseur.

Or, s'il est logique de réparer le préjudice du fournisseur, il est plus critiquable de lui permettre de tirer profit de la faute du distributeur. Cette idée explique qu'il ait été octroyé au juge une faculté de modérer ou augmenter la peine prévue par une clause pénale si elle est manifestement excessive ou dérisoire<sup>4383</sup> et notamment de la diminuer pour tenir compte de l'intérêt que l'exécution du contrat a procuré au créancier<sup>4384</sup>.

Cependant lorsque la peine est légale et automatique – ce qui est le cas d'une privation d'indemnité – le

---

<sup>4379</sup> L'agent général d'assurance perçoit cependant l'indemnité même en cas de faute grave : *supra* n° 774.

<sup>4380</sup> *Supra* n° 1132.

<sup>4381</sup> En droit positif, ces effets se retrouvent dans le droit du travail mais la faute grave est insuffisante pour engager la responsabilité du salarié à l'égard de son employeur, une faute lourde étant requise (*supra* n° 113 s. et 541).

<sup>4382</sup> C. civ. art. 1382.

<sup>4383</sup> C. civ. art. 1152.

<sup>4384</sup> C. civ. art. 1231.

juge ne peut la modérer pour tenir compte du profit que pourrait en retirer la victime.

**1221. Proposition.** Afin d'éviter que la faute grave du distributeur ne puisse enrichir le fournisseur, il faut rétablir un lien avec son préjudice. Il pourrait ainsi être prévu un maintien du droit à indemnité en cas de faute grave sachant que cette faute engage la responsabilité du distributeur et que les dommages et intérêts attribués en réparation du préjudice causé au fournisseur pourraient intégralement compenser l'indemnité. La faute grave ne serait susceptible de priver le distributeur de son indemnité qu'*a posteriori*, si le préjudice subi par le fournisseur est tel qu'il la compense intégralement.

Un tel système présenterait l'avantage de dissuader le fournisseur de prétexter *a priori* une faute grave dans le seul but de s'exonérer du versement de l'indemnité de cessation de relation, voire de tenter de pousser le distributeur à la faute dans le même but.

Le système présenterait cependant de graves inconvénients pour le fournisseur en rendant possibles des comportements opportunistes des distributeurs. En effet, un distributeur qui souhaiterait prendre l'initiative d'une rupture de la relation de distribution tout en bénéficiant de l'indemnité pourrait être incité à commettre une faute grave<sup>4385</sup>. Une telle hypothèse pourrait se rencontrer à l'égard d'un distributeur qui ne parviendrait pas à trouver un cessionnaire sérieux pour son activité. Il pourrait alors espérer, par la commission d'une faute grave, provoquer une rupture à l'initiative du fournisseur dans le but de percevoir une indemnité qui ne serait pas intégralement compensée par le préjudice causé. Ce système exposerait également le fournisseur au risque d'insolvabilité du distributeur si l'indemnité devait être versée avant que le montant des dommages et intérêts ne soit fixé par le juge.

Afin éviter des inconvénients et donc de concilier les intérêts en jeu, il pourrait être prévu que la rupture à l'initiative du fournisseur pour faute grave du distributeur – qui suppose une motivation circonstanciée circonscrivant le contentieux futur<sup>4386</sup> – diffère le versement de l'indemnité à l'évaluation définitive du préjudice subi par le fournisseur. Cette solution obligerait le distributeur fautif à engager une action en justice et à démontrer que le préjudice du fournisseur est inférieur au montant de l'indemnité de cessation de relation. Elle combinerait la conservation, par principe, de l'effet de la faute grave – la privation d'indemnité ayant un effet dissuasif et permettant, par l'économie d'une dépense, d'assurer la réparation du préjudice du fournisseur – tout en réservant une possibilité de modération pour prendre en compte des situations d'enrichissement illégitime du fournisseur.

Cette solution révèle l'importance d'envisager les modalités de l'indemnité de cessation de relation.

## **2 – L'uniformisation des modalités de l'indemnité de cessation de relation**

**1222. Plan.** Uniformiser les modalités de l'indemnité de cessation de relation suppose d'en déterminer le montant (a) et la date d'exigibilité (b).

---

<sup>4385</sup> De tels comportements s'observent en droit du travail car la faute grave, à la différence de la démission, n'est pas privative de l'allocation de retour à l'emploi. Ainsi, le salarié qui souhaite quitter son emploi et bénéficier de l'allocation de retour à l'emploi et auquel l'employeur refuse une rupture conventionnelle peut avoir intérêt à commettre une faute grave, en cessant, par exemple, d'effectuer sa prestation de travail.

<sup>4386</sup> *Supra* n° 1169 s.

## a - Le montant de l'indemnité de cessation de relation

**1223. Enjeu.** L'enjeu de l'uniformisation des modalités de l'indemnité de cessation de relation est d'éviter, autant que possible, une action en justice et un recours systématique à des expertises. Dans le cas contraire, les inconvénients mis en évidence en cas d'incertitudes sur les conditions d'octroi de l'indemnité<sup>4387</sup> seraient seulement déplacées au stade du calcul de l'indemnité.

L'évaluation de l'indemnité doit ainsi être claire, accessible et prévisible, dans l'intérêt des deux parties. En effet, le fournisseur a intérêt à pouvoir anticiper le coût d'une rupture dans la perspective notamment d'une réorganisation du réseau ou d'un changement de distributeur. Le distributeur a également intérêt à pouvoir anticiper le montant de son indemnisation pour être en mesure d'engager au plus vite sa reconversion en connaissant les moyens financiers dont il pourra disposer.

**1224. Évaluation forfaitaire.** Une évaluation faisant référence à la valeur vénale d'un fonds de commerce ou d'une clientèle ne satisfait pas ces exigences de clarté, accessibilité et prévisibilité car elle requiert souvent une ou plusieurs expertises<sup>4388</sup>. Les modalités de calcul de l'indemnité d'éviction pour non renouvellement du bail commercial sont un bon exemple<sup>4389</sup>. Le législateur a certes compensé ces inconvénients en prévoyant un droit du locataire au maintien dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité<sup>4390</sup>. Mais, à la différence du bail commercial où les rapports conflictuels avec le bailleur n'empêchent pas, en principe, la jouissance du locataire, la collaboration qu'implique l'exécution d'un contrat de distribution est difficilement compatible avec un maintien forcé de la relation sur une longue période.

De même, le calcul de l'indemnité en fonction de la clientèle qui sera effectivement conservée par le fournisseur entraîne de grandes incertitudes. Elle conduit également à différer l'indemnisation. En effet, au moment de la cessation de la relation, il est difficile d'anticiper le taux de report des clients sur des achats des produits ou services auprès d'autres distributeurs ou directement auprès du fournisseur, notamment par Internet. Une telle appréciation nécessiterait des opérations d'expertise complexes<sup>4391</sup>.

Au contraire, le mode d'évaluation retenu pour l'indemnité de licenciement, l'indemnité de précarité et l'indemnité de l'agent commercial est beaucoup plus satisfaisant : il s'agit d'un forfait déterminé par l'application d'un taux en mois ou années à une assiette connue (des revenus passés du distributeur)<sup>4392</sup>.

**1225. Plan.** En adoptant ce principe, il convient déterminer une assiette de calcul (a) et un taux (b) permettant de calculer l'indemnité de cessation de relation.

---

<sup>4387</sup> *Supra* n° 1209.

<sup>4388</sup> Dans un contexte non contentieux, la valeur de cession d'un fonds de commerce est déterminée par négociation entre les parties. Au contraire, dans un contexte de fin de contrat, les parties auront du mal à s'entendre et devront donc recourir à un tiers. Or, la détermination de la valeur marchande objective d'un espoir relève de la gageure. Le plus souvent les experts combinent plusieurs méthodes dont certaines sont loin d'être évidentes pour les non initiés. Des barèmes fiscaux existent par secteurs mais sont purement indicatifs.

<sup>4389</sup> L'article L. 145-14 du Code de commerce précise que l'indemnité « *comprend notamment valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre* » – Cette évaluation est ainsi emprunte de nombreuses incertitudes : les adverbess « *notamment* » et « *éventuellement* » permettent d'ajouter ou retrancher des chefs de préjudice, il est également possible de prouver un « *préjudice moindre* », il est fait référence aux « *usages de la profession* » qui sont rarement uniformes, à des frais « *normaux* » qui supposent de déterminer la normalité et à la valeur marchande d'un fonds de commerce qui suppose de déterminer la valeur d'un espoir (*supra* n° 389).

<sup>4390</sup> C. com. art. L. 145-28 « *aucun locataire pouvant prétendre à une indemnité d'éviction ne peut être obligé de quitter les lieux avant de l'avoir reçue. Jusqu'au paiement de cette indemnité, il a droit au maintien dans les lieux aux conditions et clauses du contrat de bail expiré.* »

<sup>4391</sup> *Supra* n° 1209.

<sup>4392</sup> *Supra* n° 757 (indemnité de précarité), 759 (indemnité de licenciement) et 769 (indemnité de l'agent commercial).

## **a.1 - L'assiette de l'indemnité de cessation de relation**

**1226. Plan.** L'assiette correspond à des informations comptables (a.1.2) considérées sur une période (a.1.1).

### **a.1.1 - La délimitation temporelle de l'assiette**

**1227. Une période passée.** L'indemnité de cessation de relation devait se calculer sur les résultats passés du distributeur afin d'être une source supplémentaire de motivation du distributeur et de ne pas constituer un obstacle important au remplacement d'un distributeur non performant<sup>4393</sup>. Calculer l'indemnité sur des résultats passés permet également une évaluation à partir d'éléments connus, gages de prévisibilité et de sécurité juridique.

**1228. Une période représentative.** L'assiette devra être relativement étendue afin de lisser les accidents qu'a pu connaître l'activité. En effet, il faut éviter que l'assiette de l'indemnité ne corresponde à une période exceptionnelle (morosité ou reprise générale de la consommation, réussite ou échec d'un nouveau produit, etc.). En s'inspirant de la pratique et de la jurisprudence relative aux VRP et à l'agence commerciale, une moyenne de l'activité calculée sur une période de 3 années pourrait être retenue.

**1229. Une période incluant le préavis.** La période de préavis devra être intégrée à l'assiette. En effet, sauf conjoncture particulière, la période passée la plus représentative de la clientèle qui sera perdue par le distributeur est, en principe, la période la plus proche de la cessation de la relation.

Cette inclusion permet également de préserver les intérêts du fournisseur en incitant le distributeur à maintenir sa motivation jusqu'à la fin de la relation. En effet, en l'absence d'intégration de la période de préavis dans l'assiette, le distributeur pourrait être tenté de cesser ou relâcher ses efforts et investissements dans le développement ou le maintien de la clientèle pendant cette durée et le fournisseur risquerait ainsi de récupérer une clientèle inférieure à celle indemnisée.

Cependant, l'assiette devra correspondre à une période supérieure à la durée du préavis. En effet, si la période de préavis est potentiellement la plus représentative de la clientèle qui subsistera à la cessation de la relation, elle reste cependant une période particulière où les parties organisent la fin de leur collaboration, ce qui affecte cette représentativité. Outre le risque de démotivation du distributeur que l'intégration du préavis à l'assiette de l'indemnité tente de juguler, il existe également un risque que le fournisseur ne mette en œuvre une stratégie de minoration de l'indemnité en réduisant ses investissements dans le secteur du distributeur et en relâchant sa collaboration, surtout notamment s'il entend abandonner le point de vente. Prendre en compte une période de calcul plus large que le préavis permet ainsi de limiter l'effet d'une telle stratégie.

**1230. Conclusion.** Finalement, il paraît raisonnable de tenir compte d'une moyenne de l'activité sur une période comprenant la durée de préavis et les trois années antérieures. En cas d'activité d'une durée inférieure, la jurisprudence aura le soin de déterminer la période de référence la plus adaptée<sup>4394</sup>. La période

---

<sup>4393</sup> *Supra* n° 1197.

<sup>4394</sup> Si une cession de l'activité a eu lieu depuis moins de 3 années, il pourrait notamment être tenu compte de la relation antérieure en considérant qu'elle a été poursuivie par le nouveau distributeur, à l'instar de ce qui a été jugé pour la rupture brutale d'une relation commerciale établie : Com. 29/01/2008 : n° 07-12039 ; B. n° 121 ; PA 29/08/2008, 7, P. Arhel ; Concurrences 02/2008, 123, M.-C. Mitchell ; CCC 2008, 78, N. Mathey ; RDC 2008, 860, M. Béhar-Touchais ; JCP E 2009, 1479, D. Mainguy – Com. 02/11/2011 : n° 10-25323 ; CCC 2012, 11, N. Mathey ; D. 2012, 581, D. Ferrier et 795, C. Mouly-Guillemaud – V. également : Com. 20/05/2014 : n° 12-20313 ; CCC 2014, 193, N. Mathey.

de calcul de l'assiette de l'indemnité étant déterminée, il reste à préciser les éléments comptables qui seront pris en compte pour ce calcul.

#### **a.1.2 - La délimitation matérielle de l'assiette**

**1231. Les produits.** Compte tenu de la justification retenue pour l'indemnité de cessation de relation, son montant doit être en rapport avec la clientèle créée, maintenue ou développée par le distributeur pour les produits ou services du fournisseur. Il convient ainsi de prendre comme point de départ le chiffre d'affaires généré par la diffusion de ces produits ou services.

Le chiffre d'affaires généré par d'autres activités et notamment par la diffusion d'autres produits ou services, ne devra pas être considéré. Il convient également de ne pas considérer au titre des produits les rémunérations spéciales et remboursements de frais pouvant être versées par le fournisseur pour des activités accessoires effectués.

**Rémunérations spéciales.** Il n'est pas pertinent que l'assiette de l'indemnité comprenne les éventuelles rémunérations spéciales prévues pour des activités accessoires à la distribution (logistique, stockage, etc.) comme c'est actuellement le cas dans pour l'agence commerciale<sup>4395</sup>. En effet, ces activités ne sont pas génératrices de clientèle, elles correspondent à des activités accessoires à la diffusion des produits et services rémunérées par le fournisseur. En raison de la cessation de la relation, elles ne seront plus accomplies au profit du fournisseur, les intégrés aux produits assiettes de l'indemnité conduirait ainsi à maintenir une rémunération du distributeur pour des prestations qu'il n'accomplit plus.

**Remboursements de frais.** Pour les mêmes raisons, il n'apparaît pas non plus pertinent d'intégrer à l'assiette de l'indemnité les sommes correspondant à des remboursements par le fournisseur de frais engagés par le distributeur comme c'est actuellement le cas dans l'agence commerciale<sup>4396</sup>. En effet, en raison de la cessation de l'activité, ces frais ne seront plus engagés au profit de l'ancien fournisseur. Intégrer ces remboursements conduirait à rembourser des frais non engagés par le distributeur.

**1232. Les charges.** Il est logique de déduire toutes les charges courantes afférentes à l'activité de distribution des produits et services objets de la relation, c'est-à-dire les charges d'exploitation (et non les charges financières et les charges exceptionnelles) car celles-ci sont la contrepartie nécessaire de la clientèle, elles correspondent aux moyens mis en œuvre pour générer les produits d'exploitation.

Logiquement, les charges afférentes aux activités accessoires à la distribution donnant lieu à une rémunération spéciale par le fournisseur ne devront pas être déduites des produits puisque les produits correspondants n'ont pas été intégrés.

Lorsque les charges sont communes à des produits et services objets de la relation et aux autres activités exercées par le distributeur, elles devraient s'imputer à proportion du chiffre d'affaires généré par la distribution des produits et services objets de la relation.

Les charges représentant des redevances versées en contrepartie d'un savoir-faire, d'une assistance ou de l'utilisation d'un signe distinctif doivent notamment être déduites puisqu'elles correspondent, à l'instar du

---

<sup>4395</sup> *Supra* n° 769.

<sup>4396</sup> *Supra* n° 769.

loyer d'un local commercial, à la contrepartie d'un moyen d'exploitation mis en œuvre pour générer les produits d'exploitation. Elles auraient dû continuer à être assumées pour permettre de générer le chiffre d'affaires.

Il n'y a pas non plus lieu de distinguer les charges correspondant à des dépenses et investissements spécifiques à la distribution des produits et services du fournisseur. En effet, même si ces dépenses, en raison de la rupture pourront ne pas encore avoir eu pour contrepartie des produits (par exemple des dépenses de publicités des produits et services peu avant la résiliation du contrat de distribution) et si les investissements continueront de générer des charges (dotation aux amortissements) sans contrepartie de produits jusqu'à leur amortissement complet, faute de pouvoir être utilisés pour générer des produits ou valorisés par cession ou location, cette situation est déjà prise en compte par une indemnité spécifique en cas de rupture de la relation avant rentabilisation des dépenses et investissements spécifiques<sup>4397</sup>.

**Rémunération du gérant.** La rémunération des gérants et les charges sociales afférentes ne doivent pas non plus être intégrées dans les charges à déduire. En effet, le gérant se réserve une rémunération qu'il intègre aux charges et qui amputent ainsi les produits d'exploitation. L'indemnité devant représenter les revenus tirés par le distributeur de la création, du développement ou du maintien de la clientèle par le distributeur, les revenus du gérant ne doivent pas être déduits au titre des charges.

Lorsque l'activité ne consiste pas exclusivement en la distribution des produits et services objets de la relation, cette rémunération et les charges afférentes correspondent partiellement au reste de l'activité. Leur déduction devra donc être proportionnelle à la marge générée par la distribution des produits et services de la relation.

**1233. Conclusion.** L'indemnité devrait ainsi être calculée sur les produits d'exploitation générés par l'activité de distribution des produits et services objets de la relation après imputation des charges corrélatives à l'exception de la rémunération du distributeur et des charges sociales afférentes. Ce calcul correspond au résultat d'exploitation corrigé la prise en compte des rémunérations et charges sociales de la gérance et, le cas échéant, par les rémunérations spécifiques pour des activités accessoires et les remboursements de frais effectués par le fournisseur.

Par conséquent, l'assiette de l'indemnité de cessation de relation pourrait être constituée par le résultat d'exploitation annuel moyen généré par la distribution des produits et services objets de la relation pendant la durée de préavis et les trois années précédentes. Ce résultat d'exploitation serait corrigé. Il serait augmenté des charges afférentes aux activités accessoires à la distribution donnant lieu à une rémunération spéciale versée par le fournisseur et, proportionnellement à la marge commerciale générée par les produits et services objets de la relation, de la rémunération du gérant et des charges sociales afférentes. Il serait diminué des rémunérations spéciales d'activités accessoires à la distribution et des remboursements de frais versés par le fournisseur. Pour calculer l'indemnité, il suffit alors d'appliquer un taux à ce résultat d'exploitation corrigé.

---

<sup>4397</sup> *Supra* n° 1069 s.

## **a.2 - Le taux de l'indemnité de cessation de relation**

**1234. Arbitraire inévitable.** Le taux de l'indemnité comporte nécessairement une part d'arbitraire puisqu'il représente la durée pendant laquelle le distributeur pouvait espérer continuer à percevoir les revenus tirés de l'exploitation de la clientèle créée, maintenue ou développée pour les produits et services du fournisseur.

Pour les VRP et les agents commerciaux, ce taux est généralement fixé à deux années. Il est soutenu qu'il correspondrait au temps nécessaire pour reconstituer une clientèle<sup>4398</sup> mais s'il s'agit là d'un usage qui ne correspond pas nécessairement à la réalité. En effet, cette durée varie selon les secteurs, les régions et de multiples autres facteurs.

Ce taux, bien qu'arbitraire, comme tous les taux utilisés pour le calcul d'un espoir de revenus futurs, présente néanmoins de multiples avantages : il est simple, fixé indépendamment du secteur d'activité et correspond à un usage dans la distribution. Il apporte ainsi prévisibilité et sécurité.

**1235. Conclusion.** L'indemnité pourrait donc être au moins égale à deux années de résultat d'exploitation moyen corrigé généré par la distribution des produits et services objets de la relation calculé sur la durée de préavis et les trois années de relation précédentes.

## **b - La date d'exigibilité de l'indemnité de cessation de relation**

**1236. Pertinence d'un versement à l'expiration du préavis.** L'indemnité ayant pour finalité de compenser l'impossibilité du distributeur continuer à percevoir les revenus tirés de l'exploitation de la clientèle créée, maintenue ou développée pour les produits et services du fournisseur, elle devrait être versée au plus tard au moment de la rupture effective, c'est-à-dire à la fin du délai de préavis.

En effet, pendant le préavis, le distributeur dispose des revenus correspondant à la poursuite de son activité ou compensés par l'indemnité de préavis. C'est donc à l'expiration de la période de préavis que le versement de l'indemnité de cessation de relation est pertinent.

Ensuite, cette date de versement apporterait une prévisibilité au distributeur sur ses capacités financières dès la notification de la cessation de la relation et lui permettrait ainsi d'intégrer cette somme dans un éventuel projet de reconversion.

Enfin, la liaison faite entre le préavis et l'indemnité de cessation de relation obligerait le fournisseur à prendre en compte le versement de cette indemnité dans sa fixation du délai de préavis.

**1237. Difficultés d'un versement à l'expiration du préavis.** Cependant, l'intégration de la période de préavis dans l'assiette de calcul de l'indemnité rend impossible le calcul de son montant avant l'expiration du préavis. Un certain temps sera, en effet, nécessaire pour établir et adopter les comptes de l'exercice permettant de faire apparaître le résultat d'exploitation correspondant aux derniers mois d'activité.

**1238. Solution d'un versement en deux fois.** Afin de résoudre ces difficultés liées au calcul de l'indemnité tout en conservant une date de versement à l'expiration du préavis, il est possible de prévoir un versement en deux fois. Une provision serait versée à l'expiration du préavis et une régularisation

---

<sup>4398</sup> *Supra* n° 769.



interviendrait ultérieurement pour tenir compte de la période de préavis. Il convient cependant de fixer les règles de calcul de cette provision et le délai de régularisation.

**1239. Fixation de la provision.** Les enjeux de la fixation de la provision sont, d'une part, d'assurer que celle-ci corresponde à une part suffisamment importante de l'indemnité pour permettre un financement de la reconversion du distributeur et, d'autre part, qu'elle soit, dans la mesure du possible, inférieure à l'indemnité finale pour éviter que le distributeur n'organise sa reconversion à partir d'une indemnité surévaluée et que le fournisseur ne se retrouve créancier du distributeur en fin de préavis. Une provision surévaluée pourrait à la fois compromettre la reconversion du distributeur et exposer le fournisseur à un risque d'insolvabilité.

En prenant comme hypothèse une croissance de l'activité, la provision pourrait correspondre à deux années de résultat moyen d'exploitation corrigé calculé sur les trois derniers exercices clos. L'indemnité définitive serait ainsi légèrement supérieure du fait de la substitution, dans l'assiette, d'une période d'activité plus importante par hypothèse (la période de préavis), à une période d'activité antérieure (la période antérieure de même durée de que la durée de préavis écartée dans l'assiette de trois exercices par la prise en compte de la période de préavis).

Cependant, l'hypothèse d'une croissance est optimiste et ne correspond pas nécessairement à la réalité. Or, c'est justement en cas de décroissance de l'activité que le risque de surévaluation se réalise.

Il pourrait donc être distingué selon la croissance ou la décroissance de l'activité sur le dernier exercice. En cas de croissance, la provision serait fixée selon le calcul exposé. En revanche, en cas de décroissance, la provision calculée sur les trois derniers exercices serait diminuée du taux de décroissance constaté sur le dernier exercice.

Ce dispositif de provision permettrait ainsi au distributeur de compter sur une somme connue versée en fin de préavis afin d'organiser sa reconversion tout en limitant le risque d'un trop-versé pour le fournisseur.

**1240. Délai de régularisation.** La régularisation de l'indemnité par versement du complément tenant compte de la période de préavis pourrait intervenir dans les trois mois de la communication au fournisseur des comptes du distributeur de l'exercice non clos au moment de l'expiration du préavis.

## CONCLUSION DU PARAGRAPHE 1

**1241. Proposition.** Les réflexions sur l'indemnité de cessation de relation se résument et concrétisent par l'adoption des articles du Code de commerce suivants venant compléter le statut des distributeurs :

### Article L. 134-3

Pour l'application des articles L. 145-1, L. 145-8 et L. 145-16 du Code de commerce, le distributeur est réputé propriétaire de la clientèle exploitée dans les lieux loués.

Pour l'application des articles L. 145-14 et suivants, il est déterminé la part de l'indemnité correspondant au préjudice causé aux fournisseurs par le refus de renouvellement du bail du distributeur. Cette part est directement versée aux fournisseurs par le bailleur au moment du versement de l'indemnité au distributeur.

### Article L. 134-7

La cessation d'une relation de distribution accompagnée d'une obligation de non-concurrence ou de non-réaffiliation post-relationnelle du distributeur ou de son impossibilité de continuer à utiliser les signes distinctifs mis à sa disposition par le fournisseur, oblige ce dernier à lui verser une indemnité compensant le manque à gagner de revenus tirés de l'exploitation de la clientèle créée, maintenue ou développée pour les produits ou services objets de la relation. Le montant et les modalités de versement de cette indemnité de cessation de relation sont fixés par décret.

A compter du terme de l'obligation de non-réaffiliation ou de l'année suivant la cessation effective de la relation, le fournisseur peut demander le remboursement de la part de l'indemnité correspondant aux revenus qui ont été effectivement conservés par le distributeur par la distribution de produits ou services concurrents auprès de la clientèle. L'action est prescrite dans le délai d'une année.

L'indemnité n'est pas due si la cessation de la relation résulte de l'initiative du distributeur à moins qu'elle ne soit justifiée par des circonstances imputables au fournisseur tenant notamment à la modification d'une condition essentielle de la relation comme l'étendue d'une exclusivité ou d'une prospection, le taux ou l'assiette des redevances ou des commissions.

Si la cessation de la relation est justifiée par une faute grave du distributeur, l'indemnité n'est due qu'au moment où le préjudice du fournisseur a été définitivement évalué. Le montant des dommages et intérêts se compense alors avec celui de l'indemnité.

### Article L. 134-8

Les indemnités prévues aux articles L. 134-6<sup>4399</sup> et L. 134-7 ne sont pas dues si le distributeur a pu céder son activité à un tiers.

En cas de cessation de la relation due au décès du distributeur ou justifiée par une incapacité de travail, un nouveau gérant peut être nommé avec l'accord du fournisseur ou, à défaut, désigné par le Président du Tribunal de commerce, avec pour mission d'organiser la cession de l'activité de distribution.

Tout refus du fournisseur à la cession de l'activité de distribution doit intervenir dans un délai de trois mois à compter de la notification du projet de cession et doit être motivé de façon circonstanciée et justifié par des éléments en lien avec l'objet du contrat de distribution tenant aux compétences

---

<sup>4399</sup> L'article concerne l'indemnité de non-rentabilisation des dépenses et investissements spécifiques (*supra* n° 1069 s.).

professionnelles et aux capacités financières du cessionnaire. A défaut de motivation, le distributeur peut prendre acte de la cessation de la relation imputable au fournisseur.

#### **Article R. 134-2**

L'indemnité prévue à l'article L. 134-7 est au moins égale à deux années de résultat d'exploitation corrigé calculé sur la durée de préavis et les trois années de relation précédentes.

Le résultat d'exploitation corrigé correspond au résultat d'exploitation généré par la distribution des produits ou services objets de la relation :

- augmenté des charges afférentes aux activités accessoires à la distribution donnant lieu à une rémunération spéciale versée par le fournisseur ;
- augmenté, proportionnellement à la marge générée, de la rémunération du gérant et des charges sociales afférentes ;
- diminué des rémunérations spéciales d'activités accessoires à la distribution et des remboursements de frais versés par le fournisseur.

Une provision sur l'indemnité est versée au plus tard au moment de la cessation effective de la relation. Cette provision est égale au montant de l'indemnité calculé sur les trois derniers exercices clos au moment de la cessation effective de la relation. Si le résultat a connu une baisse lors du dernier exercice clos, la provision est diminuée du taux de décroissance constaté.

La régularisation du montant de l'indemnité intervient dans les trois mois de la communication au fournisseur des comptes correspondant à l'exercice non clos au moment de l'expiration du préavis.

## **§2 – La résorption des inégalités de limitation des atteintes à la liberté professionnelle du distributeur à l'issue de la relation**

**1242. Inégalité.** Il a été mis en évidence que les conditions de validité des clauses de non-concurrence post-contractuelle et plus largement des clauses limitant la liberté professionnelle des distributeurs à l'issue de la relation avaient progressivement été uniformisées par la jurisprudence à l'exception de l'exigence d'une contrepartie financière qui n'existe que pour les distributeurs soumis au droit du travail<sup>4400</sup>. Pourtant, le fondement de la contrepartie financière réside dans l'atteinte au principe de libre exercice d'une activité professionnelle et ces clauses, par leur objet et leurs effets, portent une atteinte comparable à ce principe que le distributeur soit ou non soumis au droit du travail<sup>4401</sup>.

**1243. Solutions.** La résorption de l'inégalité peut alors prendre plusieurs formes : l'interdiction pure et simple des clauses limitant la liberté professionnelle des distributeurs à l'issue de la relation, l'abandon de la contrepartie financière pour l'ensemble des distributeurs ou, au contraire, sa généralisation.

**1244. Plan.** Il sera défendu une généralisation de l'exigence de contrepartie financière en échange d'une approche plus libérale des clauses limitant la liberté professionnelle du distributeur à l'issue de la relation (A). Les modalités de la contrepartie financière seront également envisagées (B).

---

<sup>4400</sup> *Supra* n° 855 s.

<sup>4401</sup> *Supra* n° 865 s.

## A – La justification de la généralisation de l'exigence de contrepartie financière

1245. **Plan.** La nécessité de substituer des limites objectives aux clauses restreignant la liberté professionnelle du distributeur à l'issue de la relation, remplaçant les actuelles limites fondées sur des standards juridiques (1) justifie la généralisation de l'exigence d'une contrepartie financière (2).

### 1 – La substitution de limites objectives aux limites fondées sur des standards juridiques

1246. **Rapport avec la concurrence déloyale.** Il a été proposé d'interdire purement et simplement les clauses de non-concurrence au motif qu'elles feraient double emploi avec l'action en concurrence déloyale<sup>4402</sup>. Cette solution ignore que le contrat est un acte de prévision<sup>4403</sup> qui intervient donc *a priori* alors que l'action en concurrence déloyale intervient *a posteriori*, en correction d'un préjudice causé.

Le contrat serait inutile si les contours de la concurrence déloyale étaient clairement définis et leur connaissance accessible. Or, ceux-ci sont exclusivement fixés par la jurisprudence au gré des espèces à partir du standard juridique de la faute<sup>4404</sup>. Il est donc légitime que, recherchant une certaine sécurité juridique, les acteurs économiques contractualisent les possibilités de concurrence à l'issue de leur relation. Le même raisonnement s'applique à la clause de non-réaffiliation<sup>4405</sup> et, plus généralement, à l'ensemble des clauses limitant la liberté professionnelle d'un distributeur à l'issue d'une relation de distribution.

1247. **Compatibilité avec les libertés et la politique de concurrence.** Par ailleurs, ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni la liberté contractuelle, ni les finalités du droit de la concurrence ne s'opposent à la validité de telles clauses.

La liberté du commerce et de l'industrie pose le principe de libre exercice d'une activité professionnelle mais elle peut également, comme la plupart des libertés, s'analyser négativement comme la liberté de renoncer à exercer une activité professionnelle.

La liberté contractuelle ne s'oppose à aucune clause limitant la liberté professionnelle d'une partie si elle est librement consentie<sup>4406</sup>. Tout au plus cette liberté peut-elle être limitée dans un but d'intérêt général<sup>4407</sup> et

---

<sup>4402</sup> DE BOÛARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007, n° 584 s. – La proposition de loi présentée par le député Turco prévoyait qu'« est nulle, de nullité d'ordre public, toute convention d'exclusivité de vente ou de louage qui comporte en fin de contrat une clause de non-concurrence au profit du fournisseur » (Proposition de loi n° 979 déposée à l'Assemblée nationale le 29/05/1974, art. 2)- Sur la subsistance de l'action en concurrence déloyale en l'absence de clause de non-concurrence post-contractuelle : LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchise*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 609.

<sup>4403</sup> Sur la question : LECUYER (H.), *Le contrat, acte de prévision*, in Mél. F. Terré, Dalloz, PUF, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 643 s.

<sup>4404</sup> L'action en concurrence déloyale est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil (Com. 12/05/2004 : n° 02-19199 ; B. n° 88). – Sur la question : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 318 s. – RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 712 s.

<sup>4405</sup> Rappr. : DE BOÛARD (F.), *op. cit.*, n° 605 s., justifiant la validité de la clause de non-réaffiliation par « l'hypothèse d'un risque de concurrence déloyale effective ».

<sup>4406</sup> Dans ce sens : HYDE (M.-A.), *Les atteintes aux libertés individuelles par le contrat*, Thèse Paris 1, 2012, p. 63 s., soutenant que la licéité de la faculté de renonciation à l'exercice d'une liberté individuelle est « consubstantielle au principe d'autonomie de la volonté » (p. 102) s. mais insistant sur l'importance d'encadrer le consentement pour qu'il soit le « reflet d'un choix véritable » en « toute connaissance de cause » (p. 104 s.).

<sup>4407</sup> HYDE (M.-A.), *op. cit.*, admettant un contrôle de la justification (p. 241 s.) et de la mesure de l'atteinte à une liberté individuelle (p. 395 s.).

les exigences d'un objet déterminé<sup>4408</sup> et d'une cause peuvent conduire à contrôler l'existence, voire l'étendue, de la contrepartie à la renonciation à une liberté professionnelle.

Le droit de la concurrence légitime des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie et à la liberté contractuelle pour la mise en œuvre d'une politique visant à garantir l'existence d'une concurrence suffisante sur les marchés dans un but d'intérêt général<sup>4409</sup>. Il ne devrait donc invalider les clauses de renonciation à l'exercice d'une activité professionnelle qu'à condition qu'elles soient susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché<sup>4410</sup>. En effet, ce n'est pas parce qu'un distributeur renonce à poursuivre son activité de diffusion de produits et services que la concurrence sera nécessairement affectée. Elle le sera d'autant moins si cette renonciation est temporaire et limitée à une zone géographique particulière. Elle le sera également d'autant moins si l'engagement de non-concurrence vise à pouvoir installer un nouveau distributeur en remplacement de l'ancien sans qu'il soit concurrencé par ce dernier. La concurrence reste alors à un seuil comparable, un acteur étant seulement substitué à un autre<sup>4411</sup>.

**1248. Appréciation des conditions jurisprudentielles.** La jurisprudence prend en compte l'aspect négatif de la liberté du commerce et de l'industrie en autorisant, par principe, les clauses de renonciation à cette liberté. Elle pose cependant deux types de limites.

Les limites tenant à l'étendue géographique, temporelle et à la préservation de la possibilité de continuer à exercer une activité professionnelle<sup>4412</sup> conduisent à ne valider que les renonciations partielles à la liberté du commerce et de l'industrie. Elles protègent ainsi le débiteur de la clause contre un consentement donné à une clause ayant des conséquences trop importantes sur son avenir. La limitation temporelle renvoie ainsi à la prohibition des engagements perpétuels. Ces limites visent à assurer une protection particulière au débiteur. Il s'agit de protéger une personne contre elle-même ou d'introduire une protection ne nécessitant pas la démonstration d'un vice du consentement pour prendre en compte les limites de la théorie de l'autonomie de la volonté.

La limite tenant à l'exigence d'un intérêt légitime du créancier conduit, au contraire, à apprécier la justification de la clause par rapport à son créancier indépendamment des intérêts du débiteur<sup>4413</sup>. Ce contrôle est critiquable car il ignore la nature conventionnelle de la clause. Il s'agit en effet d'apprécier la cause d'une obligation uniquement pour son créancier, indépendamment des autres obligations du contrat. Or, la sanction de l'absence de cause vise, en principe, à apporter une protection individuelle au débiteur<sup>4414</sup>. Elle suppose donc de prendre en compte son intérêt.

Dans un contrôle de l'illicéité de la cause visant à préserver l'intérêt général, une contradiction à l'ordre

---

<sup>4408</sup> *Ibid.*, p. 104 s., rattachant les exigences de délimiter matériellement, géographiquement et temporellement l'atteinte à une liberté individuelle à l'article 1129 du Code civil analysé comme exigeant une détermination de l'objet de l'obligation et, par suite, du consentement du débiteur.

<sup>4409</sup> Sur la question : CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004, n° 279 s. – STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, Préf. R. Bout, BDP, t. 337, LGDJ, 2000, n° 563 s.

<sup>4410</sup> Une telle limitation est notamment envisagée dans le secteur de la distribution alimentaire (). – Sur la question : DISSAUX (N.), *Loi Macron et réseaux de distribution : d'une polémique, l'autre*, D. 2015, p. 496 s.

<sup>4411</sup> La concurrence aurait pu être accrue mais cela n'a pas d'incidence si elle était déjà suffisante sur le marché en cause.

<sup>4412</sup> *Supra* n° 856.

<sup>4413</sup> Rapp. : DISSAUX (N.), *Clause de non-concurrence*, JCl. Com., fasc. 256, 2014, n° 57.

<sup>4414</sup> Dans ce sens : TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 336, « la condition d'existence de la cause est posée dans un souci de protection individuelle ».

public ou aux bonnes mœurs<sup>4415</sup>, l'ignorance de l'intérêt individuel du débiteur pourrait néanmoins se justifier. Cependant, hors d'une perspective de droit de la concurrence, on perçoit mal en quoi une clause de renonciation partielle à une liberté professionnelle pourrait, en l'absence de toute considération de l'intérêt du débiteur, être contraire à l'intérêt général. Dans une perspective concurrentielle, l'appréciation de l'intérêt général à travers l'intérêt particulier du créancier de la clause est critiquable. En effet, l'exigence d'un intérêt légitime procède alors d'un contrôle *per se* de la clause alors que le droit de la concurrence, conçu dans une dimension d'intérêt général, vise à protéger le marché. L'illégitimité de la clause devrait alors être justifiée par un niveau de concurrence insuffisant sur un marché, c'est-à-dire par l'intérêt général et non par l'intérêt particulier du créancier de la clause<sup>4416</sup>.

La condition de légitimité des intérêts du créancier comme condition de validité des renonciations à une liberté professionnelle devrait ainsi être abandonnée.

**1249. Sécurité juridique et limites légales.** Cet abandon se justifie d'autant plus que l'intérêt légitime est un standard juridique. Il crée une insécurité importante sur la validité de la clause alors que la stipulation de celle-ci procède justement d'une volonté de prévoir et sécuriser une situation future. Combinée à une norme de proportionnalité, qui constitue elle-même un standard juridique – devant s'appliquer à la fois aux limites temporelles, géographiques et à l'intérêt pécuniaire du débiteur – la norme de l'intérêt légitime rend très difficile toute prévision de validité<sup>4417</sup>. Or, il apparaît paradoxal de rendre imprévisible la validité d'une clause de prévision !

Une telle protection se retourne ainsi contre son bénéficiaire. En effet, le débiteur de l'obligation de non-concurrence se trouvant dans l'incertitude de l'étendue de sa liberté professionnelle<sup>4418</sup>, une clause invalide pourra potentiellement avoir un effet sur lui. En effet, en engageant une action en justice, le débiteur ne pourra espérer une réponse définitive sur la validité avant 2 à 6 ans, soit généralement une durée

---

<sup>4415</sup> C. civ. art. 1133, « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. » – Sur le contrôle de licéité de la cause : TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 359 s.

<sup>4416</sup> Ce qui n'exclut pas que, dans l'objectif d'apporter une certaine sécurité juridique aux opérateurs économiques, des indications de validité générales soient données. C'est déjà ce que fait la Commission européenne avec les règlements d'exemption qui ne font que présumer la validité de la clause au regard du droit de la concurrence (*supra* n° 856).

<sup>4417</sup> Une partie de la doctrine avait ainsi prédit que la clause de non-concurrence serait jugée disproportionnée pour assurer la protection du fournisseur dans la concession ou la franchise en considérant que seules les clauses de non-réaffiliation seraient admises. Ils soutenaient en effet que le distributeur, privé de la marque et de la force du réseau, ne pourrait réellement concurrencer son ancien fournisseur qu'à condition de pouvoir utiliser une marque de notoriété comparable et compter sur la force d'un autre réseau (DE BOÛARD (F.), *op. cit.*, n° 590 s., spéc. n° 605 s., soutenant à propos de la clause de non-concurrence que « lorsqu'il sera admis qu'une telle clause, imposée à l'entrepreneur intégré, est inutile à assurer la protection de l'intégrateur, son caractère disproportionné éclatera au grand jour » – LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002, p. 613). Des clauses de non-concurrence incluses dans des contrats de franchise ont pourtant passé plusieurs fois le test de légitimité en jurisprudence (v. par ex. : Com. 23/09/2014 : n° 13-20454 – Com. 18/11/2008 : n° 07-18599) et le règlement UE n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010 les exemptait d'interdiction (art. 5, §1, b, *supra* n° 856). Inversement une clause de non-réaffiliation incluse dans un contrat de franchise a été invalidée (Com. 18/12/2012 : n° 11-27068, jugeant « que l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerce de manière quasi systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés et avec des enseignes de renommée nationale ou régionale ; qu'il constate que la supérette des franchisés était exploitée dans un petit chef-lieu de canton ; que de ces constatations et appréciations souveraines des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a pu déduire [...] que la clause, qui emportait interdiction de s'affilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale et de vendre des produits dont les marques sont liées à ces enseignes, pendant un an et dans un rayon de cinq kilomètres, mettait les ex-franchisés, privés dans leur secteur d'activité du support d'un réseau structuré d'approvisionnement, dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce, n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur et devait être annulée »). La solution de cet arrêt est critiquable car elle se fonde sur les intérêts légitimes du franchiseur alors qu'aucune appréciation de ces intérêts n'est opérée (et notamment aucune référence au savoir-faire). Le caractère disproportionné est uniquement déduit de l'intérêt du franchisé à conserver son fonds de commerce. En l'espèce, compte-tenu de cet intérêt, il semble que la clause n'aurait jamais pu être proportionnée, quelle que soit sa durée et son étendue géographique. Cette solution pourrait invalider la plupart des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation des contrats de franchise puisqu'elles portent généralement atteinte au fonds de commerce du franchisé (*supra* n° 838 s.).

<sup>4418</sup> La Cour de cassation juge d'ailleurs à propos de la renonciation à la clause par l'employeur que le salarié ne « peut être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler » (*supra* n° 873).

supérieure à celle de la clause<sup>4419</sup> et, en méconnaissant la clause, il prend un risque si sa validité est reconnue. Il n'y a alors plus de différence entre la concurrence anti-contractuelle et la concurrence déloyale : il y a autant d'incertitude à interdire un acte de concurrence sur le fondement d'une clause devant être proportionnée à un intérêt légitime qu'à l'interdire sur le fondement d'une faute titrée d'une déloyauté dans la concurrence. Dans les deux cas, il s'agit d'une sanction fondée sur un standard juridique.

Plutôt que de se référer à des normes au contenu imprévisible – l'intérêt légitime et la proportionnalité – pour apprécier la validité d'une clause de prévision, il serait pertinent que la loi, dans un objectif de sécurité juridique, fixe des limites claires aux clauses restreignant la liberté professionnelle d'un acteur économique<sup>4420</sup>. Pour les distributeurs, le règlement européen 330/2010<sup>4421</sup> et la directive sur les agents commerciaux<sup>4422</sup> transposée dans le Code de commerce<sup>4423</sup>, tendent à assurer cette sécurité. Les règles qu'ils prévoient mériteraient ainsi d'être généralisées. Toute restriction de la liberté d'exercer une activité professionnelle du distributeur à l'issue de la relation de distributeur devrait ainsi être limitée à une durée d'une année, à la diffusion de la catégorie des produits ou services objets de la relation ou à l'affiliation à un réseau les diffusant, à la zone géographique où le distributeur a procédé à cette diffusion et, le cas échéant, au groupe de personnes auprès duquel était limitée son activité.

**1250. Nécessité d'une prise en compte de l'intérêt du distributeur.** Par ailleurs, indépendamment des invalidations pouvant résulter du droit de la concurrence, la validité d'une renonciation à une liberté professionnelle suppose nécessairement de prendre en compte l'intérêt du renonçant puisque c'est sa liberté qui est limitée. Dans cette perspective, il est pertinent de remplacer le contrôle de l'intérêt légitime du créancier et le contrôle de proportionnalité par la prise en compte de l'intérêt du débiteur à travers une exigence de contrepartie financière.

## **2 – L'extension de la contrepartie financière comme limite objective**

**1251. Admissibilité de l'exigence d'une contrepartie financière.** Si le fait de monnayer une atteinte à une liberté peut être critiqué en général<sup>4424</sup>, ce monnayage apparaît acceptable à l'égard de la liberté en cause puisqu'elle concerne une activité professionnelle<sup>4425</sup>.

---

<sup>4419</sup> Pour une décision d'invalidation définitive rendue plus de 10 années après l'entrée en vigueur d'une clause de non-réaffiliation prévue pour une durée d'une année : Com. 18/12/2012 : n° 11-27068 ; JCP E 2013, 1037, N. Dissaux.

<sup>4420</sup> Dans ce sens : LICARI (F.-X.), *op. cit.*, p. 617.

<sup>4421</sup> Règl.UE n° 330/2010 de la Commission du 20/04/2010, art. 5, §3, « l'exemption [...] s'applique à toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter de vendre ou de revendre des biens ou des services, lorsque les conditions suivantes sont remplies : a) l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels ; b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ; c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur ; d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord. »

<sup>4422</sup> Directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18/12/1986, art. 20, §2, « Une clause de non-concurrence n'est valable que si et dans la mesure où : a) elle a été établie par écrit et b) elle vise le secteur géographique ou le groupe de personnes et le secteur géographique confiés à l'agent commercial ainsi que le type de marchandises dont il avait la représentation aux termes du contrat. », §3 « La clause de non-concurrence n'est valable que pour une période de deux ans après la cession du contrat ».

<sup>4423</sup> C. com. art. L. 134-13, « Le contrat peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat. [al. 2] Cette clause doit être établie par écrit et concerner le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confiés à l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation aux termes du contrat. [al. 3] La clause de non-concurrence n'est valable que pour une période maximale de deux ans après la cessation d'un contrat. »

<sup>4424</sup> Sur la critique de cette marchandisation : *supra* note n° 3341.

<sup>4425</sup> *Contra* : VATINET (R.), *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglia*, DS 2002, p. 949 s., p. 952, « l'atteinte à une liberté ou à un droit fondamental ne saurait se monnayer. Ces droits essentiels ne sont pas dans le commerce. Une pareille atteinte ne peut se justifier que la par la stricte nécessité de respecter un autre droit fondamental de valeur égale ».

En effet, l'activité professionnelle a pour objet des revenus. La renonciation partielle au libre exercice d'une activité professionnelle s'analyse donc en une renonciation à certaines sources de revenus. Exiger une contrepartie pécuniaire à la renonciation à une telle liberté revient donc à exiger de l'argent en contrepartie d'une renonciation à une source d'argent, ce qui n'apparaît pas choquant et n'est, en tout cas, pas comparable à un monnayage de libertés non économiques telles que la liberté d'expression, la liberté religieuse ou encore la libre disposition de son corps<sup>4426</sup>.

Ainsi, il n'a jamais été interdit à celui qui cède une entreprise de s'obliger à ne pas concurrencer le cessionnaire. Au contraire, cette obligation est analysée comme découlant de la garantie d'éviction du fait personnel<sup>4427</sup> et constitue une contrepartie du prix de cession. La cession d'une entreprise comporte donc intrinsèquement un monnayage d'une renonciation au libre exercice d'une activité professionnelle.

**1252. Pertinence de l'exigence d'une contrepartie financière.** L'exigence d'une contrepartie financière aux obligations limitant la liberté professionnelle d'une partie apparaît d'abord comme un moyen de prévention des atteintes arbitraires au principe de libre exercice d'une activité professionnelle. Rendre onéreuse l'obligation pour le créancier, permet indirectement de garantir qu'elle lui est nécessaire puisqu'il accepte d'en payer le prix<sup>4428</sup>. L'exigence d'onérosité peut ainsi se substituer à l'exigence incertaine d'un intérêt légitime. La gratuité de l'obligation de non-concurrence incite, au contraire, aux comportements opportunistes. En effet, si l'obligation de non-concurrence n'entraîne aucun coût pour son créancier, il a intérêt à la prévoir à chaque fois qu'il en a l'occasion. Le risque de dommages et intérêts en cas d'invalidation de la clause<sup>4429</sup> est, à cet égard, peu dissuasif car la condamnation suppose une action en justice du débiteur qui sera potentiellement découragée par son issue incertaine et tardive.

La contrepartie financière permet également de corriger un éventuel déséquilibre de force dans une négociation initiale<sup>4430</sup> et de limiter, en cours de relation, l'effet de dépendance généré par une clause limitant l'activité professionnelle d'une partie à son issue<sup>4431</sup>. En compensant l'effet de la clause, la contrepartie financière limite la crainte d'une rupture et redonne donc un pouvoir de négociation au distributeur<sup>4432</sup>.

L'exigence de contrepartie financière permet enfin d'assurer une certaine justice commutative en imposant que la renonciation à une source de revenus ait une contrepartie pécuniaire. Elle garantit un substitut de revenus au distributeur qui a consenti à limiter sa liberté d'exercer une activité professionnelle dans l'intérêt du fournisseur et facilite donc sa transition professionnelle.

---

<sup>4426</sup> Dans ce sens : HYDE (M.-A.), *op. cit.*, distinguant parmi les libertés personnelles celles qui peuvent être qualifiées d'économiques car leur « *exercice peut se traduire en valeur* » et qui, « *susceptibles d'une évaluation monétaire [...] pénètrent alors le circuit des commutations volontaires à titre onéreux* » (p. 34 s.) et justifiant ainsi la contrepartie financière « *en présence d'une atteinte à une liberté ayant pour but l'exercice d'une activité professionnelle dont le détenteur retire ses moyens de subsistance [...] [car] l'effet négatif produit sera adéquatement compensé par une dédommagement économique propre à compenser la perte économique qu'il subit du fait de la restriction portée à l'exercice de libertés personnelles économiques par nature.* » (p. 434 s., spéc, p. 443).

<sup>4427</sup> Sur les obligations de non-concurrence légales : MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 204 s.

<sup>4428</sup> Les affaires ayant conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à introduire l'exigence d'un caractère indispensable de la clause aux intérêts légitimes du créancier concernaient un laveur de vitres (Soc. 14/05/1992 : n° 89-45300 ; B. n° 309) et un chauffeur de taxi (Com. 04/01/1994 : n° 92-14121 ; B. n° 4). Il est peu probable que de telles clauses aient été stipulées si elles avaient dû être indemnisées.

<sup>4429</sup> *Supra* n°877.

<sup>4430</sup> Dans ce sens : HYDE (M.-A.), *op. cit.*, p. 439, « *si l'on présume la rationalité des cocontractants, il apparaît contraire à cette rationalité d'accepter des restrictions de libertés individuelles sans autre but que de satisfaire un intérêt égoïste du créancier, quand bien même cet intérêt serait pleinement légitime. La présence de clauses restrictives de libertés individuelle stipulées sans contrepartie apparaît donc suspecte. Elle est révélatrice d'une relation déséquilibrée entre les parties.* »

<sup>4431</sup> Dans ce sens : *ibid.*, p. 439.

<sup>4432</sup> *Supra* n°1073 s.



**1253. Conclusion.** Finalement, la loi devrait substituer aux exigences incertaines d'un intérêt légitime du créancier et de proportionnalité, une exigence de contrepartie financière à toute obligation ayant pour objet ou effet de limiter la liberté d'exercice d'une activité professionnelle du distributeur à l'issue de la relation : clauses de non-concurrence, de non-réaffiliation, de clientèle, de non-rétablissement, etc.<sup>4433</sup>

Cependant, affirmer le principe d'une contrepartie financière obligatoire n'est pas suffisant pour protéger le distributeur et garantir la sécurité juridique si les modalités de cette contrepartie ne sont pas précisées.

## **B – Les modalités de la contrepartie financière**

**1254. Constatations et plan.** L'exigence d'une contrepartie financière pourrait être aisément contournée par la stipulation d'une somme symbolique, son montant devra donc être précisé ainsi que les sanctions de sa méconnaissance (1). Par ailleurs, en raison de l'exigence de contrepartie financière, le fournisseur peut souhaiter renoncer à la clause limitant la liberté professionnelle du distributeur ou différer le versement de la contrepartie ; il conviendra donc d'envisager ces hypothèses (2).

### **1 – Le montant et la sanction de la contrepartie financière**

**1255. Plan.** Le montant (a) et la sanction (b) de la contrepartie financière seront successivement envisagés.

#### **a - Le montant de la contrepartie financière**

**1256. Nécessité d'un montant minimal objectif.** Afin d'éviter tout contournement de l'exigence d'une contrepartie financière par la stipulation d'un montant symbolique, la jurisprudence sociale exige que la contrepartie à la clause de non-concurrence post-contractuelle ne soit pas dérisoire<sup>4434</sup>. Cette précision apparaît cependant comme une source d'insécurité juridique. En effet, le caractère dérisoire étant un standard juridique, le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'apprécier la légalité de la contrepartie proposée et la validité de la clause. Il est donc nécessaire de fixer un montant objectif dont le caractère minimal laisse néanmoins une place à la négociation entre les parties<sup>4435</sup>.

**1257. Fixation d'un montant minimal déterminé.** La contrepartie financière ayant pour fondement l'atteinte à la liberté d'exercice d'une activité professionnelle, elle doit correspondre au préjudice causé par cette atteinte. Celle-ci restreint les possibilités du distributeur d'exercer une activité génératrice de revenus et correspond donc à un risque de perte de revenus<sup>4436</sup>. Cependant, par définition, la probabilité de réalisation de ce risque ne peut être appréciée et, *a fortiori*, la perte associée ne peut être calculée au moment où

---

<sup>4433</sup> La clause de confidentialité ne serait pas visée car elle met en jeu « la liberté de communication découlant de la liberté d'expression » et non la liberté d'exercice d'une activité professionnelle (dans ce sens : HYDE (M.-A.), *op. cit.*, p. 120). – C'est la solution retenue par la Cour de cassation : Soc. 15/10/2014 : n° 13-11524 ; à paraître au Bulletin, un salarié soutenait que « l'obligation de discrétion qui lui avait été imposée dans son contrat de travail l'empêchait en réalité, à l'instar d'une clause de non concurrence, de retrouver un emploi dès lors d'une part, qu'il avait toujours travaillé dans le même domaine d'activité sur lequel il y a très peu d'intervenants et d'autre part, que cette atteinte était d'autant plus importante que ladite obligation n'était limitée ni dans le temps, ni dans l'espace », la Cour de cassation a jugé qu'« ayant constaté que la clause litigieuse ne portait pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle, mais se bornait à imposer la confidentialité des informations détenues par lui et concernant la société, la cour d'appel [...] en a exactement déduit que cette clause n'ouvrait pas droit à contrepartie financière ».

<sup>4434</sup> *Supra* n° 860.

<sup>4435</sup> Dans ce sens : RADÉ (C), *Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence*, DS 2012, p. 784 s., n° 5 s., constatant les incertitudes jurisprudentielles et regrettant l'absence d'intervention du législateur pour fixer un minimum.

<sup>4436</sup> *Supra* n° 877 s.

l'indemnité est fixée car les revenus futurs procurés par une éventuelle activité post-contractuelle sont, en principe, inconnus et imprévisibles au moment de la conclusion de l'obligation. Par ailleurs, cette perte de revenus peut aussi être partiellement imputable au débiteur qui aura choisi de ne plus exercer d'activité professionnelle ou d'exercer une activité moins rémunératrice.

Plutôt que de fixer une contrepartie *a priori*, il peut être envisagé de prévoir de calculer ou réviser la contrepartie financière, *a posteriori*. Il s'agirait d'obliger l'ancien distributeur, à l'expiration des effets de la clause, à justifier des revenus perçus et d'apprécier sa part de responsabilité dans une éventuelle perte de revenus pour réviser la contrepartie versée et compenser le préjudice réellement subi. Une telle appréciation est cependant très difficile car elle suppose d'évaluer les revenus qui auraient été perçus en poursuivant la précédente activité et de quantifier la part de la différence négative imputable au distributeur. Elle serait ainsi très insécurisante et une source inépuisable de contentieux.

Par conséquent, pour permettre une fixation de la contrepartie financière avant que la clause ne s'applique et d'éviter des modalités de calculs complexes fondées sur des hypothèses source d'insécurité juridique, il est plus pertinent de fixer une somme forfaitaire en appliquant un coefficient à une base connue constituée par les revenus passés du distributeur.

En s'inspirant de ce qui est souvent prévu par les conventions collectives et validé par la jurisprudence sociale, ce coefficient pourrait être d'un tiers<sup>4437</sup> et l'assiette le revenu moyen mensuel du distributeur généré par la relation sur la dernière année d'exercice de l'activité. Cela conduit à estimer qu'il est probable que le distributeur subisse une perte de revenu d'un tiers sur la période de restriction de sa liberté professionnelle.

Pour les distributeurs non salariés, l'indemnité correspondrait donc à un tiers du revenu moyen perçu par le débiteur de l'obligation de non-concurrence (en principe le gérant) grâce à la diffusion des produits ou services objets de la relation, au cours du dernier exercice clos, pour une durée égale à celle de l'obligation restreignant sa liberté professionnelle.

#### **1258. Cumul avec d'autres indemnités.**

**Cumul avec les indemnités de préavis et de rupture abusive.** La contrepartie financière doit se cumuler avec l'indemnité de préavis et les dommages et intérêts dus en cas de rupture abusive puisque les préjudices réparés sont différents. L'indemnité de préavis compense le préjudice causé par l'irrespect du préavis de rupture. Les dommages et intérêts pour rupture abusive compensent les autres fautes commises à l'occasion de la rupture. La contrepartie financière compense spécifiquement le risque de perte de revenus généré par la restriction de la liberté professionnelle du distributeur.

**Cumul avec l'indemnité de cessation de relation.** La contrepartie doit également se cumuler avec l'indemnité de cessation de relation. Pour les distributeurs salariés, ce cumul est déjà admis<sup>4438</sup>. En effet, l'indemnité de licenciement ou précarité compense un risque de perte de revenus créé par la rupture de la relation quelles qu'en soient les conditions alors que la contrepartie financière compense une restriction de liberté professionnelle et donc un accroissement de ce risque de perte de revenus.

Considérons, par exemple, un commercial qui parcourt la région Nord-Pas-de-Calais pour vendre des produits de bijouterie pour un fournisseur. S'il est licencié, il subit, comme tout salarié, un manque à gagner

---

<sup>4437</sup> *Supra* n° 860.

<sup>4438</sup> *Supra* n° 758 (cumul avec l'indemnité de licenciement) et 762 (cumul avec l'indemnité de clientèle du VRP).

de rémunération qui pourra être partiellement compensé par l'indemnité de licenciement et, le cas échéant, par les allocations de retour à l'emploi. Mais, en présence d'une clause de non-concurrence ou de clientèle, il se trouve, en plus, dans l'impossibilité de valoriser son expérience et son carnet d'adresses auprès d'autres employeurs de la région dans le domaine de la bijouterie. La clause accroît ainsi le risque de manque à gagner de rémunération : l'ancien salarié mettra potentiellement plus de temps à retrouver une activité aussi rémunératrice (temps d'acquisition d'une nouvelle expérience dans un autre domaine ou dans une autre région, temps de constitution d'un nouveau carnet d'adresses, etc.).

Le cumul de la contrepartie financière et de l'indemnité de cessation de relation pourrait également être admis pour les non salariés car la clause restreignant la liberté professionnelle du distributeur peut avoir un double effet : d'une part, elle oblige à une reconversion et fait donc courir au distributeur un risque de manque à gagner de revenus, ce que compense la contrepartie financière et, d'autre part, elle peut être à l'origine d'une impossibilité de patrimonialiser les investissements en capital et travail dans la création, le maintien ou le développement d'une clientèle, ce que compense l'indemnité de cessation de relation<sup>4439</sup>. L'indemnité de cessation de relation compense ainsi la perte du patrimoine créé par une activité passée du distributeur et qui représentait un espoir de revenus futurs alors que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence compense l'impossibilité future temporaire du distributeur de s'investir dans une activité de distribution d'une catégorie de produits ou services qu'il maîtrise sur zone géographique qu'il connaît, l'obligeant ainsi à se reconvertir et donc à courir un risque professionnel.

Il convient cependant de déterminer la sanction d'une absence ou insuffisance de contrepartie financière.

## **b - La sanction de l'absence ou de l'insuffisance de la contrepartie financière**

**1259. Droit positif.** Classiquement, la méconnaissance d'une condition de validité d'une clause restreignant la liberté professionnelle d'une partie à l'issue de la relation était sanctionnée par la nullité. La jurisprudence sociale a cependant admis en 2002 que « *le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* »<sup>4440</sup>. Néanmoins, ce pouvoir de réfaction ne paraît pas s'appliquer à la contrepartie financière, la Cour de cassation ayant jugé en 2012 qu'« *une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence équivaut à une absence de contrepartie rendant la clause nulle* » et que « *le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée* »<sup>4441</sup>. Une partie de la doctrine défend cependant une extension du pouvoir de réfaction judiciaire à la contrepartie financière

---

<sup>4439</sup> *Supra* n° 1204 s.

<sup>4440</sup> Soc. 18/09/2002 : n° 00-42904 ; B. n° 272 ; D. 2002, 3229, Y. Serra ; DS 2002, 1007, R. Vatinet ; JCP E 2003, 509, P. Morvan ; RDC 2003, 150, C. Radé – Sur la question : FAVENNEC-HÉRY (F.), *Tempête sur la clause de non-concurrence*, SSL 2002, 1094, p. 6 s. – RADÉ (C), *La révision judiciaire des clauses excessives*, RDC 2003, p. 150 s.

<sup>4441</sup> Soc. 16/05/2012 : n° 11-10760 ; B. n° 153 ; D. 2012, 2760, Y. Serra ; D. 2013, 1026, P. Lokiec – V. également : RADÉ (C), *Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence*, DS 2012, p. 784 s.

qui permettrait ainsi au juge, plutôt que d'annuler la clause, d'introduire une contrepartie lorsqu'elle n'a pas été stipulée ou d'augmenter le quantum d'une contrepartie insuffisante<sup>4442</sup>.

**1260. Rejet de la réfaction.** La réfaction ne paraît cependant pas souhaitable pour sanctionner une absence ou insuffisance de contrepartie financière. En effet, dans ces hypothèses, il est impossible de déterminer le montant de la contrepartie financière qui aurait pu être négociée par le débiteur. La réfaction pourrait ainsi conduire les juges à fixer son montant, soit au minimum légal, soit à un montant supérieur souverainement apprécié. Or, aucune de ces deux solutions n'est souhaitable.

La fixation de la contrepartie au minimum légal revient à ne faire courir qu'un risque limité, voire inexistant, au créancier de l'obligation restrictive de liberté professionnelle ayant stipulé une contrepartie illégale. En effet, le créancier, s'il bénéficie d'une position de force dans la négociation contractuelle pourrait systématiquement prévoir des clauses sans contrepartie ou avec des contreparties inférieures au minimum légal. Cette violation de la loi l'exposerait seulement à un risque de devoir la respecter si le débiteur de l'obligation engage une action en justice<sup>4443</sup>. Pourquoi ne prendrait-il pas ce risque ? Au pire, il versera la contrepartie minimale dès l'engagement d'une action pour y mettre fin, limitant ainsi les intérêts et frais judiciaires. Au mieux, il peut espérer réaliser une économie si certains débiteurs ne prennent pas la peine d'engager une action en justice<sup>4444</sup>.

La situation est modifiée s'il est octroyé au juge un pouvoir souverain de fixation de la contrepartie au-dessus du minimum légal. En effet, la possibilité d'un montant supérieur au minimum légal et l'incertitude accompagnant la fixation judiciaire créent un risque supplémentaire plus dissuasif pour celui qui entendrait stipuler une clause restrictive de liberté professionnelle avec une contrepartie financière inexistante ou insuffisante. Elle suppose cependant une action en justice du débiteur de l'obligation.

Par ailleurs, si le juge se voit accorder un pouvoir d'appréciation de la justesse de la contrepartie en cas de contrepartie inférieure au minimum légal, il devrait logiquement lui être reconnu le même pouvoir à l'égard de toutes les contreparties car il serait étonnant d'admettre que la justesse de la contrepartie se limite aux clauses illégales. Or, l'introduction d'une possibilité générale d'appréciation de la justesse de la contrepartie créerait un appel d'air au contentieux : tout débiteur d'une obligation restrictive de liberté professionnelle pourrait remettre en cause la contrepartie convenue en alléguant son caractère injuste. La justesse étant un standard juridique, la question donnerait certainement lieu à une très grande casuistique jurisprudentielle.

**1261. Pertinence de la nullité.** Au contraire, la nullité permet la même dissuasion tout en plaçant le débiteur de l'obligation restrictive de liberté professionnelle en position de force. En effet, si la contrepartie financière est inférieure au minimum légal, il n'est pas tenu par l'obligation. Il peut donc librement accomplir des actes de concurrence<sup>4445</sup>, sous réserve de ne pas commettre d'acte de concurrence déloyale<sup>4446</sup>.

---

<sup>4442</sup> Dans ce sens : HYDE (M.-A.), *op. cit.*, p. 506 s.

<sup>4443</sup> Ces comportements s'observent pour les clauses réputées non-écrites. En effet, ces clauses continuent à être stipulées dans les contrats puisque le seul risque du stipulant est la perte du bénéfice d'une clause illégale en cas d'action alors qu'il peut espérer que, par méconnaissance de la loi, elle sera exécutée.

<sup>4444</sup> Cette action peut également être dissuadée par la menace qu'elle sera l'occasion de demandes reconventionnelles sur d'autres aspects de la relation passée.

<sup>4445</sup> Il n'a besoin d'engager aucune action en justice mais peut également faire constater son inopposabilité par le juge des référés (Soc. 25/05/2005 : n° 04-45794 ; B. n° 180 ; D. 2005, 2454, E. Chevrier).

<sup>4446</sup> Il pourrait même demander des dommages et intérêts, la Cour de cassation jugeant que « la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié » (*Supra*). Cependant, cette solution ne devrait être abandonnée car à partir du

Les mêmes raisons doivent conduire à abandonner tout pouvoir de réfaction du juge pour les limites matérielles, géographiques et temporelles.

## ***2 – La date d'exigibilité de la contrepartie financière et son effet sur la faculté de renonciation unilatérale à l'atteinte***

**1262. Plan.** La date d'exigibilité de la contrepartie financière (a) et son effet sur la faculté du fournisseur de renoncer unilatéralement à l'atteinte à la liberté professionnelle du distributeur (b) seront successivement envisagées.

### **a - La date d'exigibilité de la contrepartie financière**

**1263. Date d'exigibilité.** Devant compenser le préjudice subi du fait d'une atteinte à la liberté professionnelle, il est logique que la contrepartie soit exigible au moment où cette atteinte est ressentie, c'est-à-dire au jour d'exigibilité de l'obligation restreignant la liberté professionnelle du débiteur.

**1264. Modalités de versement.** Un versement unique paraît préférable à un paiement échelonné puisqu'il permet au débiteur de compter immédiatement sur une somme pouvant être investie dans sa nouvelle activité professionnelle.

Cependant, il serait pertinent de laisser aux parties la liberté de prévoir un paiement échelonné une fois la rupture notifiée, le distributeur ayant alors un pouvoir de négociation plus important.

Par ailleurs, en raison du poids financier que représente une obligation restreignant la liberté professionnelle du distributeur à l'issue de la relation, le fournisseur peut souhaiter y renoncer.

### **b - L'effet de la contrepartie financière sur la faculté de renonciation du fournisseur à la restriction de la liberté professionnelle du distributeur**

**1265. Appréciation du droit positif.** Depuis que la clause de non-concurrence post-contractuelle liant un salarié doit s'accompagner d'une contrepartie financière, la Cour de cassation juge que la renonciation par l'employeur suppose l'accord du salarié<sup>4447</sup>.

En faveur de cette solution, il peut être soutenu que l'exigence d'une contrepartie financière a fait de la clause restrictive de liberté professionnelle un rapport commutatif en elle-même et qu'une partie ne devrait donc pas pouvoir, unilatéralement et de manière purement potestative, remettre en cause l'échange convenu. La faculté de renonciation unilatérale fausserait ainsi les prévisions de la partie devant subir l'atteinte.

A l'encontre de cette solution, il peut néanmoins être relevé que si celui dans l'intérêt duquel l'atteinte à la liberté professionnelle a été stipulée entend y renoncer, il est critiquable de permettre un maintien forcé dans un but purement pécuniaire. Une telle règle pourrait donner lieu à des comportements opportunistes. Par exemple, un distributeur entendant changer d'activité en distribuant des produits ou services d'une autre catégorie ou changer de zone géographique pourrait rompre la relation et s'opposer à la renonciation à la

---

moment où la validité de l'obligation restrictive de liberté professionnelle peut facilement être appréciée en raison des limites posée par la loi, le débiteur de l'obligation ne devrait pouvoir se prévaloir de son ignorance de la loi pour démontrer l'existence d'un préjudice réparable.

<sup>4447</sup> *Supra* n° 874.

clause de non-concurrence stipulée afin d'en tirer profit pour financer sa nouvelle activité alors même qu'il ne subit, de fait, aucun préjudice lié à l'atteinte portée sa liberté professionnelle.

**1266. Proposition.** Afin de concilier les intérêts en présence, il serait pertinent de distinguer selon l'initiative et l'imputabilité de la cessation de la relation.

En cas de cessation de la relation à l'initiative du distributeur non imputable au fournisseur, ce dernier pourrait renoncer unilatéralement à l'obligation portant atteinte à la liberté du distributeur jusqu'à l'expiration du délai de préavis. En effet, si le distributeur a volontairement mis fin à la relation malgré l'existence de la clause limitant son activité professionnelle, c'est qu'il entend exercer une activité non entravée par cette obligation, l'atteinte à sa liberté ne lui cause donc aucun préjudice. Dès lors, la contrepartie n'est plus justifiée à son égard et il appartient au fournisseur de savoir s'il entend toujours payer le prix de cette obligation pour éviter tout risque de concurrence.

En cas de rupture de relation à l'initiative du fournisseur, la renonciation unilatérale à l'obligation ne serait possible qu'au moment de la notification de la rupture – en principe, au début du préavis – afin que le distributeur connaisse, au moment même où il doit envisager sa reconversion, l'étendue de sa liberté professionnelle. Toute renonciation postérieure à la notification de la rupture nécessiterait son accord.

Enfin, en cas de prise d'acte de la rupture par le distributeur – qui s'analyse en une rupture imputable au fournisseur – les prévisions du distributeur ne doivent pas être faussées. La renonciation à l'obligation ne serait donc possible qu'avec son accord.

**1267. Conclusion.** Finalement, la renonciation unilatérale à l'obligation portant atteinte à la liberté professionnelle du distributeur à l'issue de la relation ne devrait être possible qu'en cas de rupture à l'initiative du fournisseur et, au plus tard, au moment de la notification de cette rupture. Dans toutes les autres hypothèses, la renonciation devrait être conditionnée à un accord du distributeur.

## CONCLUSION DU PARAGRAPHE 2

**1268. Proposition.** Pour les distributeurs soumis au droit économique, les règles régissant les obligations limitant leur liberté professionnelle à l'issue de la relation se concrétiseraient dans l'article suivant :

### Article L. 134-9

Toute obligation restreignant la liberté professionnelle du distributeur à l'issue de la relation de distribution est limitée à une durée d'une année, à la diffusion de la catégorie de produits ou services objet de la relation ou à l'affiliation à un réseau procédant à cette diffusion, à la zone géographique où le distributeur a procédé à cette diffusion au cours de la relation, le cas échéant, au groupe de personnes auprès duquel était limitée son activité et s'accompagne d'une contrepartie financière.

Le montant de la contrepartie financière doit être au moins égal au produit de la durée de l'obligation par le tiers du revenu moyen perçu sur une durée équivalente par le débiteur pour la diffusion des produits ou services objets de la relation lors du dernier exercice clos.

La contrepartie financière est versée intégralement au plus tard au jour où l'obligation produit ses effets. Postérieurement à la notification de la rupture, les parties peuvent convenir de modalités de versement différentes.

La contrepartie financière n'est pas due par le fournisseur ayant pris l'initiative de la rupture et notifié sa renonciation unilatérale à l'obligation au plus tard au moment de la notification de la rupture.

En cas de rupture à l'initiative du distributeur, toute renonciation à l'obligation suppose son accord.

Toute obligation ne respectant pas les dispositions du présent article est nulle de plein droit.

**1269. Droit du travail.** La résorption des inégalités de traitement supposerait que le droit du travail adopte des règles similaires pour les distributeurs salariés, voire pour l'ensemble des salariés.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**1270. Liberté et protection.** La fin de la relation de distribution appelle un encadrement particulièrement important car elle conditionne son cours.

La préservation de la liberté du fournisseur d'organiser la diffusion de ses produits ou services devrait conduire à rejeter toute obligation de justification de la rupture par le fournisseur et à limiter l'obligation de motivation à une rupture justifiée par une faute.

Mais la protection du distributeur devrait conduire à compenser les effets de la dépendance par un préavis de rupture lui donnant le temps de se réorganiser, une indemnité compensant la non-rentabilisation de ses dépenses et investissements spécifiques, une indemnité compensant son manque à gagner d'exploitation de la clientèle créée, maintenue ou développée ainsi qu'une contrepartie financière à l'éventuelle restriction de sa liberté professionnelle post-relationnelle.

**1271. Régime complexe et sécurisant adapté à la dépendance.** La complexité de cet encadrement permet d'assurer une modulation en fonction des circonstances et donc du degré de dépendance tout en limitant le recours à des standards juridiques et en assurant ainsi une sécurité juridique accrue bénéficiant autant au fournisseur qu'au distributeur.

Par suite, dans une situation extrême, un fournisseur pourra être tenu de verser cumulativement quatre indemnités au distributeur : une indemnité compensant l'irrespect du délai de préavis, une indemnité compensant la survenance de la rupture en cours de rentabilisation de dépenses et investissements qui ne pourront être réemployés, une indemnité compensant le manque à gagner subi du fait de l'impossibilité de patrimonialiser les investissements en travail et capital pour créer, maintenir ou développer la clientèle associées aux produits ou services et enfin, une contrepartie financière compensant la perte probable de revenus qui sera subie par le distributeur en cas d'obligation restreignant sa liberté professionnelle à l'issue de la relation.

A l'autre extrême, le fournisseur ne devra rien s'il a permis au distributeur de céder son activité à un tiers ou a rompu la relation en donnant un préavis suffisant, n'avait pas imposé de dépenses et investissements spécifiques qui n'ont pu être rentabilisés ou les a repris pour leur valeur nette comptable, n'avait pas limité la liberté professionnelle post-relationnelle du distributeur ou y a renoncé si bien que ce dernier a pu conserver les revenus qu'il tirait de la clientèle créée, maintenue ou développée pour la catégorie de produits ou services considérée.

Entre ces deux extrêmes, diverses combinaisons sont possibles, permettant une approche de la dépendance des distributeurs cohérente, égalitaire et complexe, avec une sécurité juridique satisfaisante.

## CONCLUSION DU TITRE 2

**1272. Régime complexe adapté à la dépendance.** Finalement, un régime juridique adapté à l'évolutivité et à la complexité de la dépendance des distributeurs suppose un encadrement important de la naissance et de la cessation de la relation de distribution.

L'encadrement de la naissance de la relation vise à réduire l'asymétrie d'information susceptible d'exister, pour permettre au distributeur de choisir en connaissance de cause le partenaire dont il deviendra ensuite dépendant et d'accepter, voire de négocier, les conditions, l'économie de cette relation de dépendance<sup>4448</sup>.

L'encadrement de la cessation de la relation de distribution permet au distributeur de défendre ces conditions initiales – l'économie acceptée ou négociée de la relation – en cours de relation et ainsi de limiter l'effet de dépendance induit par la relation qui aurait potentiellement permis au fournisseur de les modifier unilatéralement par une renégociation sous contrainte ou par l'usage de son pouvoir de droit ou fait<sup>4449</sup>.

**1273. Souplesse, équilibre et sécurité.** Il en résulte un régime de la relation de distribution souple, équilibré et sécurisant, privilégiant la négociation et la collaboration spontanée des parties par des incitations juridiques et économiques.

A la naissance de la relation, la souplesse réside dans la grande liberté laissée aux parties, c'est-à-dire le plus souvent au fournisseur, dans la définition de ses conditions, de son économie. L'équilibre est cependant assuré en contrebalançant cette liberté par une information renforcée du distributeur garantissant la qualité de son consentement à sa future dépendance. La sécurité est garantie par la détermination précise des informations considérées comme essentielles devant être transmises pour assurer la qualité du consentement, ce qui contribue à limiter les possibilités de remise en cause de la validité de l'accord. Le fournisseur est ainsi incité à procéder à une information complète car elle sécurisera l'accord de distribution.

Une fois la relation conclue, la souplesse réside dans la grande liberté d'évolution de ses conditions laissée au fournisseur mais l'équilibre est assuré par l'octroi au distributeur des moyens juridiques de préserver un intérêt minimal à la relation. La sécurité est garantie par la détermination précise de cet intérêt minimal.

En fin de relation, la souplesse réside dans la liberté de rompre sans justification ou motivation (sauf si une faute grave est invoquée) donnée au fournisseur et dans sa possibilité de limiter contractuellement la concurrence que pourrait lui faire le distributeur. L'équilibre est assuré par l'octroi au distributeur d'un délai de préavis devant lui permettre de se réorganiser et des contreparties financières rendant possible cette reconversion en compensant son impossibilité d'amortir les dépenses et investissements spécifiques qu'il aurait effectués, son éventuelle impossibilité de patrimonialiser l'activité de distribution et la possible atteinte à sa liberté professionnelle à l'issue de la relation. La sécurité est garantie par la clarification des critères à prendre en compte pour fixer le préavis et par la détermination précise des conditions d'octroi et des modalités des contreparties financières. Ainsi, le fournisseur peut anticiper le coût d'une rupture et le distributeur organiser et financer sa reconversion.

---

<sup>4448</sup> Chapitre 1, Section 1 – *Supra* n° 991 s.

<sup>4449</sup> Chapitre 1, Section 1 et Chapitre 2 – *Supra* n° 1025 s.



## CONCLUSION DE LA PARTIE 2

**1274. Proposition.** L'ensemble des réflexions sur un droit prospectif de la dépendance des distributeurs se résument et concrétisent dans les projets de loi et décret suivants :

### PROJET DE LOI RELATIVE AUX DISTRIBUTEURS

#### Article 1<sup>er</sup> – Abrogation de diverses règles applicables aux distributeurs

Sont abrogés :

- le livre III de la septième partie du Code du travail (les articles L. 7311-1 à L. 7322-6, D. 7313-1 et D. 7322-1) [statuts des VRP, gérants de succursales et gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire]
- le chapitre IV du titre III du livre Ier du Code de commerce (articles L. 134-1 à 134-17, R. 134-1 à 134-17) [statut de l'agent commercial]
- le chapitre V du titre III du livre Ier du Code de commerce (articles L. 135-1 à 135-3) [statut du vendeur à domicile indépendant]
- le chapitre VI du titre IV du livre Ier du Code de commerce (articles L. 146-1 à L. 146-4, D. 146-1 et D. 146-2) [statut du gérant-mandataire]
- l'article L. 540-1 du Code des assurances [dispositions relatives à la cessation des contrats des agents généraux d'assurance].

#### Article 2 – Adoption d'un statut des distributeurs

Le titre III du livre Ier du Code de commerce est renommé « *Des intermédiaires* ».

Il est créé dans ce titre un Chapitre IV intitulé « *Des distributeurs* » et comportant les articles suivants :

##### Article L. 134-1

Le distributeur est une personne physique ou morale diffusant les produits ou services d'un ou plusieurs professionnels et assumant pour cette activité des dépenses ou investissements autres que sa seule force de travail, quelle que soit la qualification des contrats le liant avec ces professionnels.

Ces dépenses ou investissements peuvent notamment se rapporter à l'utilisation d'un local, d'un véhicule, de mobilier, matériel ou outillage, de droits de propriété intellectuelle, à l'acquisition ou la conservation de stocks ou à l'emploi de salariés.

Les dispositions du Code du travail ne sont pas applicables au distributeur.

##### Article L. 134-2

Tout contrat de distribution prévoyant un engagement d'exclusivité du distributeur d'au moins 50 % en plus de l'usage d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne mis à sa disposition par le fournisseur oblige ce dernier à lui communiquer un document d'information écrit dont le contenu est fixé par décret.

Ce document précise notamment l'ancienneté et l'expérience du fournisseur, l'état et les perspectives du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, les conditions du contrat et les

informations comptables utiles à l'établissement d'une prévision d'activité. Il alerte le distributeur sur l'importance de réaliser une étude de marché et d'élaborer des comptes prévisionnels d'exploitation.

Tout manquement à l'obligation d'information est susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de son débiteur et emporte une présomption simple d'erreur déterminante du consentement du créancier.

En cas de manquement grave, la juridiction peut prononcer une amende civile d'un montant maximal égal à l'ensemble des sommes en rapport avec le contrat perçues du créancier de l'obligation d'information par son débiteur, ce qui comprend notamment le droit d'entrée, les redevances, le prix des produits ou services fournis et la somme mentionnée à l'alinéa suivant.

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.

#### **Article L. 134-3**

Pour l'application des articles L. 145-1, L. 145-8 et L. 145-16 du Code de commerce, le distributeur est réputé propriétaire de la clientèle exploitée dans les lieux loués.

Pour l'application des articles L. 145-14 et suivants, il est déterminé la part de l'indemnité correspondant au préjudice causé aux fournisseurs par le refus de renouvellement du bail du distributeur. Cette part est directement versée aux fournisseurs par le bailleur au moment du versement de l'indemnité au distributeur.

#### **Article L. 134-4**

Lorsqu'un fournisseur détermine unilatéralement des conditions d'exploitation ou de gestion, notamment commerciales, de l'activité d'un distributeur dont le chiffre d'affaires hors taxes est constitué pour au moins 50 % par la diffusion de ses produits ou services ou de ceux de fournisseurs agréés par lui, ces conditions ne doivent pas conduire le gérant à percevoir, sur un exercice, un revenu inférieur au salaire minimum interprofessionnel de croissance pour une activité à temps plein selon la durée légale du travail, sous réserve des fautes qui peuvent lui être imputées. Dans le cas contraire, le distributeur peut prendre acte, en respectant un préavis d'un mois, de la cessation de la relation imputable au fournisseur.

#### **Article L. 134-5**

La cessation d'une relation de distribution n'a pas à être motivée sauf lorsqu'elle est justifiée par une faute. La motivation de la cessation pour faute doit être suffisamment circonstanciée et objective pour permettre d'apprécier la réalité et la gravité de la faute invoquée.

Aucun motif autre que ceux indiqués dans la notification de la cessation ne peut être invoqué postérieurement pour la justifier.

#### **Article L. 134-6**

Toute cessation de la relation de distribution oblige le fournisseur à indemniser le distributeur pour les dépenses ou investissements spécifiques au nom commercial, à l'enseigne, à la marque ou aux produits ou services du fournisseur qui n'ont pu être rentabilisés à la date de la rupture effective.

L'indemnité n'est pas due :

1° si la cessation est justifiée par une faute grave du distributeur ou si elle résulte de son initiative à moins qu'elle ne soit justifiée par des circonstances imputables au fournisseur tenant notamment à la modification d'une condition essentielle de la relation comme l'étendue d'une exclusivité ou d'une prospection, le taux ou l'assiette des redevances ou des commissions ;

2° pour les dépenses ou investissements spécifiques qui ont été engagés à la seule initiative du distributeur à moins qu'ils n'aient été recommandés par le fournisseur ou que, portés préalablement à sa connaissance, ils n'aient fait l'objet d'aucune opposition expresse de sa part ;

3° pour les stocks, le mobilier commercial, le matériel, l'outillage et les autres éléments spécifiques que le fournisseur décide de reprendre. A défaut de prévision d'une valeur supérieure par les parties, ce droit de reprise s'exerce à la valeur nette comptable au jour de la cessation effective de la relation.

#### **Article L. 134-7**

La cessation d'une relation de distribution accompagnée d'une obligation de non-concurrence ou de non-réaffiliation post-relationnelle du distributeur ou de son impossibilité de continuer à utiliser les signes distinctifs mis à sa disposition par le fournisseur, oblige ce dernier à lui verser une indemnité compensant le manque à gagner de revenus tirés de l'exploitation de la clientèle créée, maintenue ou développée pour les produits ou services objets de la relation. Le montant et les modalités de versement de cette indemnité de cessation de relation sont fixés par décret.

A compter du terme de l'obligation de non-réaffiliation ou de l'année suivant la cessation effective de la relation, le fournisseur peut demander le remboursement de la part de l'indemnité correspondant aux revenus qui ont été effectivement conservés par le distributeur par la distribution de produits ou services concurrents auprès de la clientèle. L'action est prescrite dans le délai d'une année.

L'indemnité n'est pas due si la cessation de la relation résulte de l'initiative du distributeur à moins qu'elle ne soit justifiée par des circonstances imputables au fournisseur tenant notamment à la modification d'une condition essentielle de la relation comme l'étendue d'une exclusivité ou d'une prospection, le taux ou l'assiette des redevances ou des commissions.

Si la cessation de la relation est justifiée par une faute grave du distributeur, l'indemnité n'est due qu'au moment où le préjudice du fournisseur a été définitivement évalué. Le montant des dommages et intérêts se compense alors avec celui de l'indemnité.

#### **Article L. 134-8**

Les indemnités prévues aux articles L. 134-6 et L. 134-7 ne sont pas dues si le distributeur a pu céder son activité à un tiers.

En cas de cessation de la relation due au décès du distributeur ou justifiée par une incapacité permanente totale de travail, un nouveau gérant peut être nommé avec l'accord du fournisseur ou, à défaut, désigné par le Président du Tribunal de commerce, avec pour mission d'organiser la cession de l'activité de distribution.

Tout refus du fournisseur à la cession de l'activité de distribution doit intervenir dans un délai de trois mois à compter de la notification du projet de cession et doit être motivé de façon circonstanciée et justifié par des éléments en lien avec l'objet du contrat de distribution tenant aux compétences professionnelles et aux capacités financières du cessionnaire. A défaut de motivation, le distributeur peut prendre acte de la cessation de la relation imputable au fournisseur.

#### **Article L. 134-9**

Toute obligation restreignant la liberté professionnelle du distributeur à l'issue de la relation de distribution est limitée à une durée d'une année, à la diffusion de la catégorie de produits ou services objet de la relation ou à l'affiliation à un réseau procédant à cette diffusion, à la zone géographique où le distributeur a procédé à cette diffusion au cours de la relation, le cas échéant, au groupe de personnes auprès duquel était limitée son activité et s'accompagne d'une contrepartie financière.

Le montant de la contrepartie financière doit être au moins égal au produit de la durée de l'obligation par le tiers du revenu moyen perçu sur une durée équivalente par le débiteur pour la diffusion des produits ou services objets de la relation lors du dernier exercice clos.

La contrepartie financière est versée intégralement au plus tard au jour où l'obligation produit ses effets. Postérieurement à la notification de la rupture, les parties peuvent convenir de modalités de versement différentes.

La contrepartie financière n'est pas due par le fournisseur ayant pris l'initiative de la rupture et notifié sa renonciation unilatérale à l'obligation au plus tard au moment de la notification de la rupture.

En cas de rupture à l'initiative du distributeur, toute renonciation à l'obligation suppose son accord.

Toute obligation ne respectant pas les dispositions du présent article est nulle de plein droit.

#### **Article L. 134-10**

Lorsque le fournisseur dispose de moyens financiers significativement plus importants que le distributeur, toute conclusion, avant la naissance du différend, d'une clause attributive de compétence à un juge étranger ou d'une clause compromissoire pour les litiges concernant le présent chapitre est conditionnée à la souscription, par le fournisseur, d'une assurance de protection juridique ou à la constitution d'un dépôt bancaire permettant au distributeur de faire face au coût prévisible d'une action devant le tribunal arbitral ou le juge étranger.

A défaut, le fournisseur est condamné à payer les provisions et frais nécessaires au distributeur pour engager une l'action devant le juge étranger ou le tribunal arbitral. Le juge statue en la forme des référés.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret.

#### **Article L. 134-11**

Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public et ont valeur de loi de police.

Les litiges relatifs à l'application du présent chapitre de la compétence d'un juge français sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

### **Article 3 – Adaptation de certaines dispositions légales aux spécificités de la distribution**

Les dispositions de l'article L. 442-6, I., 5° du Code de commerce sont remplacées par les suivantes :

« 5° De rompre, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit d'une durée minimale de nature à permettre la réorganisation de l'activité. Cette durée tient notamment compte de l'importance de la relation dans cette activité, de l'existence de solutions équivalentes sur le marché concerné, d'éventuelles obligations restreignant l'activité post-relationnelle, en particulier de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation, et de la fourniture des produits ou services sous un signe distinctif du distributeur ou de leur distribution sous un signe distinctif du fournisseur.

Le juge apprécie la suffisance de la durée de préavis au jour où il statue et motive sa décision au regard des critères précédents.

Le préjudice causé par l'irrespect du préavis est réparé par le versement d'une indemnité correspondant à la marge sur coûts variables non générée par la relation sur la durée de préavis manquante. Cette marge est calculée par une moyenne sur les deux dernières années d'exploitation.

Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de rupture sans préavis en cas de faute grave ou de force majeure. »

### **Article 4 – Dispositions transitoires**

Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas aux contrats en cours avant leur entrée en vigueur. Elles s'appliquent à tout contrat conclu postérieurement et au renouvellement des contrats en cours.

## **PROJET DE DECRET D'APPLICATION**

### **Article 1**

Le dernier alinéa de l'article annexe premier du décret n° 96-902 du 15 octobre 1996 portant approbation du statut des agents généraux d'assurances n'est plus approuvé.

### **Article 2**

Au Chapitre IV du titre III du livre Ier de la partie réglementaire du Code de commerce, sont créés les articles suivants :

### **Article R. 134-1**

Le document prévu au premier alinéa de l'article L. 330-3 contient les informations suivantes :

1° L'adresse du siège de l'entreprise et la nature de ses activités avec l'indication de sa forme juridique et de l'identité du chef d'entreprise s'il s'agit d'une personne physique ou des dirigeants s'il s'agit d'une personne morale ; le cas échéant, le montant du capital ;

2° Les mentions visées aux 1° et 2° de l'article R. 123-237 ou le numéro d'inscription au répertoire des métiers ainsi que la date et le numéro d'enregistrement ou du dépôt de la marque et, dans le cas où la marque qui doit faire l'objet du contrat a été acquise à la suite d'une cession ou d'une licence, la date et le numéro de l'inscription correspondante au registre national des marques avec, pour les contrats de licence, l'indication de la durée pour laquelle la licence a été consentie ;

3° La ou les domiciliations bancaires de l'entreprise. Cette information peut être limitée aux cinq principales domiciliations bancaires ;

4° La date de la création de l'entreprise avec un rappel des principales étapes de son évolution, y compris celle du réseau d'exploitants, s'il y a lieu, ainsi que toutes indications permettant d'apprécier l'expérience professionnelle acquise par l'exploitant ou par les dirigeants.

Les informations mentionnées à l'alinéa précédent peuvent ne porter que sur les cinq dernières années qui précèdent celle de la remise du document. Elles doivent être complétées par une présentation de 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.

Doivent être annexés à cette partie du document les comptes annuels des deux derniers exercices ou, pour les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les rapports établis au titre des deux derniers exercices en application du III de l'article L. 451-1-2 du code monétaire et financier ;

5° Une présentation du réseau d'exploitants qui comporte :

a) La liste des entreprises qui en font partie avec l'indication pour chacune d'elles du mode d'exploitation convenu ;

b) L'adresse des entreprises établies en France avec lesquelles la personne qui propose le contrat est liée par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée ; la date de conclusion ou de renouvellement de ces contrats est précisée ;

Lorsque le réseau compte plus de cinquante exploitants, les informations mentionnées à l'alinéa précédent ne sont exigées que pour les cinquante entreprises les plus proches du lieu de l'exploitation envisagée ;

c) Le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours des 5 années précédant celle de la délivrance du document. Le document précise si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé ;

d) S'il y a lieu, la présence, dans la zone d'activité de l'implantation prévue par le contrat proposé, de tout établissement dans lequel sont offerts, avec l'accord exprès de la personne qui propose le contrat, les produits ou services faisant l'objet de celui-ci ;

Doivent être annexés à cette partie du document les comptes annuels des trois premiers et trois derniers exercices ou, pour les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les rapports établis au titre des trois premiers et trois derniers exercices en application du III de l'article L. 451-1-2 du code monétaire et financier, de l'activité de distribution objet du contrat ou, en cas de création d'une nouvelle entreprise de distribution, des cinq entreprises du réseau dont l'organisation et le marché local se rapprochent le plus de celle dont la création est envisagée. Est également annexé l'état général et local du marché communiqué à chacune de ces entreprises lors de la signature de leur premier contrat.

6° L'indication de la durée du contrat proposé, des conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, ainsi que le champ des exclusivités.

Le document précise, en outre, la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques, au nom commercial, à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat engage avant de commencer l'exploitation.

#### **Article R. 134-2**

L'indemnité prévue à l'article L. 134-7 est au moins égale à deux années de résultat d'exploitation corrigé calculé sur la durée de préavis et les trois années de relation précédentes.

Le résultat d'exploitation corrigé correspond au résultat d'exploitation généré par la distribution des produits ou services objets de la relation :

- augmenté des charges afférentes aux activités accessoires à la distribution donnant lieu à une rémunération spéciale versée par le fournisseur ;
- augmenté, proportionnellement à la marge générée, de la rémunération du gérant et des charges sociales afférentes ;
- diminué des rémunérations spéciales d'activités accessoires à la distribution et des remboursements de frais versés par le fournisseur.

Une provision sur l'indemnité est versée au plus tard au moment de la cessation effective de la relation. Cette provision est égale au montant de l'indemnité calculé sur les trois derniers exercices clos au moment de la cessation effective de la relation. Si le résultat a connu une baisse lors du dernier exercice clos, la provision est diminuée du taux de décroissance constaté.

La régularisation du montant de l'indemnité intervient dans les trois mois de la communication au fournisseur des comptes correspondant à l'exercice non clos au moment de l'expiration du préavis.

#### **Article R. 134-3**

[Modalités d'encadrement des clauses compromissoires et des clauses attributives de compétence désignant un juge étranger.]

#### **Article R. 134-4**

[Liste limitative des juridictions pouvant connaître du contentieux relatif au statut.]





## CONCLUSION GÉNÉRALE

**1275. Insuffisances du droit positif.** L'étude du droit positif a révélé que la dépendance des distributeurs à l'égard de leurs fournisseurs faisait l'objet de qualifications multiples, incertaines, incohérentes et parfois artificiellement extensives ou restrictives, en droit du travail comme en droit économique<sup>4450</sup>.

Certains rapports de distribution sont ainsi artificiellement rattachés au droit du travail et d'autres en sont artificiellement exclus, en raison des incertitudes et incohérences des critères de qualification de la subordination juridique<sup>4451</sup> mais aussi par l'effet de statuts spéciaux qui ont tendance à se multiplier et s'étendre (VRP, gérants de succursales, gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire, agents généraux d'assurance, agent commercial, gérants-mandataires du Code de commerce)<sup>4452</sup>.

Or, la dépendance des distributeurs exclus du droit du travail n'est pas toujours appréhendée par le droit économique en raison des incertitudes, incohérences et approches parfois restrictives de sa qualification<sup>4453</sup>. Par ailleurs, lorsque la dépendance est saisie par le droit économique, c'est parfois pour reconnaître l'impossibilité des distributeurs d'être de véritables indépendants titulaires d'un fonds de commerce, sans pour autant les réintégrer dans le droit du travail ou leur accorder un régime de protection particulier<sup>4454</sup>.

Ces insuffisances conduisent à détacher la qualification de la dépendance de la nature et du degré de dépendance du distributeur à l'égard de son fournisseur et à ne pas appréhender la dépendance de certains distributeurs comme les commissionnaires-affiliés, les locataires-gérants, les franchisés ou encore les concessionnaires car elle n'entre dans aucune catégorie juridique existante<sup>4455</sup>.

Appréhendée de façon éclatée, incertaine, incohérente et parfois restrictive au stade de sa qualification, la dépendance des distributeurs n'est pas traitée de façon plus satisfaisante dans le régime des relations de distribution. En effet, des distributeurs connaissant une dépendance de même nature et degré peuvent bénéficier de protections très différentes par le droit positif, que ce soit lors de la naissance, du cours ou de la fin de la relation de distribution, sans que ces différences ne puissent être justifiées par les fondements des règles considérées et qu'une cohérence globale puisse être dégagée<sup>4456</sup>. Il a ainsi été mis en évidence des inégalités de traitement à l'égard de l'obligation d'information précontractuelle<sup>4457</sup>, de la protection des revenus en cours de relation<sup>4458</sup>, des obligations de préavis<sup>4459</sup>, de motivation et de justification de la rupture devant être respectées par le fournisseur<sup>4460</sup>, de l'indemnisation accordée en raison de la cessation de la relation<sup>4461</sup> et de l'encadrement des atteintes post-relationnelles à la liberté professionnelle du distributeur<sup>4462</sup>.

---

<sup>4450</sup> *Supra* n° 45 s.

<sup>4451</sup> *Supra* n° 53 s.

<sup>4452</sup> *Supra* n° 175 s. et 215 s.

<sup>4453</sup> *Supra* n° 318 s.

<sup>4454</sup> *Supra* n° 388 s.

<sup>4455</sup> *Supra* n° 465 s.

<sup>4456</sup> *Supra* n° 469 s.

<sup>4457</sup> *Supra* n° 473 s.

<sup>4458</sup> *Supra* n° 535 s.

<sup>4459</sup> *Supra* n° 588 s.

<sup>4460</sup> *Supra* n° 641 s.

<sup>4461</sup> *Supra* n° 750 s.

<sup>4462</sup> *Supra* n° 855 s.

Il a donc été démontré que la dépendance des distributeurs faisait l'objet d'une qualification insatisfaisante et d'un traitement inégalitaire en droit positif.

**1276. Moyens et contenu d'une réforme.** Ces insuffisances et inégalités s'expliquent essentiellement par la nature complexe et évolutive de la dépendance des distributeurs que le droit positif a tenté d'appréhender de façon maladroite, soit unitairement à travers des qualifications aux contours mal définis, soit analytiquement à travers des statuts spéciaux, en créant, à chaque fois, des problèmes de frontières et en provoquant l'apparition de formes de distribution originales, d'hybridations inventées par les praticiens pour déjouer les contraintes légales<sup>4463</sup>.

Or, le droit positif comporte en lui-même, de façon éparse, les instruments juridiques permettant de développer une nouvelle approche de la dépendance des distributeurs plus cohérente et égalitaire.

Celle-ci suppose, au préalable, d'abroger les statuts spéciaux qui se sont accumulés<sup>4464</sup> et de déterminer une frontière plus claire entre le droit du travail et le droit économique en prenant acte que l'autonomie existe désormais dans le droit du travail et la dépendance dans le droit économique et en substituant ainsi au critère de la subordination juridique celui de l'investissement en capital dans l'activité de distribution. Le distributeur salarié serait alors celui qui investit uniquement sa force de travail dans l'activité de distribution et le distributeur non salarié celui qui y investit un capital et entend donc tirer un profit supérieur à celui que lui procurerait le seul louage de sa force de travail mais accepte, en contrepartie, de courir des risques supérieurs à ceux pouvant être assumés par un salarié<sup>4465</sup>.

La dépendance des distributeurs non salariés devrait alors être appréhendée par le droit économique. Cette appréhension supposerait de dépasser les conflits entre contrats spéciaux et le cadre trop restreint du contrat pour embrasser l'ensemble des rapports de distribution à travers la notion unitaire de *relation de distribution* déjà connue du droit de la concurrence et de saisir ensuite la diversité, la complexité et l'évolutivité de la dépendance des distributeurs en élaborant un régime complexe de la relation de distribution prenant en compte ses différentes périodes et ses différents aspects<sup>4466</sup>.

L'enjeu d'un tel régime serait de concilier, d'une part, la liberté des fournisseurs d'organiser et de faire évoluer la diffusion de leurs produits et services, au besoin en procédant à une intégration importante des distributeurs et, d'autre part, la préservation des intérêts de ces derniers lorsqu'ils se sont placés, volontairement ou non, dans une situation dépendance à l'égard d'un fournisseur. Il s'agit de parvenir à un droit équilibré mais également prévisible et stable, garantissant ainsi une sécurité juridique propice à l'investissement des distributeurs sans, pour autant, brider la liberté des fournisseurs, ce qui devrait permettre le progrès économique et le développement des relations de distribution<sup>4467</sup>.

Ce régime complexe n'imposerait et n'interdirait donc aucune forme de distribution mais assurerait une information complète du distributeur lorsqu'il envisage la conclusion d'un contrat présentant un risque important de dépendance afin qu'il puisse accepter ses conditions en parfaite connaissance de cause<sup>4468</sup>.

---

<sup>4463</sup> *Supra* n° 905 s.

<sup>4464</sup> *Supra* n° 909.

<sup>4465</sup> *Supra* n° 951 s.

<sup>4466</sup> *Supra* n° 913 s.

<sup>4467</sup> *Supra* n° 896 s.

<sup>4468</sup> *Supra* n° 991 s.

Il donnerait ensuite au distributeur les moyens de préserver les conditions initiales de la relation malgré sa dépendance, c'est-à-dire de s'opposer à des modifications unilatérales substantielles par le fournisseur qui entendrait profiter de la dépendance pour imposer une renégociation dans son seul intérêt sous menace d'une rupture ou qui userait de ses pouvoirs contractuels ou factuels pour parvenir au même résultat.

En raison des limites de l'information précontractuelle, des vices du consentement et de la police du contenu du contrat<sup>4469</sup>, la protection contre la renégociation sous menace d'une rupture serait assurée en assortissant la rupture d'une obligation d'indemnisation du distributeur pour ses dépenses et investissements spécifiques non rentabilisés et non repris et son gain manqué d'exploitation de la clientèle<sup>4470</sup>.

De même, en raison des insuffisances des limitations directes de l'usage du pouvoir par des standards juridiques ou des normes intrinsèquement déterminées et des limitations indirectes procédurales<sup>4471</sup>, cet usage serait contrebalancé, dans les situations de dépendance les plus importantes, par une prérogative unilatérale légale de prise d'acte de la rupture imputable au fournisseur accordée au distributeur si, sans faute de sa part, les modifications unilatérales des conditions de la relation ne lui permettent plus de percevoir un revenu minimal au moins égal au SMIC<sup>4472</sup>.

Enfin, le domaine et les modalités de l'obligation de préavis seraient clarifiés<sup>4473</sup> et, plutôt que d'obliger le fournisseur à justifier et motiver sa rupture de la relation (sauf pour faute)<sup>4474</sup>, sa liberté de rompre serait affirmée en contrepartie d'une indemnité de cessation de relation aux modalités fixées par la loi, due à chaque fois que le distributeur ne peut patrimonialiser son activité, notamment en la cédant<sup>4475</sup>.

Par ailleurs, les atteintes à la liberté professionnelle du distributeur à l'issue de la relation seraient encadrées par des limites précises matérielles, géographiques, temporelles et par une contrepartie financière minimale fixée par la loi qui se substituerait aux limites incertaines apportées par les standards juridiques de proportionnalité aux intérêts légitimes du fournisseur<sup>4476</sup>.

Il a été démontré que cette approche de la dépendance des distributeurs devait être concrétisée par une loi, seul instrument légitime et apte à réaliser une réforme en profondeur supposant l'abrogation de statuts inadaptés et l'édiction de règles d'ordre public ayant le caractère de lois de police<sup>4477</sup>. En outre, il a été souligné que l'effectivité de la loi devait être assurée par des mécanismes garantissant que des clauses compromissaires ou des clauses attributives de compétence territoriale à un juge étranger ne constituent pas des obstacles insurmontables aux actions des distributeurs<sup>4478</sup>.

**1277. Avenir.** Finalement, le questionnement sur la dépendance conduit à renouveler l'analyse juridique, à décroisonner le droit pour chercher dans des notions et techniques appartenant à ses différentes branches, les moyens de saisir et régir la réalité complexe et évolutive qu'elle désigne.

---

<sup>4469</sup> *Supra* n° 1027 s.

<sup>4470</sup> *Supra* n° 1057 s.

<sup>4471</sup> *Supra* n° 1078 s.

<sup>4472</sup> *Supra* n° 1113 s.

<sup>4473</sup> *Supra* n° 1128 s.

<sup>4474</sup> *Supra* n° 1155 s.

<sup>4475</sup> *Supra* n° 1178 s.

<sup>4476</sup> *Supra* n° 1242 s.

<sup>4477</sup> *Supra* n° 931 s.

<sup>4478</sup> *Supra* n° 973 s.

Une telle recherche ne saurait cependant prétendre à la finitude, même dans un domaine particulier comme la distribution. La constatation des évolutions et métamorphoses passées de la dépendance invite, au contraire, à la prudence et à la modestie. Tout sera sans doute à refaire demain car la dépendance est de ces notions que le juriste ne peut ignorer mais qui se dérobent toujours à lui.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AKANDJI-KOMBÉ (A.) (dir.), *Égalité et droit social*, IRJS éd., 2014.
- ALLIAUME (D.), JOURDAN (D.) et CHENEDE (O.), *Contrat de travail*, 4<sup>e</sup> éd., Delmas, 2001.
- ANDRE (M.-E.), DUMONT (M.-P.) et GRIGNON (P.), *L'après-contrat*, Ed. Francis Lefebvre, 2005.
- ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil Contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., Litec, 2013.
- ARCELIN (L.), *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., PUR, 2013.
- ASTEGIANO-LA RIZZA (A.) et autres, *Droit et pratique des baux commerciaux*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015.
- AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit*, 15<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014.
- Cour de cassation, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012.
- AUBIN (G.) et BOUVERESSE (J.), *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cour de droit civil français*, T. V, 5<sup>e</sup> éd., Marchal et Billard, 1907.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), par EISMEIN (P.), *Droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd., Juris-Classeurs, 1951.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), par EISMEIN (P.), *Droit civil français*, t. V, 6<sup>e</sup> éd., Juris-Classeurs, 1951.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), par EISMEIN (P.), *Droit civil français*, t. VI, 6<sup>e</sup> éd., Juris-Classeurs, 1951.
- AUDIT (M.), BOLLE (S.) et CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014.
- AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014.
- AZEMA (J.), *Le droit français de la concurrence*, PUF, 1989.
- BAGLA (L.), *Sociologie des organisations*, Ed. La découverte, 2003.
- BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996.
- BÉCANE (J.-C.), COUDERC (M.) et HÉRIN (J.-L.), *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010.
- BÉHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999.
- BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (dir.), *Droit du commerce international*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2011.
- BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013.
- BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.
- BENSOUSSAN (H.), *Le droit de la franchise*, 2<sup>e</sup> éd., Ed. Apogée, 2000.
- BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, PUF, 2001.
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012.
- BERNOUX (P.), *La sociologie des organisations*, Ed. du Seuil, 1990.
- BEUDANT (C.) et LEREBOURS PIGEONNIERE (P.), par RODIÈRE (R.) et PERCEROU (A.), *Cours de droit civil français*, t. XIII, 2<sup>e</sup> éd., Rousseau, 1947.
- BIGOT (J.), LANGE (D.) et RESPAUD (J.-L.), *L'intermédiation d'assurance*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009.
- BORGETTO (M.) et LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 8<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2012.
- BOSSU (B.), DUMONT (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, Montchrestien, 2011.
- BOUTARD LARBARDE (M.-C.), CANIVET (G.) et autres, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.
- BLAISE (J.-B.), *Droit des affaires : Commerçants, concurrence, distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013.
- BLATTER (J.-P.), *Traité des baux commerciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Ed. Le Moniteur, 2012.
- BRUN (A.) et GALLAND (H.), *Droit du travail*, t.1, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1978.
- CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Dalloz, 2014.
- CAMERLYNCK (G.-H.), *Le contrat de travail*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1988.
- CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd., Defrénois, 1995.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, PUF, 26<sup>e</sup> éd., 1999.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2004.
- CESARO (J.-F.) (dir.), *L'égalité en droit social*, LexisNexis, 2012

CHAGNOLLAUD (D.) (dir.) et TROPPER (M.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Dalloz, 2012.

CHAGNY (M.) et PERDRIX (L.), *Droit des assurances*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

CHAMPAUD (C.), *Le droit des affaires*, 5<sup>e</sup> éd., PUF, 1994.

CINGOLANI (P.), *La précarité*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2011.

COLIN (A.), CAPITANT (H.) et JULLIOT de LA MORANDIERE (L.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 9, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1948.

COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011.

CONDOMINES (A.), *Guide pratique du droit français de la concurrence*, Gualino, 2014.

CORNU (G.), par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014.

COUTURIER (G.), *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 1996.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 26<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013.

CROZIER (M.) et FRIEDBERG (C.), *L'acteur et le système*, Ed. du Seuil, 1992.

DAUBERVILLE (B.), GILBERT (P.) et PIGEYRE (F.), *Les sciences humaines dans l'entreprise*, Economica, 1996.

DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012.

DEFFAINS (B.) et LANGLAIS (E.), *Analyse économique du droit*, De Boeck, 2009.

DEFFAINS (B.) (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), *Droit commercial*, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2010.

DELEBECQUE (P.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013.

DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, PUF, 2004.

DELPECH (X.), *Fonds de commerce*, 18<sup>e</sup> éd., Delmas, 2011.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. VI, Rousseau, 1931.

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé 1911*, Ed. La Mémoire du Droit, 2001.

DERRUPPÉ (J.), *Le fonds de commerce*, Dalloz, 1994.

DROSS (W.), *Les clauses essentielles des contrats de droit privé*, Litec, 2010.

DUCROCQ (C.), *La Nouvelle Distribution*, Dunod, 2006.

DURAND (P.) et VITU (A.), *Traité de droit du travail*, t. 2, Dalloz, 1950.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2012.

FAELLI (T.) et autres, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, Larcier, 2008.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013.

FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, 1982.

FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014.

FESTINGER (L.), *A theory of cognitive dissonance*, Stanford University Press, 1957.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 16<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BONFILS (S.), *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et PAYET (M.-S.), *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006.

GAFFIOT (F.), *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 2000.

GAUDU (F.) et VATINET (R.), *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001.

GAUDU (F.) et VATINET (R.), *Droit du travail*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013.

GAVALDA (C.) et PARLEANI (G.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 2010.

GENEREUX (J.), *Economie politique. 1. Introduction à l'analyse économique*, 3<sup>e</sup> éd., Hachette, 2003.

GHESTIN (J.), *Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1994.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 2, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013.

GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *Droit de la franchise*, Litec, 2011.

GUINCHARD (S.) et autres, *Droit processuel*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015.

GUYENOT (J.), *Les contrats de concession commerciale*, Préf. R. Houin et B. Goldman, BDC, t. 16, Sirey, 1968.

GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, 12<sup>e</sup> éd., Economica, 2003.

HART (H. L.), *Le concept de droit*, trad. fr. M. van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976.

HOBBS (T.), *Léviathan*, Oxford university press, 1996.

HUET (J.), *Les principaux contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001.

JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 8<sup>e</sup> éd., Litec, 2013.

JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.) et CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014.

JAMIN (C.), *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Dalloz, 2013.

JESSUA (C.), *Le capitalisme*, PUF, 2010.

JESTAZ (P.) et JAMIN (C.), *La doctrine*, Dalloz, 2004.

JESTAZ (P.), *Les sources du droit*, Dalloz, 2015.

JOBARD-BACHELIER (M.-N.), BACHELIER (X.) et BUK LAMENT (S.), *La technique de cassation*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013.

JOULE (R.-V.) et BEAUVOIS (J.-L.), *La soumission librement consentie*, PUF, 2006.

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Préf. D. Deroussin, 2<sup>e</sup> éd., 1939, Dalloz, réimpr. 2006.

KAHN (M.), *Franchise et Partenariat*, Dunod, 2009.

KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, 1979, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996.

KESSEDJIAN (C.), *Droit du commerce international*, PUF, 2013.

LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2015.

LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2012.

LEGEAIS (D.), *Droit commercial et des affaires*, 20<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014.

LE GOFF (J.), *Droit du travail et société*, t. 1, PUR, 2001.

LELOUP (J.-M.), *La franchise*, 4<sup>e</sup> éd., Delmas, 2004.

LELOUP (J.-M.), *Agents commerciaux*, 6<sup>e</sup> éd., Delmas, 2005.

LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2007.

LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Les contrats de concession*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2010.

LE TOURNEAU (P.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2012.

LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013.

LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, Delmas, 2013.

LOCKE (J.), *Traité du gouvernement civil*, GF Flammarion, 1992.

LOKIEC (P.), *Droit du travail*, t. 1, PUF, 2011.

LUCAS de LESSAC (C.) et PARLEANI (G.), *Droit du marché*, PUF, 2002.

LYON-CAEN (G.), *Le salaire*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1981.

LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990.

LYON-CAEN (G.), PELISSIER (J.) et SUPIOT (A.), *Droit du travail*, 17<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1994.

MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008.

MAINGUY (D.), *Dictionnaire de droit du marché*, Ellipses, 2008.

MAINGUY (D.), *Introduction générale au droit*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2010.

MAINGUY (D.), *L'action de groupe en droit français*, Gazette du Palais et Lextenso, 2014.

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014.

MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCE (M.), *Droit de la concurrence*, Litec, 2010.

MALAUURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

MALAUURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNK (P.), *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 6<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015.

MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014.

MANKIW (N. G.), *Principe de l'Economie*, Economica, 1998.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

MENDOZA-CAMINADE (A.), *Droit de la distribution*, Montchrestien, 2011.

MERLE (P.) et FAUCHON (A.), *Sociétés commerciales*, 18<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014.

MESTRE (J.) et PANCRAZI (E.), *Droit commercial*, 28<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009.

MOUSSERON (J.-M.) et autres, *Droit de la distribution*, Libr. tech., 1975.

MOUSSERON (J.-M.), *Technique contractuelle*, Ed.Francis Lefebvre, 2010.

MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), FABRE (R.) et PIERRE (J.-L.), *Droit du commerce international*, 4<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012.

NOURISSAT (C.) et BONNAMOUR (B.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013.

OGUS (A.) et FAURE (M.), *Economie du droit : le cas français*, Préf. L. Vogel, éd. Panthéon-Assas, 2002

OST (F.), *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, in *Droit et intérêt*, vol. 2, Publ. Fac. Univ. Saint-Louis, 1990

PASCAL (B.), *Pensées*, GF Flammarion, 1976.

PASSA (J.), *Distribution et usage de marque*, Litec, 2002.

PÉDAMON (M.) et KENFACK (H.), *Droit commercial*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011.

PELLISSIER (J.) et autres, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008.

PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

PÉTEL (P.), *Le contrat de mandat*, Dalloz, 1994.

PÉTEL (P.), *Procédures collectives*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014.

PETIT (N.), *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1923.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), par ROUAST (A.) et autres, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1954.

POUND (R.), *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, 1922.

PRIETO (C.) et BOSCO (D.), *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2013

PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013.

REY (A.) et autres, *Dictionnaire culturel en langue française*, Robert, 2005.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949.

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1951.

RIPERT (G.) et ROBLLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Droit commercial*, t. 2, 17<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2004.

RIPERT (G.) et ROBLLOT (R.), par VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique*, t. 1, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010.

RIPERT (G.) et ROBLLOT (R.), par GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), *Les sociétés commerciales*, 21<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

ROUSSEL GALLE (P.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, 2012.

RAYGROBELLET (A.) et DENIZOT (C.), *Fonds de commerce*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011.

RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), *Droit du travail*, PUF, 1993.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011.

RODIÈRE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

ROUAST (A.) et DURAND (P.), *Précis de droit du travail*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1963.

ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du Contrat social*, Folio, 2001.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) et autres, *Les contrats de consommation : règles communes*, LGDJ, 2013.

SAYAG (A.) (dir.), *Le contrat-cadre. 1-Exploration comparative*, Litec, 1994.

SAYAG (A.) (dir.), *Le contrat-cadre. 2-La distribution*, Litec, 1995.

SCELLE (G.), *Le Droit ouvrier*, 2<sup>e</sup> éd., A. Colin, 1929.

SERIAUX (A.), *Une introduction au droit*, Ellipse, 1997.

SERIAUX (A.), *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1997.

SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. maj., PUF, 2014.

SERRA (Y.), *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991.



SERRA (Y.), *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1992.

SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008

SIMON (F.-L.), *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éd., 2009.

SPINOZA (B.), *Traité des autorités théologique et politique*, in *Œuvres complètes*, Bibliothèque de la pléiade, Gallimard, 2002.

SUPIOT (A.), *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999.

SUPIOT (A.), *Humo juridicus*, Ed. Seuil, 2004.

SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, 2007.

TERRE (F.) (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013.

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012.

TERRÉ (F.) et SIMLER (P.), *Les biens*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013.

TERRYN (E.) (dir.) et VOINOT (D.) (dir.), *Droit européen des pratiques commerciales déloyales*, Larcier, 2012

TEYSSIÉ (B.), *Droit européen du travail*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2013.

TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.) et MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2014.

VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2008.

VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2011.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013.

VOGEL (L.), *Droit de la concurrence*, LawLex et bruylant, 2015.

VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *Droit de la distribution européen et français*, Lawlex, 2011.

ZÉNATI (F.), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991.

ZÉNATI (F.) et REVET (T.), *Les biens*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2008.

## II. THÈSES

ALBIGÈS (C.), *De l'équité en droit privé*, Préf. R. Cabrillac, BDP, t. 329, LGDJ, 2000.

AL SURAIHY (Y.), *La fin du contrat de franchise*, thèse Poitiers, 2008.

AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, BDP, t. 256, LGDJ, 1995.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Préf. L. Aynès, Economica, 2002.

ARCELIN (L.), *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Préf. M.-D. Hagelsteen, BDE, t. 61, Litec, 2003.

AUBERT-MONPEYSSSEN (T.), *Subordination juridique et relation de travail*, Préf. M. Despax, Ed. CNRS, 1988.

AUBRY (H.), *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Préf. A. Ghazi, PUAM, 2002.

AUGUET (Y.), *Concurrence et clientèle*, Préf. Y. Serra, BDP, t. 315, LGDJ, 2000.

AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, Préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984.

AZEMA (J.), *La durée des contrats successifs*, Préf. R. Nerson, BDP, t. 102, LGDJ, 1969.

BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, Préf. M. Gobert, BDP, t. 432, LGDJ, 2005.

BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, Thèse Paris 2, 2014.

BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2010.

BARTELEMY (E.), *De la résiliation du louage de service (loi du 27 décembre 1890)*, Librairie de la Cour d'appel et de l'ordre des avocats, Paris, 1896.

BAUGARD (D.), *La sanction de requalification en droit du travail*, Préf. G. Couturier, IRJS, 2011.

BENOIT-RENAUDIN (C.), *La responsabilité du préposé*, Préf. P. Delebecque, BDP, t. 520, LGDJ, 2010.

BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, Préf. B. Goldman, BDP, t. 132, LGDJ, 1973.

BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, Préf. X. Boucobza, Fondation Varenne, LGDJ, 2011.

BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Préf. J.-L. Souriaux, BDP, t. 320, LGDJ, 1999.

BIDAUD (L.), *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Préf. F. Jenny, BDE, t. 51, Litec, 2001.

BLANC (N.), *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Préf. P.-Y. Gautier, NBT, vol. 93, Dalloz, 2010.

BLANLUET (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, Préf. P. Catala et M. Cozian, BDP, t. 313, LGDJ, 1999.

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, Préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2005.

BOURDET (M.), *Les droits des représentants et agents commerciaux sur la clientèle*, thèse Toulouse, 1958.

BRÈS (A.), *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Préf. J. Raynard, BDE, t. 80, Litec, 2009.

CAMANA (H.), *La conception du contrat de la jurisprudence contemporaine relative au contrat de travail*, thèse Paris 1, 2007.

CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, Préf. F. Gaudu, BIAT, t. 14, LGDJ, 2007.

CARDOSO-ROULOT (N.), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Préf. E. Loquin, L'Harmattan, 2008.

CERMOLACCE (A.), *Cause et exécution du contrat*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2001.

CESARO (J.-F.), *Le doute en droit privé*, Préf. B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, 2003.

COLICHE (E.), *La condition des représentants, voyageurs et palciers du Commerce et d'Industrie*, SAIEN, 1938.

CORGAS-BERNARD (C.), *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Préf. C. Jamin, PUAM, 2006.

CORIATT-ATTIA (I.), *Le statut de la pluriactivité en droit social*, Préf. D. Berra, PUAM, 1999.

CATHIARD (A.), *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, Préf. X. Lagarde, PUAM, 2006.

CATONI (J.), *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, BDC, t. 22, Sirey, 1969.

CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, NBT, vol. 32, Dalloz, 2004.

CHANTEPIE (G.), *La lésion*, Préf. G. Viney, BDP, t. 470, LGDJ, 2006.

CHARBONNEAU (C.), *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Préf. P. Delebecque, Bibl. IRJS, t. 29, IRJS éd., 2011.

CHATARD (D.), *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés*, Préf. B. Teyssié, LexisNexis, 2013.

CHATAIN-AUTAJON (L.), *La notion de fonds en droit privé*, Préf. P. Mousseron, BDE, t. 72, Litec, 2006.

CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 2, 1996.

CHENEDE (F.), *Les commutations en droit privé*, Préf. A. Ghozi, Economica, 2008.

CHONE (A.-S.), *Les abus de domination*, Préf. B. Teyssié, Economica, 2010.

CLAVEL (J.), *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international*, thèse Paris 2, 2011.

CLAUDEL (E.), *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse Paris 5, 1994.

COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Préf. E. Loquin, Litec, 2006.

CUIF (P.-F.), *Le contrat de gestion*, Préf. L. Aynès, Economica, 2004.

CUTAJAR-RIVIERE (C.), *La société écran. Essai sur la notion et son régime juridique*, Préf. P. Diener, BDP, t. 292, LGDJ, 1998.

DABOSVILLE (B.), *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Préf. A. Lyon-Caen, NBT, vol. 123, Dalloz, 2013.

DE BOÜARD (F.), *La dépendance économique née d'un contrat*, Préf. G. Viney, BIAT, t. 13, LGDJ, 2007.

DECAUDIN (J.), *Le gérant non-salarié dans les maisons d'alimentation à succursales multiples*, thèse Paris, 1951.

DE FONTMICHEL (M.), *Le faible et l'arbitrage*, Préf. T. Clay, Economica, 2013.

DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Préf. F. Collart Dutilleul et G. J. Martin, L'Harmattan, 1997.

DENIZOT (A.), *L'universalité de fait*, Préf. R. Libchaber, Fondation Varenne, LGDJ, 2008.

DESBARATS (I.), *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, BDS, t. 28, LGDJ, 1996.

DEVESA (P.), *L'opération de courtage*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 30, Litec, 1993.

DIAS (C.), *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Préf. I. Urbain-Parléani, PUAM, 2014.

DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, Préf. Y. Lequette, BDP, t. 339, LGDJ, 2000.

DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. Seube, L'Harmattan, 2012.

DILOY (C.), *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, Préf. J.-M. Jacquet et L. Peyrefitte, BDP, t. 334, LGDJ, 2000.

DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Préf. C. Jamin, BDP, t. 485, LGDJ, 2007.

DOUCHY-LOUDOT (M.), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Préf. A. Sériaux, Economica, 1997.

DUMARCAY (M.), *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, Préf. B. Lasserre, BDE, t. 84, Litec, 2010.

DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 45, Litec, 2000.

DUPOUX (L.), *L'indemnité de licenciement*, thèse Rennes, 1942.

DRAI (L.), *Le droit du travail intellectuel*, Préf. P.-Y. Verkindt, BDS, t. 42, LGDJ, 2005.

DRIGUEZ (L.), *Droit social et Droit de la concurrence*, Préf. L. Idot, FEC/Bruylant, 2006.

ENCINAS de MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 254, LGDJ, 1995.

ERESEO (N.), *L'exclusivité contractuelle*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 79, Litec, 2008.

EUTEDJIAN (C.), *Le droit face aux subordinations économiques dans les relations de distribution*, thèse Aix-Marseille 3, 1999.

FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 52, LGDJ, 2010.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 221, LGDJ, 1991.

FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1997.

FERRIER (N.), *La délégation de pouvoirs, technique d'organisation de l'entreprise*, Préf. P. Pétel, BDE, t. 68, Litec, 2005.

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, BDP, t. 221, LGDJ, 2002.

FLATTET (G.), *Les contrats pour le compte d'autrui*, Sirey, 1950.

FOURNIER (F.), *L'agence commerciale*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 37, Litec, 1998.

FOURNIER (F.), *L'agence commerciale*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 37, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2005.

FROSSARD (S.), *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Préf. J.-M. Béraud, BDS, t. 33, LGDJ, 2000.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Préf. G. Cornu, Economica, 1985.

GARDES (D.), *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, Préf. L. Casaux-Labrunée, PUTC, 2013.

GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, Préf. M. Béhar-Touchais, BDP, t. 273, 1996.

GAUCHER-PIOLA (A.), *L'indemnité de clientèle des Représentants, voyageurs et placiers du commerce et de l'industrie*, thèse, Bordeaux, 1941.

GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, Préf. L. Leveneur, BDP, t. 484, LGDJ, 2007.

GERRY-VERNIERES (S.), *Les « petites » sources du droit*, Préf. N. Molfessis, Economica, 2012.

GICQUIAUD (E.), *L'équivalence en droit de l'entreprise*, Préf. P. Briand, Fondation Varenne, LGDJ, 2013.

GOMY (M.), *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, Préf. Y. Serra, PUP, 1999.

GOURDON (P.), *L'exclusivité*, Préf. P. Le Cannu, BDP, t. 455, LGDJ, 2006.

GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Préf. Y. Lequette, BDP, t. 509, LGDJ, 2009.

GRIGNON (P.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Préf. J.-M. Mousseron et D. Ferrier, BDE, t. 44, Litec, 2000.

GRILLET-PONTON (D.), *Essai sur le contrat innommé*, thèse Lyon 3, 1982.

GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement de droit privé*, Préf. Y. Lequette, Defrénois, 2006.

GRUNBERG (H.), *L'intérêt commun dans les contrats de distribution*, thèse Rennes, 1983.

GUERLIN (G.), *L'attente légitime du contractant*, thèse Amiens, 2008.

HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, Préf. N. Molfessis, Economica, 2012.

HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat*, Préf. L. Aynès, BDP, t. 536, LGDJ, 2012.

HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris 2, 1973.

HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H. Muir Watt, PUAM, 2001.

HYDE (M.-A.), *Les atteintes aux libertés individuelles par le contrat*, thèse Paris 1, 2012.

ICARD (J.), *Analyse économique et droit du travail*, thèse Paris 1, 2012.

JACQUET (P.), *La succursale et le gérant des maisons d'alimentation*, thèse Lyon, 1934.

JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats*, Préf. F. Ferrand, NBT, Dalloz, 2001.

JOHANSSON (A.), *La détermination du temps de travail effectif*, Préf. F. Meyer, BDS, t. 44, LGDJ, 2006.

JULIEN (J.), *La responsabilité du fait d'autrui*, Préf. P. Le Tourneau, PUAM, 2001.

KARIMI (A.), *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, BDP, t. 306, LGDJ, 2001.

LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Préf. H. Muir Watt, BDP, t. 419, LGDJ, 2004.

LAUDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992.

LAVEFVE LABORDERIE (A.-S.), *La pérennité contractuelle*, Préf. C. Thiberge, BDP, t. 447, LGDJ, 2005.

LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, Préf. C. Saint-Alary-Houin, PUAM, 2000.

LATTI (J.-B.), *La force de vente de l'entreprise*, Thèse Montpellier 1, 1995.

LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes.*, Préf. M. Pédamon, BDE, t. 57, Litec, 2002.

LECLERCQ (P.), *Les clientèles attachées à la personne*, Préf. P. Catala, BDP, t. 55, LGDJ, 1965.

LE FLOCH (P.), *Le fonds de commerce : essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, Préf. J. Paillusseau, BDP, t. 192, LGDJ, 1986.

LE GALLOU (C.), *La notion d'indemnité en droit privé*, Préf. A. Sériaux, BDP, t. 486, LGDJ, 2007.

LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Préf. s. Chassagnard-Pinet et G. Chantepie, Mare & Martin, 2014.

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012.

LEROY (Y.), *L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail*, Préf. C. Marraud, BDS, t. 55, LGDJ, 2011.

LOYER-LEMERCIER (M.-J.), *L'intermédiaire contractuel*, thèse Paris 2, 2006.

LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préf. C. Witz, BDE, t. 58, Litec, 2002.

LITTY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 322, LGDJ, 1999.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Préf. A. Lyon-Caen, BDP, t. 408, LGDJ, 2004.

MAINGUY (D.), *La revente*, Préf. P. Malaurie, BDE, t. 35, Litec, 1996.

MALLEN (G.), *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités française et européennes de la concurrence*, Préf. L. Arcelin-Lécuyer, L'Harmattan, 2014.

MARTEL (D.), *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, Préf. P. Stoffel-Munck, Bibl. IRJS, t. 34, IRJS éd., 2012.

MARTIN (A.-C.), *L'imputation des risques entre contractants*, Préf. D. Ferrier, BDP, t. 508, LGDJ, 2009.

MARTIN (M.), *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, Préf. L. Vogel, PUAM, 2012.

MARTINON (A.), *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Préf. B. Teyssié, NBT, vol. 48 Dalloz, 2005.

MARZAL YETANO (A.), *La dynamique du principe de proportionnalité*, Préf. H. Muir Watt, Fondation Varenne, LGDJ, 2014.

MAURIN (L.), *Contrat et droits fondamentaux*, Préf. E. Putman, BDP, t. 545, LGDJ, 2013.

MAZIÈRE (P.), *Le principe d'égalité en droit privé*, Préf. B. Teyssié, PUAM, 2003.

MEGNIN (S.), *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, Préf. E. Jayme, BDE, t. 63, Litec, 2003.

MELIN-SOUCRAMANIEN (B.), *Le juge des référés et le contrat*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2000.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 411, LGDJ, 2004.

MILLET (F.), *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Préf. A. Benabent et A. Lyon-Caen, PUCF, LGDJ, 2001.

NAJM-MAKHLOUF (C.), *Tacite reconduction et volonté des parties*, Préf. H. Lecuyer, BDP, t. 542, LGDJ, 2013.

NARAYAN-FOURMENT (H.), *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix*, PUAM, 2003.

NEAU-LEDUC (P.), *La réglementation de droit privé*, Préf. T. Revet, BDE, t. 38, Litec, 1998.

NERET (J.), *Le sous-contrat*, Préf. P. Catala, BDP, t. 163, LGDJ, 1979.

NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, Préf. F. Labarthe, BDP, t. 382, LGDJ, 2002.

OUERDANE-AUBERT de VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. Y. Lequette, NBT, vol. 19, Dalloz, 2002.

PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1996.

PASQUIER (T.), *L'économie du contrat de travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 53, LGDJ, 2010.

PASTRE-BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif en droit privé français*, Préf. R. Cabrillac, PUAM, 2006.

PELLE (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Préf. J. Foyer et M.-L. Demeester, Dalloz, 2007.

PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, Préf. Y. Lequette, BDP, t. 535, LGDJ, 2012.

PEPIN (N.), *Le lien de subordination juridique dans les relations de travail*, Thèse Montpellier, 2010.

PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Préf. A. Lyon-Caen, BDS, t. 45, LGDJ, 2008.

PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Préf. M. Cabrillac, BDE, t. 20, Litec, 1988.

PETIT (S.), *La rupture abusive des relations commerciales*, Thèse Lille 2, 2007.

PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, Préf. P. Delvolvé, Bibl. dr. publ., t. 274, LGDJ, 2013.

PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, Préf. L. Leveneur, Coll. des thèses, t. 35, Defrénois- Lextenso éd., 2009.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préf. G. Couturier, BDP, t. 208, LGDJ, 1989.

PIGACHE (C.), *Le mandat d'intérêt commun*, thèse Paris 5, 1991.

PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, Préf. J. Beauchard, PUAM, 2004.

PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, Préf. P.-Y. Gautier, BDP, t. 491, LGDJ, 2007.

PIPPI (F.), *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social*, Préf. G. Lambert, BDS, t. 8, LGDJ, 1966.

PORTA (J.), *La réalisation du droit communautaire*, Préf. A. Lyon-Caen, Fondation Varenne, LGDJ, 2008.

POULAIN (G.), *La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée*, BDS, t. 14, LGDJ, 1971.

PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, Préf. B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, 2002.

RADÉ (C.), *Droit du travail et responsabilité civile*, Préf. J. Hauser, BDP, t. 282, LGDJ, 1997.

RBII (J.), *L'obligation de motivation en droit des contrats*, Thèse Toulouse, 2009.

RENET (T.), *La force de travail*, Préf. F. Zenati, BDE, t. 28, Litec, 1992.

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard*, Préf. P. Weil, Bibl. dr. publ., t. 135, LGDJ, 1980.

RESPAUD (J.-L.), *A propos de l'obligation de contracter dans les contrats de distribution*, thèse Montpellier, 2000.

RIERA (A.), *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, Préf. Y. Picod, avant-propos L. Vogel, Fondation Varenne, LGDJ, 2014.

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 311, LGDJ, 1999.

ROLLAND (A.), *La situation juridique des concessionnaires et franchisés*, thèse Rennes, 1976.

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, Préf. G. Marty, BDP, t. 27, LGDJ, 1961.

ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.), *Le juge et le contrat de travail*, Préf. B. Teyssier, BDS, t. 62, LGDJ, 2014.

ROSA (F.), *Les actes de réglementation privée*, thèse Paris 1, 2011.

RRAPI (P.), *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Préf. A. Roux, NBT, vol. 137, Dalloz, 2014.

SACHS (T.), *La raison économique en droit du travail*, Préf. G. Borenfreud, Post. O. Favereau, BDS, t. 58, LGDJ, 2013.

SENECHAL (J.), *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Préf. M. Défossez, PUAM, 2008.

SERRA (Y.), *L'obligation de non-concurrence*, Préf. J.-M. Mousseron, BDE, t. 23, Sirey, 1970.

SEUBE (A.), *Le contrat de fourniture*, thèse Montpellier, 1970.

SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. Cabrillac, BDE, t. 40, Litec, 1999.

SONET (A.), *Le préavis en droit privé*, Préf. F. Bussy, PUAM, 2003.

STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Préf. M. Picard, Rodstein, 1947.

STATI (O.), *Le standard juridique*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927.

STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, Préf. R. Bout, BDP, t. 337, LGDJ, 2000.

STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. Huet-Weiller, BDP, t. 172, LGDJ, 1982.

TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, LGDJ, 1957.

TEYSSIÉ (B.), *Les groupes de contrats*, Préf. J.-M. Mousseron, BDP, t. 139, LGDJ, 1975.

THIOYE (M.), *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, Préf. D. Tomasin, PUAM, 2004.

TOURNEAU (S.), *L'essai en droit privé : Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, Préf. C. Radé, BDS, t. 54, LGDJ, 2011.

TRIBES (A.), *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse Paris 2, 1975.

TRUONG (C. Q. ;C.), *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Préf. P. Fouchard, BDE, t. 56, Litec, 2002.

VIENNOIS (J.-P.), *La distribution sélective*, Préf. D. Ferrier, BDE, t. 41, Litec, 1999.

VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Préf. J. Ghestin, BDP, t. 190, LGDJ, 1986.

VOIDEY (N.), *Le risque en droit civil*, Préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2005.

ZEVOUNOU (L.), *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Préf. P. Brunet, Bibl. dr. public, t. 272, LGDJ, 2012.

ZANG NDONG (R.-M.), *Le droit des pratiques restrictives de la concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, Thèse Lille 2, 2014.

ZAQUIN (G.), *L'indemnisation du mandataire révoqué en droit commercial*, thèse Paris, 1970.

### III. ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES ET ARTICLES D'ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

- ARCELIN-LECUYER (L.), *Notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence*, JCl. Conc., fasc. 35, 2014.
- ARHEL (P.), *Accords de distribution (Droit de la concurrence)*, Rép. com. Dalloz, 2014.
- ARHEL (P.), *Internet et commerce électronique (Droit de la concurrence)*, Rép. com. Dalloz, 2013.
- AUBRÉE (Y.), *Contrat de travail (Existence - Formation)*, Rép. trav. Dalloz, 2014.
- AZEMA (J.) et autres, *Lamy Droit Commercial*, Lamy, 2013.
- BACH (L.), *Conflits de lois dans le temps*, Rép. civ. Dalloz, 2006, maj. 2014.
- BENAC-SCHMIDT (F.) et LARROUMET (C.), *Responsabilité des commettants*, Rep. Trav. Dalloz, 1999, maj. 2011.
- BIOLET (J.-J.), *Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix – Actions prohibées sur le niveau des prix*, JCl. Conc., fasc. 287, 2009.
- BLAISE (J.-B.), *Abus de position dominante*, Rép. com. Dalloz, 2005, maj. 2015.
- BOUCHER (C.-E.), *Clause de non-concurrence : notion, généralités*, JCl. Distrib., fasc. 120, 2012.
- BOUCHER (C.-E.), *Clause de non-concurrence - Validité*, JCl. Distrib., fasc. 122, 2012.
- BOUCHER (C.-E.), *Clause de non-concurrence - Efficacité*, JCl. Distrib., fasc. 125, 2014.
- BOUT (R.) et autres, *Lamy Droit Économique*, Lamy, 2014.
- CESARO (J.-F.), *Gérants mandataires de succursales*, JCl. Distrib., fasc. 3560, 2003, maj. 2009.
- CESARO (J.-F.), *Gérants de succursales*, JCl. Trav., fasc. 4-5, 2009, maj. 2013.
- CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Statut - Conclusion du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-10, 2012.
- CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Statut - Conclusion du contrat*, JCl. Distrib., fasc. 3440, 2012.
- CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Exécution*, JCl. Trav., fasc. 4-20, 2012.
- CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Exécution*, JCl. Distrib., fasc. 3450, 2012.
- CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Rupture du contrat*, JCl. Trav., fasc. 4-30, 2012, maj. 2014.
- CESARO (J.-F.), *Voyageurs, Représentants et Placiers - Rupture du contrat*, JCl. Distrib., fasc. 3460, 2012.
- CHALARON (Y.), *Gérants de succursales*, Rép. trav. Dalloz, 1997, maj. 2010.
- CHAUVEL (P.), *Commissionnaire*, Rép. com. Dalloz, 2008, maj. 2012.
- CHAUVEL (P.), *Dol*, Rép. civ. Dalloz, 2006, maj. 2013.
- CHAUVEL (P.), *Violence*, Rép. civ. Dalloz, 2013.
- CHONE (A.-S.), *Abus de position dominante - Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce*, JCl. Distrib., fasc. 560, 2010.
- CLAMOUR (G.), *Libertés professionnelles et liberté d'entreprise*, JCl. Libertés, fasc. 1340, 2007.
- CORRIGNAN-CARSIN (D.), *Contrat de travail à durée déterminée*, Rép. trav. Dalloz, 2012.
- CUIF (P.-F.), *Contrat de gestion d'entreprise et contrat de gérance-mandat*, JCl. Distrib., fasc. 1425, 2006.
- DAIGRE (J.-J.), *Société fictive*, Rep. soc. Dalloz, 1999.
- DERRUPPÉ (J.), *Fonds de commerce*, Rép. com. Dalloz, 1998, maj. 2015.
- DEVESEA (P.) et THOMASSET-PIERRE (S.), *Courtage*, JCl. Com., fasc. 326, 2014.
- DISSAUX (N.), *Agent commercial*, JCl. Com., fasc. 324, 2012, maj. 2014.
- DISSAUX (N.), *Franchise*, Rép. com. Dalloz, 2014, maj. 2015.
- DISSAUX (N.), *Clause de non-concurrence*, JCl. com., fasc. 256, 2014.
- DRAI (L.), *Cadres*, JCl. Trav., fasc. 2-12, 2012, maj. 2014.
- DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Contrat de commission - notion*, JCl. Com., fasc. 330, 2010.
- DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Contrat de commission - notion*, JCl. Distrib., fasc. 820, 2004, maj. 2010.
- DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Contrat de commission - régime*, JCl. Distrib., fasc. 830, 2003, maj. 2009.
- DUPAYS (A.) (dir.) et autres, *Lamy Social*, Lamy, 2014.
- DURANTON (G.), *Courtiers*, Rép. com., 2007, maj. 2013.
- FAGES (B.), actualisé par HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Mandat commercial*, JCl. Distrib., fasc. 810, 2014.
- FERRIER (N.), *Contrat de gérance-mandat*, JCl. Com., fasc. 323, 2008.
- FORTIS (E.), *Entreprises en difficulté (Responsabilité et sanctions)*, Rép. com. Dalloz, 2007, maj. 2015.
- GAUDEMET (S.), *Application de la loi dans le temps - Introduction*, JCl Civil Code, fasc. 10, 2011.

GAUDEMET (S.), *Application de la loi dans le temps - Le juge et l'article 2*, JCl Civil Code, fasc. 20, 2011.

GAUDEMET (S.), *Application de la loi dans le temps - Le législateur et l'article 2*, JCl Civil Code, fasc. 30, 2011.

GICQUIAUD (E.), *Le cotrnat à l'épreuve du déséquilibre significatif*, RTD com. 2014, p. 267 s.

GUEZ (P.), *Contrat de courtage*, JCl. Distrib., fasc. 850, 2012.

GUEZ (P.), *Coutiers - Coutiers spécialisés*, JCl. Com., fasc. 328, 2013.

GRIGNON (P.), *Distribution*, Rép. com. Dalloz, 2004, maj. 2014.

GRIGNON (P.), *VRP*, Rép. trav. Dalloz, 2007, maj. 2012.

GRIGNON (P.), *VRP*, Rép. com. Dalloz, 2007, maj. 2012.

HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Qualité d'agent*, JCl. Distrib., fasc. 3490, 2013.

HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Contrat d'agence*, JCl. Distrib., fasc. 3500, 2013.

HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Fin du contrat d'agence - Causes de la rupture*, JCl. Distrib., fasc. 3510, 2012.

HANINE-ROUSSEL (J.-J.), *Agents commerciaux - Fin du contrat d'agence - Conséquences et contentieux de la rupture*, JCl. Distrib., fasc. 3515, 2012.

HERAIL (M.), *Coopérative de commerçants détaillants*, Rép. soc. Dalloz, 2006.

HOUTCIEFF (D.), *La protection du consentement - L'obligation d'information*, Lamy Droit du contrat, étude 132, maj. 2015.

JEANSEN (E.), *Salariat - Définition*, JCl. Trav., fasc. 17-1, 2009.

JEULAND (E.), *Cession de contrat*, Rep. civ. Dalloz, 2010.

KENFACK (H.), *Gérance de fonds de commerce*, Rép. com. Dalloz, 2008, maj. 2014.

KENFACK (H.), *Location-gérance de fonds de commerce*, Rép. com. Dalloz, 2006, maj. 2014.

KULLMANN (J.) (dir.) et autres, *Lamy Assurance*, Lamy, 2014.

LANGE (D.), *Intermédiaires d'assurances - Règles générales*, JCl. Ass., fasc. 630, 2008, maj. 2014.

LANGE (D.), *Intermédiaires d'assurances - Règles particulières aux agents généraux - Le contrat d'agence générale d'assurance*, JCl. Ass., fasc. 635-10, 2004, maj. 2014.

LANGE (D.), *Intermédiaires d'assurances - Règles particulières aux agents généraux - L'entreprise d'agence générale d'assurance*, JCl. Ass., fasc. 635-20, 2004, maj. 2014.

LANGE (D.), *Intermédiaires d'assurances - Règles particulières aux courtiers*, JCl. Ass., fasc. 640, 2010, maj. 2014.

LATINA (M.), *Contrat (Généralités)*, Rép. civ. Dalloz, 2013, maj. 2014.

LECOURT (A.), *Groupe de sociétés*, Rép. soc. Dalloz, 2011.

LELOUP (J.-M.), *Agent commercial*, Rép. com. Dalloz, 2003, maj. 2014.

LELOUP (J.-M.), *Agences commerciales*, Rep. europ. Dalloz, 2012.

LE TOURNEAU (P.), *Mandat*, Rép. civ. Dalloz, 2011, maj. 2013.

LE TOURNEAU (P.), *Concessions - Distribution, circuits et réseaux de distribution - Inventaire des diverses concessions - Fondement et protection des réseaux de distribution*, JCl. Distrib., fasc. 1010, nov. 2009, maj. oct. 2012.

LE TOURNEAU (P.), *Concession exclusive - Conditions de validité au regard du droit des contrats - Formation - Prix et durée*, JCl. Distrib., fasc. 1025, 2009, maj. 2012.

LE TOURNEAU (P.), *Concession exclusive - Effets - Rupture*, JCl. Distrib., fasc. 1035, 2009, maj. 2014.

LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Franchisage - Variétés du franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage - Droit de la concurrence et franchisage*, JCl. Distrib., fasc. 1045, 2011, maj. 2013.

LE TOURNEAU (P.) et ZOIA (M.), *Franchisage - Franchisage dans le domaine des services - Le franchiseur et le franchisé*, JCl. Distrib., fasc. 1050, 2011, maj. 2014.

LE TOURNEAU (P.) et POUMAREDE (M.), *Bonne foi*, Rép. civ. Dalloz, 2009, maj. 2014.

LE TOURNEAU (P.) et KRAJESKI (D.), *Contrat "intuitu personae"*, JCl. Distrib., fasc. 200, 2012.

MEKKI (M.), *Mandat - Définition et caractères distinctifs*, JCl. Civil Code, fasc. 10, 2009, maj. 2012.

MESTRE (J.), VELARDOCCIO (D.) et MPINDI (I.), *Lamy Sociétés Commerciales*, Lamy, 2013.

MONSERIE-BON (M.-H.), *Groupes de sociétés - Filiales, participation et sociétés contrôlées - Régime juridique*, JCl. Soc., fasc. 165-10, 2012, maj. 2013.

NICOLAS-VULLIERME (L.), *Rupture brutale de relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-6, I, 5°)*, JCl Conc., fasc. 300, 2010.

OLSZAK (N.), *Enseigne*, Rép. com. Dalloz, 2005, maj. 2013.

PASQUALINI (F.), *Responsabilité du banquier*, Rep. com. Dalloz, 2005, maj. 2015.

PÉTEL (P.), *Agents commerciaux*, JCl. Com., fasc. 331, 1997.

PICOD (Y.) et ROBINNE (S.), *Concurrence (Obligation de non-concurrence)*, Rép. trav. Dalloz, mai 2009, maj. 2012.

PICOD (Y.), AUGUET (Y.) et GOMY (M.), *Concurrence (Obligation de non-)*, Rép. com. Dalloz, 2009, maj. 2014.

PREVAULT (J.) et OLSZAK (N.), *Contrat d'intégration en agriculture*, Rep. civ. Dalloz, 2006.

SALGADO (M.-B.), *Biens de l'exploitation – Éléments incorporels – Clientèle. Nom commercial et enseigne. Propriété incorporelles*, JCl. Com., fasc. 207, juil. 2009.

SCHIDT SZALEWSKI (J.), *Savoir-faire* ; Rep. com. Dalloz, 2009.

SIMON (D.), *Directive*, Rep. europ. Dalloz, 1998, maj. 2012.

VACHET (G.), *Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture : Préavis - Indemnité de licenciement)*, Rép. trav. Dalloz, 2009, maj. 2014.

VACHET (G.), *Salaire - Fixation*, JCl. Trav., fasc. 26-10, 2013.

VIALLA (F.), *Clientèle*, Rép. civ. Dalloz, 2003, maj. 2013.

VIVANT (M.) et ROBIN (A.), *Convention de ducroire*, JCl. Distrib., fasc. 2940, 2005.

VOINOT (D.), *Agents d'affaires*, Rép. com. Dalloz, 2002, maj. 2011.

ZOIA (M.), *Fonds de commerce et contrats de distribution*, JCl. Distrib., fasc. 1410, 2013.

#### **IV. ÉTUDES, ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS ET NOTES, OBSERVATIONS OU COMMENTAIRES SOUS JURISPRUDENCE**

ACQUAVIVA (J.), *A propos des gérants de succursales*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. Teyssié, Litec, 1992, p. 69 s.

ALLIX-DESFAUTAUD (C.), *La franchise : renouveau du commerce associé*, in *Commerce et Distribution : Prospective et Stratégies*, Economica, 2005.

AMARO (R.), *Le déséquilibre en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation*, CCC 2014, étude 8.

AMIEL-COSME (L.), *La théorie institutionnelle du réseau*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1 s.

AMEDEE-MANESME (G.), *La politique des prix et la commission-affiliation : un juste équilibre à trouver*, D. aff. 1999, p. 1160 s.

AMEDEE-MANESME (G.), *Le document pré-contractuel imposé par l'article 1<sup>er</sup> de la loi Doubin et le décret du 4 avril 1991 : analyse et proposition d'un pré-contrat type*, JCP E 1991.I.66.

AMEDEE-MANESME (G.), *La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé et de l'impact de l'appartenance à un réseau en cas de cession de ce fonds de commerce*, JCP E 2010, 1110.

AMRANI-MEKKI (S.), *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade de contrats*, Defr. 2002, p. 355 s.

AMRANI-MEKKI (S.), *La résiliation des contrats à durée déterminée*, Defr. 2003, p. 369 s.

ANDRE (C.), *L'obligation de modérer le dommage en droit interne*, D. 2002, p. 307 s.

ANDRE (M.-E.), *L'intuitu personae dans les contrats entre professionnels*, in Mél. M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 23 s.

ANTONMATTEI (P.-H.), *Les éléments du contrat de travail*, DS 1999, p. 330 s.

ANTONMATTEI (P.-H.), *Les clauses du contrat de travail*, Liaisons sociales, 2005, p. 84 s.

ANTONMATTEI (P.-H.), *Le licenciement pour trouble objectif*, DS 2012, p. 10 s.

ANCEL (P.), *Critères et sanctions de l'abus de droit*, JCP E 1998, CDE 6/1998, p. 30 s.

ANCEL (P.), *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 s.

ANCEL (P.), *Contrat de fait et comportements sociaux typiques*, RDC 2004, p. 1087 s.

ATIAS (C.) et LINOTTE (D.), *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, chron. p. 251 s.

ATIAS (C.), *Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative)*, D. 2003, p. 1103 s.

AUBERT-MONPEYSSEN (T.), *Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail*, DS 1997, p. 616 s.

AUBERT de VINCELLES (C.), *Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix*, D. 2006, p. 2629 s.

AUBERT de VINCELLES (C.), *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, RDC 2007, p. 983 s.

AUBRY (H.), *La franchise et les modèles concurrents*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, n°4174.



AUGAGNEUR (L.-M.), *La répercussion d'une baisse d'activité sur les fournisseurs et sous-traitants constitue-t-elle une rupture partielle des relations commerciales établies ?*. – Ou comment la crise révèle un cas d'imprévision, JCP E 2009, 1446.

AUGAGNEUR (L.-M.), *L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales. À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation*, JCP E 2009, 1969.

AUQUE (F.), *Dépendance ou partenariat : quelles conséquences à l'égard des tiers ?*, in *Fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat ?*, PA 06/03/1996, p. 34 s.

AUQUE (F.), *La commission-affiliation*, AJDI 2001, p. 1059 s.

AUQUE (F.), *Bail commercial et commerces intégrés*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, dir. C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 167 s.

AUQUE (F.), *La propriété commerciale du commissionnaire-affilié, à propos de l'arrêt Chattawak 2*, JCP E 2010, 1860.

AUQUE (F.), *L'apparition de nouveaux modes d'exploitation du fonds de commerce*, GP 2009.I.1792.

AUZERO (G.), *Les dispositions à caractère social de la loi no 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises*, Bull. Joly Soc. 2005, p. 1083 s.

AUZERO (G.), *Le législateur à nouveau au chevet de la gérance-mandat*, RDT 2010, p. 642 s.

AUZERO (G.), *L'exercice du pouvoir de licencier*, DS 2010, p. 289 s.

AUZERO (G.), *Les co-employeurs*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 43 s.

AUZERO (G.), *Le droit du licenciement pour motif économique confronté au principe de l'autonomie des personnes morales*, in Mél. P. Le Cannu, LGDJ, 2014, p. 654 s.

AYNÈS (L.), *Rapport introductif, in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 3 s.

AYNÈS (L.), *L'obligation de loyauté, in L'obligation*, APD 2000, t. 44, Dalloz, p. 195 s.

AYNÈS (L.), *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives*, D&P mai 2004, p. 64 s.

AYNÈS (L.), *Motivation et justification*, RDC 2004, p. 555 s.

AYNÈS (L.), *La contrainte en droit des contrats*, in *La contrainte*, dir. L. Grymbaum, Economica, 2007, p. 35 s.

AYNÈS (L.), *La confiance en droit privé des contrats*, in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénadou et M. Chagny, Dalloz, 2008, p. 153 s.

BALLOT-LENA (A.), *Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence*, note ss. Com. 08/07/2008, JCP E 2008, 2143 com. , n° 07-16761.

BARABEL (M.), et MEIER (O.), *Biais cognitifs du dirigeant, conséquences et facteurs de renforcement lors de fusions-acquisitions : synthèse et illustrations*, Finances Contrôle Stratégie, vol. 5, n° 1, mars 2002, p. 5 s.

BARBIER (H.), *Le vice du consentement pour cause de violence économique*, D&P 10/2014, p. 50 s.

BARTHÉLÉMY (J.), *Le professionnel parasubordonné*, JCP E 1996.I.606.

BARTHÉLÉMY (J.), *Contrats de travail et d'entreprise : nouvelles frontières, Réflexions sur la loi Madelin*, JCP E 1994.I.361.

BERTHÉLÉMY (J.), *Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise*, JCP E 2009, 1455.

BASSINET (P.), *Les mobiles du législateur. Emergence de la notion de contrat d'intérêt commun*, PA 07/12/1990, p. 20 s.

BAUGARD (D.), *Le droit à l'emploi*, DS 2014, p. 332 s.

BEALE (H.), *L'abus de pouvoir dans les contrats de longue durée et les limites du droit des contrats*, in Mél. A. Sayag, Litec, 1997, p. 117 s.

BEAUCHARD (J.), *Réflexion sur le déréférencement abusif*, PA 07/02/1997, p. 13 s.

BEAUCHARD (J.), *La stabilisation des relations commerciales : la rupture d'une relation commerciale établie*, PA 05/01/1998, p. 14 s.

BEAUCHARD (J.), *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat*, in Mél. P. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37 s.

BEAUCHARD (J.), *Protection du franchisé : faut-il une réforme législative ?*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 261 s.

BECQUE (P.), *L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive*, CDE 1985/6 p. 25 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 83 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *L'amende civile, un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ?*, PA 20/11/2002,

p. 36 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *L'ordre concurrentiel et le droit des contrats*, in Mél. A. Pirovano, Ed. Firson-Roche, 2003, p. 235 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *À la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence*, RLC 2005, 136.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *"Le choc des titans" : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ?*, in Mél. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 53 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *La rupture d'une relation commerciale établie*, PA 09/10/2008, p. 9 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ?*, RDC 2009, p. 1258 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *L'exclusivité du franchisé*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 121 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution*, in *L'efficacité du contrat*, dir. G. Lardeux, Dalloz, 2011, p. 21 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *L'équilibre du contrat en droit commercial*, in *L'équilibre du contrat*, dir. G. Lardeux, PUAM, 2012, p. 27 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Les obstacles à la sortie du franchisé*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4180.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Projet de loi Hamon : Le droit des pratiques restrictives est-il en passe de devenir du droit administratif ?*, Concurrences 4/2013, 58722, p. 5 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *A propos du Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe (Réponse du réseau Trans Europe Experts)*, RLC 2013, 2342.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Quand la cour d'appel de Paris tente de systématiser le déséquilibre significatif*, RDC 2014, p. 231 s.

BECKARD-CARDOSO (J.) et DESPLATS (M.), *Non-concurrence : trois clauses, deux chambres, une question*, JCP E 2010, 1157.

BECKER (H.), *La protection de la franchise en Allemagne*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 237 s.

BÉNABENT (A.), *Le contrat d'intérêt commun en droit positif et en droit communautaire*, PA 07/12/1990, p. 21 s.

BÉNABENT (A.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français*, in trav. Ass. H. Capitant, *La bonne foi*, Litec, 1992, p. 291 s.

BÉNABENT (A.), *L'hybridation dans les contrats*, Mél. M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 27 s.

BÉNABENT (A.), *Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux*, in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz et Litec, 2004, p. 245 s.

BÉNABENT (A.), *L'indemnisation du franchisé*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, n° 4183.

BENILSI (S.), *La clause de non-sollicitation*, JCP S 2007, 1976.

BENSOUSSAN (H.), *De l'obligation d'approvisionnement exclusif à l'achat privilégié d'intérêt commun*, D. Aff. 1998, p. 454 s.

BENSOUSSAN (H.), *La clientèle au franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement*, D. 2001, p. 2498 s.

BENSOUSSAN (H.), *Les clauses restrictives de non-concurrence, vestige des temps anciens ?*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 149 s.

BENSOUSSAN (H.), *Indemnisation du franchisé et savoir-faire*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, n° 4185.

BENSOUSSEN (M.), *Incidence du contrat de franchise et des autres formes de contrats de distribution sur la valeur du fonds de commerce*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4175.

BENSOUSSAN (M.), *Les clauses d'agrément et de préemption*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 167 s.

BERNHEIM-DESVAUX (S.), *La clause organisant la rupture d'une relation commerciale établie*, CCC 2012, form. 11.

BERG-MOUSSA (A.), *Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements*, JCP E, 2012, 1139.

BETOULLE (J.), *Immatriculation, commerces dépendants et statut des baux commerciaux*, AJDI 2006, p. 356 s.

BIANCO (A.), *La rupture de la relation établie – Début de la fin ou fin du début ?*, in Mél. J. Beauchard, LGDJ, 2013, p. 537 s.

BICHERON (F.), *N'abusons pas de la clause abusive*, GP 30/04/2015, p. 24 s.

BIENAYME (A.), *Droit et économie : je t'aime, moi non plus*, in Mél. P. Didier, Economica, 2008, p. 11 s.

BILLIAU (M.), *Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 117 s.

BOFFA (R.), *La validité du contrat*, GP 30/04/2015, p. 18 s.

BLANC (G.), *Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin*, D. 1993, p. 218 s.

BOCCARA (B.), *Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée*, GP 1994.II.1021.

BONNET DESPLAN (M.-P.), *Commissionnaire-affilié ou Affilié-agent ?*, CDE 3/2007/3, p. 47 s.

BOSSU (B.), *La loyauté*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 185 s.

BOUBLI (B.) et LOKIEC (P.), *Quel contrôle judiciaire de la compétitivité de l'entreprise ?*, RDT 2008, p. 218 s.

BOURREAU-DUBOIS (C.) et DEFFAINS (B.), *Economie et droit du travail : des discours concurrents mais non rivaux*, Travail et Emploi 120/2009, p. 9 s.

BOURGEON (C.), *Les apports économiques*, RTD com. 1997, p. 7 s.

BOURGEON (C.), *Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien*, RDC 2005, p. 109 s.

BOUSEZ (F.), *Le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B. Teyssié, Dalloz, 2008, p. 111 s.

BOUSEZ (F.), *La prestation*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 149 s.

BOY (L.), *Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?*, RLC 2010, 1618.

BRETZNER (J.-D.), *La nature juridique de la responsabilité résultant de la violation de l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce*, RLDA 2010, 2979.

BRETZNER (J.-D.) et BENDAVID (M.), *Analyse critique des dispositions relatives aux sanctions administratives*, in *Loi Hamon : quel impact sur les contrats d'affaires ?*, AJCA 2014, p. 19 s.

BRISSEY (S.), *L'application du droit du travail aux travailleurs indépendants : un régime juridique cohérent ?*, JCP s. 2006, p. 1093 s.

BRUN (P.), *La mise en œuvre de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés*, D&P jan. 2011, p. 52 s.

BRUN (P.), *Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui*, in Mél. C. Lapoyade-Deschamps, PUB, 2003, p. 105 s.

BRUNET (A.), *Clientèle commune et contrat d'intérêt commun*, in Mél. A. Weil, Dalloz et Litec, 1983, p. 85 s.

BUHAGIAR (T.), *Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive ?*, JCP C.I. 1975.II.11636, p. 45 s.

BUHAGIAR (T.), *La concession exclusive dans la branche de l'automobile*, JCP C.I. 1980.II.13438, p. 677 s.

BURST (J.-J.), *Le domaine de l'article 1<sup>er</sup>*, in *La loi Doubin*, CDE 4/1990, p. 12 s.

BRIAND (P.), *Le mandat en droit de la distribution*, in *Le mandat. Un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011, p. 135 s.

BROUSSEAU (E.), *L'économiste, le juriste et le contrat*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 153 s.

BRUNET (A.) et GHOZI (A.), *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat*, D. 1998, chron. p. 1 s.

CABRILLAC (M.), *Limite ou pluralité de la notion de succursale*, in Mél. J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 119 s.

CABRILLAC (M.), *Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente*, D. 1964, chron. p. 181 s.

CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mél. G. Marty, Univ. Toulouse, 1978, p. 233 s.

CADIET (L.), *Une justice contractuelle, l'autre*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 177 s.

CALAIS-AULOY (J.), *L'attente légitime une nouvelle source de droit subjectif ?*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2013, p. 171 s.

CALVO (J.), *L'indétermination du prix : d'une indétermination à l'autre...*, PA 17/01/1996, p. 20 s.

CANTIN-CUMYN (M.), *La qualification du pouvoir ou le pouvoir de la qualification*, in Mél. M. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 79 s.

CAMERLYNCK (G.-H.), *L'autonomie du droit du travail*, D. 1956, chron. p. 23 s.

CAMERLYNCK (G.-H.), *De la conception civiliste du droit contractuel de la résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, JCP 1958.I.1425.

CAMERLYNCK (G. H.), *L'indemnité de clientèle du Représentant de commerce*, JCP 1957.I.1347.

CAMERLYNCK (G.-H.), *L'indemnité de licenciement*, JCP 1957.I.1391.

CAMERLYNCK (G.-H.), *De l'assimilation à un licenciement du non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée*, JCP 1961.I.1655.

CAPORALE (F.), *La notion de relation commerciale établie*, CDE 1/2014, p. 23 s.

CASTAN (G.), *Les contrats de la grande distribution : Critères de distinction entre franchise et affiliation*, RJDA 1993, p. 514.

CASTRONOVO (M.), *Clause de clientèle et clause de non-concurrence*, RDT 2010, p. 507 s.

CATALA (P.), *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTD civ. 1966, p. 185 s.

CATALA (P.), *Les lois du marché*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 201 s.

CATALA (P.), *Des contrats déséquilibrés*, in Mél.F. C. Jeantet, LexisNexis, 2010, p. 77 s.

CELAYA (M.), *Validité des clauses de non-concurrence et contrats de franchise : le fourvoiement*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, n° 4181.

CESARO (J.-F.), *Le principe « à travail égal, salaire égal »*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B. Teyssié, Dalloz, 2008, p. 95 s.

CESARO (J.-F.), *La subordination*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 129 s.

CESARO (J.-F.), *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica, 2010, p. 185 s.

CHAGNY (M.), *La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. – Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, JCP 2006.I.149.

CHAGNY (M.), *La confiance dans les relations d'affaires*, in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénadou et M. Chagny, Dalloz, 2008, p. 35 s.

CHAGNY (M.), *Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008*, JCP 2008.I.196.

CHAGNY (M.), *Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence*, RDC 2009, p. 1642 s.

CHAGNY (M.), *La gestion contractuelle de la rupture au regard des exigences concurrentielles (de l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce)*, RLDA 2010, 2980.

CHAGNY (M.), *L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations*, D. 2011, p. 392 s.

CHAGNY (M.), *Catégories juridiques contractuelles et droit européen de la concurrence*, in *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, dir. D. Voinot et J. Sénéchal, Larcier, 2012, p. 89 s.

CHAGNY (M.), *L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?*, RTD com. 2013, p. 500 s.

CHAGNY (M.), *Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des « petits pas »*, RTD com. 2014, p. 571 s.

CHAGNY (M.), *Vers une uniformisation du droit des restrictions verticales ?*, CCC 2014, doss. 15.

CHANTEPIE (G.), *De la nature contractuelle des contrats-types*, RDC 2009, p. 1233 s.

CHANTEPIE (G.), *Appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce*, JCP E 2011, 1701.

CHANTEPIE (G.), *La précarité des relations commerciales*, JCP E 2012, 1605 et CCC 2012, étude 11.

CHANTEPIE (G.), *Les conflits entre droits particuliers, manifestations d'une dissolution du rapport au droit commun ?*, in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumgbar et V. Durand, Larcier, 2013, p. 51 s.

CHANTEPIE (G.), *La réforme en pratique. Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats*, AJCA 03/2015, p. 3 s.

CHAMBONNAUD (C.), *La loi du 31 décembre 1989 et la protection du franchisé*, in Mél. J. Derruppé, Litec 1991, p. 117 s.

CHAMPAUD (C.), *La concession commerciale*, RTD com. 1963, p. 451 s.

CHAMPAUD (C.), *Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit*, in Mél. G. Farjat, Ed. Frison-Roche, 2000, p. 69 s.

CHAPUT (Y.), *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs*, Pouvoirs 1/2009, p. 87 s.

CHAUCHARD (J.-P.), *Subordination et indépendance : un Sisyphe juridique ?*, TPS 2001, chron. 22.

CHAUCHARD (J.-P.), *Éléments pour une définition d'un contrat de travail indépendant*, JCP E 2007, 1761.

CHAUMETTE (P.), *Les risques professionnels des travailleurs indépendants*, in A COMPLETER

CHAUVEAU (P.), *Métamorphose de la propriété commerciale*, in Mél. J. Brethe de la Gressaye, Ed. Bière, 1967, p. 109 s.

CHAZAL (J.-P.), *Les nouveaux devoirs des contractants : Est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, Dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 99 s.

CHAZAL (J.-P.), *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux*, in Mél. J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279 s.

CHAZAL (J.-P.), *Violence économique ou abus de faiblesse ?*, D&P 10/2014, p. 47 s.

CHENEDE (F.), *Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles*, RDC 2011, p. 709 s.

CHENEDE (F.), *Raymond Saleilles. Le contrat d'adhésion*, RDC 2012, p. 241 s. et p. 1017 s.

CHOISEZ (S.), *La contrepartie financière de la clause de non-concurrence en droit du travail*, DS 1993, p. 662 s.

CILLERO VALDELVIRA (D.), *La prise de participation de la tête de réseau dans le capital de la société distributrice*, CDE 4/2010, p. 37 s.

CLAEYS (S.), *La loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 179 s.

CLAUDEL (E.), *Réforme du droit français de la concurrence : le grand jeu ? [1<sup>ère</sup> partie]*, RTD com. 2008, p. 698.

CLAUDEL (E.), *Réforme du droit français de la concurrence : le grand jeu ?*, RTD com. 2009, p. 91.

CLAUDEL (E.), *L'essor des sanction en droit de la concurrence. – Quelle efficacité ? Quelles garanties ?*, CCC 2014, doss. 13.

CLAUDEL (E.), *Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier*, RTD Com. 2014, p. 339 s.

CLEMENT (J-P.), *La nouvelle donne Juridique de la Franchise*, GP 1991.II.287.

CŒURET (A.), *Les responsabilités assumées par le salarié, source d'indépendance ?*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 243 s.

COHEN (D.), *La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance*, in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004 517 s.

COLLOMB (P.), *La clientèle du fonds de commerce*, RTD com. 1979, p. 15 s.

CONSTANTIN (A.), *Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale*, PA 14-16/09/1998, p. 9 s et p. 17 s .

CORNU (G.), *Chronique*, RTD civ. 1973, p. 147.

COURET (A.), *Le maniement par le juge de la théorie de l'abus dans la fixation du prix*, RCC 07-08/1996, p. 27 s.

COURTOIS (G.), *La critique du contrat de travail chez MARX*, ADP 1967, p. 31 s.

COUSIN (M.), *La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ?*, JCP E 2008, p. 2288.

COUTURIER (G.), *Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues*, D. 1975, chron. p. 151 s. et 221 s.

COUTURIER (G.), *Responsabilité civile et relations individuelles de travail*, DS 1988, p. 407 s.

COUTURIER (G.), *La faute lourde du salarié*, DS 1991, p. 105 s.

COUTURIER (G.), *L'intérêt de l'entreprise*, in Mél. J. Savatier, PUF, 1992, p. 144 s.

COUTURIER (G.), *La rémunération, élément du contrat de travail*, DS 1998, p. 523 s.

COUTURIER (G.), *De quoi le salaire est-il la contrepartie ?*, DS 2011, p. 10 s.

COUTURIER (G.), *Accords de maintien de l'emploi*, DS 2013, p. 805 s.

COUTURIER (G.), *Il n'est de résiliation d'un commun accord que la rupture conventionnelle*, DS 2015, p. 32 s.

CUCHE (P.), *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, RCLJ 1913, p. 412 s.

CUTAJAR (C.), *La franchise hôtelière à l'épreuve de la fictivité*, note ss. Paris 7 juin 2001, RJDA 01/02, p. 3 s.

DABIN (J.), *Droit de classe et droit commun. Quelques réflexions critiques*, in Mél. E. Lambert, t. 3, Siery-LGDJ, 1938, p. 66 s.

DALMASSO (R.), *La place du consentement du salarié dans les contentieux de la rupture conventionnelle*, in *La volonté du salarié*, dir. T. Sachs, Dalloz, 2012, p. 221 s.

DALMASSO (R.), *Les ruptures pour motif économique en débat permanent (1973-2013)*, in Mél. N. Decoopman, CEPRISCA, 2014, p. 35 s.

DAMY (G.), *La clause de non-concurrence dans les relations de travail*, JCP E 2008, 1025.

DANIS-FATOME (A.), *La définition légale*, in Mél. G. Viney, LGDJ, 2008, p. 275 s.

DECOCQ (G.), *La concurrence par les mérites*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 239 s.

DECOOPMAN (N.), *La notion de mise à disposition*, RTD civ. 1981, p. 300 s.

DECOOPMAN (N.), *La motivation du licenciement*, in Mél. N. Decoopman, CEPRISCA, 2014, p. 25 s.

DEFFAINS (B.), *Responsabilité et incitations dans les régulations économiques*, in *Responsabilité et régulations économiques*, dir. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2007, p. 9 s.

DE GRAMONT (D.), *Les pratiques de la grande distribution alimentaire* », CDE 2011, entretien 2

DE JUGLART (M.), *L'obligation de renseignement dans les contrats*, RTD civ. 1945, p. 1 s.

DELEBECQUE (P.), *Le droit de rompre unilatéralement : genèse et nature*, D&P mai 2004, p. 56 s.

DEL CONT (C.), *L'appréhension juridique du phénomène de dépendance économique*, in *Les nouvelles formes organisationnelles*,

dir. M. Rainelli, J.-L. Gaffar et A. Asquin, *Economica*, 1995, p. 257 s.

DELPECH (X.), *LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives*, D. 2008, p. 2220 s.

DEMOGUE (R.), *Du droit de résiliation unilatérale du contrat*, RTD civ. 1907, p. 245 s.

DEMOGUE (R.), *De la violence comme vice du consentement*, RTD civ. 1914, p. 435 s.

DEPINCE (M.), *La clause de non-réaffiliation*, D&P 01/2007, p. 26 s.

DEPINCE (M.), *La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives*, RTD com. 2009, p. 259 s.

DERRUPPÉ (J.), *Clientèle et achalandage*, in Mél. R. Savatier, PUF, 1992, p. 167 s.

DERRUPPÉ (J.), *Fonds de commerce et clientèle*, in Mél. A. Jauffret, Faculté de droit et de sciences sociales d'Aix-Marseille, 1974, p. 231 s.

DERRUPPÉ (J.), *Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ?*, AJPI 1997, p. 1002 s.

DERRUPPÉ (J.), *La propriété commerciale des concessionnaires et franchisé*, PA 23 avr. 1997, p. 70 s.

DESHAYES (O.), *Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie*, RLDA 2010, 2981.

DESPAX (M.), *Représentants statutaires et Représentants salariés de droit commun après la promulgation de la loi n°73-463 du 9 mai 1973 précisant le statut professionnel des VRP*, in Mél. A. Brun, Institut d'études du travail et de la sécurité sociale éd., 1974, p. 165 s.

DESPAX (M.), *L'évolution du rapport de subordination*, DS 1982, p. 11 s.

DEUMIER (P.), *La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ?*, RTD civ. 2014, p. 71 s.

DIDIER (P.), *A quoi sert le concept de clientèle ?*, in Mél. J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 337.

DIDIER (P.), *Brèves notes sur le contrat organisation*, in Mél. F. Terré, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 635 s.

DISSAUX (N.), *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : pour quoi ? pour quoi ? comment ?*, in *La protection du franchisé au début du XXIe siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 47 s.

DISSAUX (N.), *L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ?*, JCP 2010, 134.

DISSAUX (N.), *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, D. 2010, p. 667 s.

DISSAUX (N.), *Affaire Chattawak : le bras de fer se durcit !*, JCP E. 2010, 1694.

DISSAUX (N.), *L'annulation d'un contrat de franchise pour erreur sur la rentabilité de l'activité entreprise*, D. 2011, p. 3053.

DISSAUX (N.), *Mandat et contrat de travail*, in *Le mandat. Un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, *Economica*, 2011, p. 49 s.

DISSAUX (N.), *Avis de tempête sur les contrats d'affiliations dans le secteur de la distribution alimentaire*, JCP 2011, 177.

DISSAUX (N.), *La commission-affiliation : un monstre juridique ?*, RTD com. 2011, p. 33 s.

DISSAUX (N.), *La rentabilité au cœur du contrat de franchise*, D. 2012, p. 2079 s.

DISSAUX (N.), *Le document d'information précontractuel*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, n° 4177.

DISSAUX (N.), *L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur*, RDC 2012, p. 1072 s.

DISSAUX (N.), *Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte*, D&P 10/2014, p. 53 s.

DISSAUX (N.), *Loi Macron et réseaux de distribution : d'une polémique, l'autre*, D. 2015, p. 496 s.

DOCKÈS (E.), *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, in Mél. J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 203 s.

DOCKÈS (E.), *Notion de contrat de travail*, DS 2011, p. 546 s.

DOROY (F.), *La vérité sur le faux travail indépendant*, DS 1995, p. 638 s.

DONDERO (B.), *L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative*, JCP E 2012, 1671.

DOUAOUI (M.), *La prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié, le retour de l'autolicensiement*, JCP S 2011, 1554.

DREIFFUS-NETTER (F.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, RTD civ. 1990, p. 639 s.

DUMINY (E.) et BRETZNER (J.-D.), *Petit manuel de survie à l'usage de ceux qui désirent rompre un contrat de distribution*, RDC 2011, p. 321 s.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Bail commercial et droit de la distribution*, RTD com. 2003, p. 43 s.

DUPEYROUX (O.), *La jurisprudence source abusive de droit*, in Mél. J. Maury, Dalloz, 1960, t. 2, p. 349 s.

DUPEYROUX (O.), *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit*, in Mél. G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 462 s.

DUPRAT (P.), *La juridiction compétente : incertitudes et certitudes*, in *La rupture brutale des relations commerciales*, CDE 1/2014, p. 39 s.

DUPRE de BOULOIS (X.), *La présomption de préjudice : un élément du régime juridique des droits fondamentaux ?*, RDLF 2012,

chron. n°10.

DURAND (P.), *A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail*, JCP 1944.I.337.

DURAND (P.), *Le particularisme du droit du travail*, DS 1945, p. 298 s.

DURAND (P.), *Naissance d'un nouveau droit : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle*, DS 1952, p. 437.

DURAND (P.), *La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne de droit privé*, D. 1956, chron. p. 73 s.

DURAND (V.), *Droit commun et Code civil*, in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Larcier, 2013, p. 15 s.

DURAND (P.) et LATSCHA (J.), *Le franchising*, JCP CI 1970.I.87634.

EDELMAN (B.), *A bas le droit du travail, vive la concurrence*, D. 1992, chron. p. 1 s.

FABRE (R.) et CHARLES (P.), *Les contrats de distribution Mango échappent à l'applicabilité du droit des ententes*, RLC 2010, 1519.

FABRE-MAGNAN (M.), *Le contrat de travail défini par son objet*, in *Le travail en perspectives*, dir. A. Supiot, LGDJ, 1998, p. 101 s.

FABRE-MAGNAN (M.), *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 301 s.

FABRE-MAGNAN (M.), *Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations*, in *Regards croisés sur le droit social*, dir. A. Supiot, SSL 2002, suppl. n° 1095, p. 32 s.

FABRE-MAGNAN (M.), *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique*, RDC 2004, p. 573.

FAGES (B.), *L'abus dans les contrats de distribution*, in *L'abus de droit dans les contrats*, JCP E 21/01/1999, suppl. p. 11 s.

FAGES (B.), *Les comportements contractuels à éviter*, D&P 05/1998, p. 67 s.

FAGES (B.), *Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat*, D&P jan. 1999, p. 28 s.

FAGES (B.), *Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la chose des parties ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 153 s.

FAGES (B.), *Obligation de motivation et droit des contrats. Des motifs de débat...*, RDC 2004, p. 563 s.

FARJAT (G.), *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique*, RIDE 1986/1, p. 9 s.

FARJAT (G.), *Les pouvoirs privés économiques*, in Mél. P. Kahn, Litec, 2000, p. 613 s.

FAVENNEC-HÉRY (F.), *Tempête sur la clause de non-concurrence*, Sem. soc. Lamy 2002, n° 1094, p. 6 s.

FENOUILLET (D.), *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?*, RDC 2011, p. 644 s.

FERRIER (D.), *La rupture du contrat de franchisage*, JCP CI 1977.II.12441.

FERRIER (D.), *L'intérêt commun dans le contrat de concession*, CDE 6/1979, p. 12 s.

FERRIER (D.), *Absence d'intérêt commun dans le contrat de concession*, CDE 2/1983, p. 25 s.

FERRIER (D.), *Les gérants succursalistes*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. Teyssié, Litec, 1992, p. 47 s.

FERRIER (D.), *Rapport de synthèse*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. Teyssié, Litec, 1992, p. 177 s.

FERRIER (D.), *Franchise et savoir-faire*, in Mél. J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 157 s.

FERRIER (D.), *Les apports au droit commun des obligations*, RTD com. 1997, p. 49 s.

FERRIER (D.), *La considération juridique du réseau*, in Mél. C. Mouly, Litec, 1998, t. 2, p. 95 s.

FERRIER (D.), *Une obligation de motiver ?*, RDC 2004, p. 558 s.

FERRIER (D.), *Rapport de synthèse*, in *Entreprise et liberté*, Ass. H. Capitant, Dalloz, 2007, p. 105 s.

FERRIER (D.), *L'information du candidat à la franchise. La loi « Doubin » : bilan et perspectives*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 77 s.

FERRIER (D.), *Distribution sélective quantitative : quels critères ?*, D. 2012, p. 2156 s.

FERRIER (D.), *L'obligation d'informer le futur franchisé*, RDC 2012, p. 1068 s.

FERRIER (D.), *La patrimonialisation des contrats de l'entreprise*, in *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ?*, dir. E. Blary-Clément et F. Planckeel, Larcier, 2014, p. 93 s.

FERRIER (D.), *La liberté du commerce et de l'industrie*, in *Libertés et droit fondamentaux*, dir. M. Cabrillac, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 831 s.

FERRIER (N.), *Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005*, PA 26/05/2006, p. 4 s.

FERRIER (N.), *A propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail*, D. 2008, p. 2011 s.

FIESCHI-VIVET (P.), *Les éléments constitutifs du contrat de travail*, RJS 1991, p. 414.

FLECHEUX (G.), *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 344 s.

FOURGOUX (J.-L.), *La rupture des relations commerciales ou l'influence de l'ordre public de protection sur le droit des contrats*, *Concurrences* 2/2009, n° 25838.

FOURGOUX (J.-L.) et DJAVADI (L.), *Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence*, CCC 2013, étude 14.

FOURGOUX (J.-L.), *L'essor des sanctions en droit de la concurrence : Quelle efficacité ? Quelles garanties ?*, CCC 2014, doss. 14.

FOYER (J.), *Lois de police et principe de souveraineté*, in Mél. B. Audit, LGDJ, 2014, p. 339 s.

FRANÇOIS-MARTIN (L.) et DOULOUEDE (I.), *L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises*, CCC 2014, doss. 5.

FRIEDEL (E.) et TOULOUSE (G.), *Information précontractuelle : la Cour de cassation adopte une interprétation extensive de la loi Dubin*, JCP E, 1348.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTD civ. 1995, p. 573 s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Va-t-on vers une acceptation unitaire de l'abus dans la fixation du prix ?*, in *L'abus dans la fixation du prix, les acceptations concevables*, RCC 92/1996, p. 13 s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix*, RJDA 01/96, p. 3 s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Volonté et obligation*, in *L'obligation*, APD 2000, p. 135 s.

GABA (H.), *La requalification du contrat de franchise en contrat de travail*, TPS 03/1999, chron. n° 4, p. 4 s.

GARDES (D.), *Un définition juridique du travail*, DS 2014, p. 373 s.

GARRIGUES (B.), *A propos des animateurs, démonstrateurs, démarcheurs, indicateurs, prospecteurs, visiteurs...*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. Teyssié, Litec, 1992, p. 93 s.

GASSIN (R.), *Lois spéciales et droit commun*, D. 1961, chron. p. 91 s.

GAST (O.), *La franchise pour ou contre*, note ss Paris 10/03/1989, PA 26/03/1990, p. 4 s.

GAUCLERE (O.), *Évolution récente de la jurisprudence en matière de distribution automobile*, CDE 1999, p. 5 s.

GAUDEMET (Y.), *Droit de la concurrence : une autre introduction*, in *Le code de commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 397 s.

GAUDU (F.), *L'organisation du marché du travail*, DS 1992, p. 945 s.

GAUDU (F.), *L'application du droit du travail à des travailleurs non salariés*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 163 s.

GAUDU (F.), *Entreprise et établissement*, in Mél. M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 47 s.

GAUDU (F.), *L'exigence de motivation en droit du travail*, RDC 2004, p. 566 s.

GAUDU (F.), *L'ordre public en droit du travail*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 363 s.

GAUDU (F.), *Salaire et hiérarchie des normes*, DS 2011, p. 31 s.

GAURIAU (B.), *Le principe fondamental de la liberté d'entreprendre*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B. Teyssié, Dalloz, 2008, p. 53 s.

GAURIAU (B.), *Variations sur la nullité du licenciement*, DS 2014, p. 44 s.

GAUTIER (P.-Y.), *Des ricochets profitables, provoqués par le droit des sociétés sur les autres contrats spéciaux : à propos des concepts « d'immixtion » et de « contrôle »*, RTD com. 1994, p. 881 s.

GAUTIER (P.-Y.), *Pour la concession d'intérêt commun : ôter l'épine empoisonnée de la rupture du contrat*, RTD civ. 1998, p. 130 s.

GAUTIER (P.-Y.), *Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ?*, in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénadou et M. Chagny, Dalloz, 2008, p. 109 s.

GAUTIER (P.-Y.), *Nature et régime juridique du mandat : Jeux croisés*, in *Le mandat. Un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011, p. 89 s.

GENICON (T.), *Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats*, in *La place du juriste face à la norme*, Ass. H. Capitant, Dalloz, 2012, p. 85 s.

GENICON (T.), *Mandat et représentation*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 33 s.

GERVAIS (A.), *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*, in Mél. P. Roubier, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 s.

GHESTIN (J.), *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, in *Les notions à contenu variable en droit*, dir. C. Perelman et R. Vander Elst, Bruylant, 1984, p. 77 s.



GHESTIN (J.), *Le mandat d'intérêt commun*, in Mél. J. Derruppé, Litec 1991, p. 105 s.

GHESTIN (J.), *Les diffuseurs de presse bénéficient-ils du régime du mandat d'intérêt commun ?*, D. 1994, chron., p. 73 s.

GHESTIN (J.), *La notion de contrat*, D. 1991, p. 147 s.

GHESTIN (J.), *L'indétermination du prix entre passé et avenir*, PA 06/03/1996, p. 19 s.

GHESTIN (J.), *Rapport introductif*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 3 s.

GHESTIN (J.), *L'évolution du droit français des contrats et l'économie*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, dir. B. Deffains, Cujas, 2002, p. 123 s.

GHESTIN (J.), *L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat*, in Mél. J. Béguin, Litec 2005, p. 311 s.

GHESTIN (J.), *Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause*, JCP 2006.I.194.

GHOZI (A.), *La fonction du prix en droit de la concurrence*, in Mél. C. Mouly, Litec, 1998, p. 27 s.

GICQUIAUD (E.), *Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif*, RTD com. 2014, p. 267 s.

GLAIS (M.), *L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : analyse économique*, GP 1989,1, doct. p. 290 s.

GLAIS (M.), *La sanction des abus de dépendance économique : entre désillusion et espoir*, CCC 2006, étude 25.

GOURNAY (G.), *Rupture fautive d'un contrat de distribution et pratiques anticoncurrentielles*, D&P 06/2003, p. 65 s.

GOMY (M.), *L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail*, in Mél. Serra, Dalloz, 2006, p. 199 s.

GRALL (J.-C.), *Le Décret Doubin : un Texte tant Attendu et déjà si Contesté*, GP 14 déc. 1991, p. 767 s.

GRANIER (T.), *Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence*, RTD com. 1991, p. 358 s.

GRAS (G.), *Propos conclusifs*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4185.

GRIGNON (P.), *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution*, in Mél. M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 127 s.

GRIGNON (P.), *A propos de la nouvelle codification « à droit constant » du statut des VRP*, RLDA 2007, p. 43 s.

GRILLET-PONTON (D.), *Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle*, D. 2000, chron. p. 331.

GRIMALDI (M.), *Ouverture des travaux*, in trav. Ass. H. Capitant, *La motivation*, Litec, 2000, p. 3 s.

GRIMALDI (C.), *Mandat et courtage*, in *Le mandat*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011, p. 79 s.

GRIMALDI (C.), *Rapport introductif*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4173.

GRIZAUT (A.), *Rupture brutale des relations commerciales : réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce*, D&P 06/2003, p. 71 s.

GROUTEL (H.), *Le critère du contrat de travail*, in Mél. G. H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 49 s.

GRUA (F.), *Les divisions du droit*, RTD civ. 1993, p. 59 s.

GUYENOT (J.), *La franchise commerciale*, RTD com. 1973, p. 161 s.

GUYENOT (J.), *L'immixtion des règles du droit du travail dans les rapports entre concédants et concessionnaires*, GP 1976.II.457.

HAERI (K.) et PICHON DE BURY (M.), *Extension de l'application de la notion de rupture brutale des relations commerciales établies*, CCC 2010, étude 6.

HÉLAS (F.), *L'auto-entrepreneur au regard du droit du travail*, JCP S 2009, 1555.

HEMARD (J.), *Les agents commerciaux*, RTD com. 1959, p. 573 s.

HANINE (J.), *L'agent commercial est-il un commerçant ?*, PA 03/07/1992, p. 13.

HASSLER (T.), *L'intérêt commun*, RTD com. 1984, p. 581 s.

HAURIOU (M.), *Police juridique et fond du droit*, RTD Civ. 1926, p. 265 s.

HAUSER (J.), *Une notion juridique de dépendance ?*, in Mél. J. Pélessier, Dalloz, 2004, p. 283 s.

HUHTAMAKI (M.), *Protection contractuelle des distributeurs – Proposition de modification de la directive 86/653/CEE du Conseil*, RDC 2008, p. 949 s.

IDOT (L.), *La notion d'entreprise, révélateur de l'ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel*, in Mél. A. Pirovano, éd. Frison-Roche, 2003, p. 523.

IDOT (L.), *La notion d'entreprise*, RS 2001, p. 191 s. et D. 2001, p. 19 s.

IDOT (L.), *La protection par le droit de la concurrence*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 55 s.

IDOT (L.), *Sur les relations entre droit social et droit de la concurrence*, Europe 01/1996, p. 1 s. et 11/1999, p. 4 s.

IDOT (L.), *À propos de la modernisation du droit de la concurrence : bilan de l'année 2013 et perspectives - Rapport introductif*, CCC 2014, doss. 11.

ISSELE (L.), *Fondement juridique de l'indemnité de clientèle des voyageurs, Représentants, placiers*, GP 1944.I.13.

IVAINER (T.), *Le contrat moderne face à la prolifération des "statuts de personnes"*, JCP 1977. I.2876.

JACQUEMIN (Z.), *Les instruments du droit commun européen*, in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Larcier, 2013, p. 71 s.

JACQUES (P.), *Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans peur*, RTD civ. 2007, p. 514 s.

JAMIN (C.), *La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution*, in *Fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat*, PA 6 mars 1996, n° 29, p. 24 s.

JAMIN (C.), *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, JCP 1996.I.3959.

JAMIN (C.), *Les apports au droit des contrats-cadres*, RTD com. 1997, p. 19 s.

JAMIN (C.), *Nouvelles précisions sur le régime juridique de la résiliation des contrats de concession commerciale*, D. 1998, p. 413.

JAMIN (C.), *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 s.

JAMIN (C.), *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, D. 2002, p. 901 s.

JAMIN (C.), *Clause de non-concurrence et contrat de franchise*, D. 2003, p. 2878 s.

JAMIN (C.), *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, 9<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand, Ed. Thémis, 2005.

JAMIN (C.), *Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d'un abus*, in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ, 2008, p. 93 s.

JASSOGNE (J.), *L'intérêt commun, notion à géométrie variable* in *Les contrats de distribution en droit belge et français*, Larcier, 1996, p. 13 s.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.) et LYON-CAEN (A.), *L'ordonnancement des relations du travail*, D. 1998, chron. p. 359.

JEAMMAUD (A.), *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail : à propos de l'arrêt Labbane*, DS 2001, p. 227 s.

JEAMMAUD (A.), *L'assimilation de franchisés aux salariés*, DS 2002, p. 158 s.

JEAMMAUD (A.), *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in Mél. J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 299 s.

JENSEN (M.-C.) et MECKLING (W.-H.), *Theory of the firm : managerial behaviour, agency costs and ownership structure*, Journal of Financial Economics 1976, vol. 3, n° 4, p. 305 s.

JEOL (M.), *Le contenu juridique des décisions du 1<sup>er</sup> décembre 1995*, RTD com. 1997, p. 1 s.

JESTAZ (P.), *Rapport de synthèse*, in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988, p. 1181 s.

JOURDAIN (P.), *Le devoir de « se » renseigner*, D. 1983, chron. p. 139 s.

JOURDAIN (P.), *La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport français*, in trav. Ass. H. Capitant, *La bonne foi*, Litec, 1992, p. 121 s.

JOURDAIN (P.), *La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements*, in Mél. C. Lapoyade-Deschamps, PUB, 2003, p. 67 s.

JOURDAIN- FORESTIER (C.), *Hommages à l'école niçoise du droit économique*, RIDE 4/2013, p. 407 s.

JOURDAN (D.), *La rupture de la période d'essai*, JCP S 2012, 1339.

JUARISTI (A.) et DE BROSSES (A.), *Le préjudice lié à la rupture fautive de relations commerciales établies*, D&P 06/2003, p. 60 s.

JUCHS (P.), *La gérance-mandat*, RLDA 2006, p. 179 s.

KENFACK (H.), *L'obligation précontractuelle d'information : l'espoir déçu ?*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, dir. C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 155 s.

KENFACK (H.), *La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ?*, in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénadou et M. Chagny, Dalloz, 2008, p. 117 s.

KRAJESKI (D.), *L'intuitus personae et la cession du contrat*, D. 2001, p. 1345 s.

LABARTHE (F.), *Les conflits de qualification*, Mél. B. Bouloc, Dalloz, 2006, p. 539 s.

LABORDE-LACOSTE (M.), *L'indemnité de clientèle des Représentants de commerce et la jurisprudence*, JCP 1942.I.251.

LABORDE (J.-P.), *La considération du fait par le droit du travail*, Mél. H. Blaise, Economica, 1995, p. 277.

LACHIEZE (C.), *La rupture des relations commerciales à la croisée du droit de la concurrence et du droit commun*, JCP E 2004, 1815.

LACHIEZE (C.), *La cession de contrat, entre objectivisme et subjectivisme*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 867 s.

LAGARDE (X.), *Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement*, DS 1998, p. 890 s.

LAGARDE (X.), *La motivation des actes juridiques*, in trav. Ass. H. Capitant, *La motivation*, Litec, 2000, p. 73 s.

LAGARDE (X.), *Prix et salaire*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 527 s.

LAGARDE (X.), *Aspects civilistes des relations individuelles de travail*, RTD civ. 2002, p. 435.

LAGARDE (X.), *Libres propos sur les évolutions du droit du travail*, in Mél. J. Béguin, Litec, 2005, p. 433 s.

LAGARDE (X.), *L'acte d'investissement*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 281 s.

LAHALLE (T.), *Les normes d'ici*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica, 2010, p. 263 s.

LAITHIER (Y.-M.), *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D. 2006, p. 1003.

LAMANDA (V.), *Rapport introductif*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, n° 4172.

LAMAZEROLLES (E.), *La franchise*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, dir. C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 215 s.

LAMBERT (T.), *La spécificité du contrat de bière*, RLDA 2008, 1598.

LAMBERT (T.), *Le contrat de bière : l'exclusivité en voie de disparition forcée*, JCP E 2007, 2233.

LAMBERT (T.), *Le contrôle de l'assistance dans le contrat de bière*, D. 2005, p. 1085 s.

LAMBERT (T.), *Le contrat de bière, ensemble contractuel*, in Mél. B. Dross, PU Nancy, p. 191 s.

LARDEUX (G.), *Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat*, in *L'efficacité du contrat*, dir. G. Lardeux, Dalloz, 2011, p. 1 s.

LARDEUX (G.), *En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique*, in *L'équilibre du contrat*, dir. G. Lardeux, PUAM, 2012, p. 59 s.

LAROCHE (H.) et NIOCHE (J.-P.), *L'approche cognitive de la stratégie d'entreprise*, Rev. fr. gest., 1/2006, p. 81 s.

LASSERRE (V.) et LE MORE (P.), *Premières observations sur la mise en œuvre de l'action de groupe en matière de consommation (D. n° 2014-1081, 24 sept. 2014)*, CCC 2014, étude 11.

LATINA (M.), *L'impact de l'harmonisation européenne sur le droit commun des contrats*, in *Les nouvelles échelles du droit commun*, dir. M. Boumghar et V. Durand, Larcier, 2013, p. 95 s.

LAURENT (P.), *La clause de non-concurrence : une enclave commerciale dans le droit du travail*, GP 1974.I.71.

LAVABRE (C.), *Éléments de la problématique du contrat-cadre*, RJDA 2002, p. 603.

LE BLAN-DELANNOY (V.), *Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ?*, PA 24/01/2005, p. 6 s.

LECENE-VILLEMONTX (M.), *Sanctions et parades*, in *La rupture brutale des relations commerciales*, CDE 1/2014, p. 34 s.

LECLERC (O.) et PASQUIER (T.), *La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé. 1<sup>re</sup> partie : la tentation de la dépendance économique*, RDT 2010, p. 83 s.

LECLERC (O.), GUAMAN HERNANDEZ (A.) et MARTELLONI (F.), *La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé. 2<sup>e</sup> partie : les perturbations de la dépendance économique*, RDT 2010, p. 149 s.

LE COUVIOUR (K.), *Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies*, RTD com. 2008, p. 1.

LECUYER (H.), *Le contrat, acte de prévision*, in Mél. F. Terré, Dalloz, PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 643 s.

LECUYER (H.), *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 47s.

LEDUC (F.), *Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise*, in Mél. G. Viney, LGDJ, 2008, p. 595 s.

LE FLOCH (P.), *Propriété commerciale et distribution intégrée*, in Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 407 s.

LE FUR (V.), *Les nouvelles formes d'immixtion ou l'émergence d'une immixtion non fautive en droit des sociétés*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 295 s.

LEGAC-PECH (S.), *Rompres son contrat*, RTD civ. 2005, p. 223 s.

LEGAC-PECH (S.), *L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité*, CCC 2009, étude 12.

LEGAC-PECH (S.), *Bâtir un droit des contractants vulnérables*, RTD civ. 2014, p. 581 s.

LELOUP (J.-M.), *La création des contrats par la pratique commerciale*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 167 s.

LELOUP (J.-M.), *Les représentants de commerce*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. Teyssié, Litec, 1992,

p. 109 s.

LELOUP (J.-M.), *Le droit de l'agence commerciale, droit commun ou droit spécial ?*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, dir. C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 209 s.

LELOUP (J.-M.), *La patrimonialité du contrat d'agence commerciale*, D. 2006, p. 1882 s.

LELOUP (J.-M.), *Intervention du Bâtonnier Jean-Marie Leloup*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4176.

LEONNET (J.), *Ethique des affaires et droit des contrats*, D. aff. 1995, p. 57 s.

LEQUETTE (Y.), *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mel. P. Didier, Economica, 2008, p. 247 s.

LEQUETTE (Y.), *Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis Dalloz, 2012, p. 879 s.

LE TOURNEAU (P.), *Le franchisage*, JCP CI 1980.II.13362.

LE TOURNEAU (P.), *Jurisprudence : concession*, R. J. com. 1980, p. 200 s.

LE TOURNEAU (P.), *De l'évolution du mandat*, D. 1992, chron. p. 157 s.

LE TOURNEAU (P.), *De la spécificité du préjudice concurrentiel*, RTD com. 1998, p. 83 s.

LE TOURNEAU (P.), *De l'allègement de l'obligation d'information de renseignement ou de conseil*, D. 1987, chron. p. 101.

LE TOURNEAU (P.), *Ouverture*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, dir. C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 149 s.

LEVASSEUR (M.), *Les clauses abusives entre professionnels vues sous l'angle économique*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 95 s.

LEVENEUR (L.), *La liberté contractuelle en droit privé*, ADJA 1998, p. 676 s.

LEVENEUR (L.), *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 173 s.

LIBCHABER (R.), *Réflexions sur les effets du contrat*, Mél. J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 211 s.

LIBCHABER (R.), *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, RTD civ. 2012, p. 588 s.

LICARI (F.-X.), *L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé*, RLDA 13/07, p. 93 s.

LICARI (F.-X.), *Quelques réflexions et propositions au sujet des clauses « déraisonnables » ou « abusives » dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes*, in Mél. P. Le Tourneau, D. 2008, p. 655 s.

LOIR (R.), *Les prévisionnels : le point de vue du juriste*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 97 s.

LOISEAU (G.), *Le contrat, la bonne foi, la personne*, D. 2007, p. 1480 s.

LOISEAU (G.), *Contrats de confiance et contrats conclus intuitu personae*, in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénadou et M. Chagny, Dalloz, 2008, p. 97 s.

LOISEAU (G.), *Rupture du troisi<sup>e</sup> type : la rupture conventionnelle du contrat de travail*, DS 2010, p. 297 s.

LOKIEC (P.), *Le contrat et la protection des attentes*, D. 2007, p. 321 s.

LOKIEC (P.), *Les licenciements boursiers*, DS 2011, p. 1229 s.

LOKIEC (P.), *Le licenciement pour insuffisance professionnelle*, D. soc. 2014, p. 38 s.

LOKIEC (P.), *L'égalité devant la loi*, D. soc. 2014, p. 325 s.

LORVELLEC (L.), *L'agriculteur "sous contrat"*, in *Le travail en perspectives*, dir. A. Supiot, LGDJ, 1998, p. 179 s.

LOYER-LEMERCIER (M.-J.), *Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ?*, JCP E 2010, 1218.

LYON-CAEN (G.), *De l'évolution de la notion de bonne foi*, RTD civ. 1946, p. 75 s.

LYON-CAEN (G.), *Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel*, in Mél. J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 133 s..

LYON-CAEN (G.), *Les clauses restrictives de la liberté du travail*, DS 1963, p. 89.

LYON-CAEN (G.) et BONNETETE (M.-C.), *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973*, DS 1973, p. 493 s.

LYON-CAEN (G.), *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*, RTD civ. 1974, p. 229 s.

LYON-CAEN (G.), *Les travailleurs et les risques économiques*, D. 1974, chron. p. 47 s.

LYON-CAEN (G.), *Quand cesse-t-on d'être salarié ? (le salarié-employeur)*, D. 1977, chron. p. 109.

LYON-CAEN (G.), *Les principes généraux du droit du travail*, in Mél. G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 35 s.

LYON-CAEN (G.), *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, DO 1992, p. 313 s.

LYON-CAEN (G.), « Où mènent les mauvais chemins », DS 1995, p. 647 s.

LYON-CAEN (A.), *L'égalité et la loi en droit du travail*, DS 1990, p. 68 s.

LYON-CAEN (A.), *Droit social et droit de la concurrence - Observations sur une rencontre*, in Mél. J. Savatier, PUG, Paris 1992, p. 331 s.

LYON-CAEN (A.), *Les clauses de transfert des risques sur le salarié*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 163.

LUCAS de LEYSSAC (C.), *L'obligation de renseignement dans les contrats*, in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 305 s.

LUCAS de LEYSSAC (C.), *L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 601 s.

LUCAS de LEYSSAC (C.) et CHAGNY (M.), *Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ?*, RDC 2009, p. 1268 s.

LUCAS de LEYSSAC (C.) et CHAGNY (M.), *Concurrence et compétition : deux concepts à distinguer pour mieux organiser le droit de l'économie de marché*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 93 s.

LUCIANI (A.-M.), *Une histoire juridique d'amour-haine : le contrôle des pratiques restrictives de concurrence*, in Mel. N. Decoopman, CEPRISCA, 2014, p. 105 s.

LUTZ (P.) et WAGNER (M.-P.), *Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière*, D. 2001, p. 1708 s.

MAINGUY (D.), *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats*, in Mél. M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 165 s.

MAINGUY (D.), *L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce*, JCP E 2002, p. 1914 s. 1729 ?

MAINGUY (D.), *Les mystères de la rupture brutale de relations commerciales établies*, JCP E 2003, p. 1792 s.

MAINGUY (D.), *La liberté de l'entreprise face à ses partenaires*, in *Entreprise et liberté*, Ass. H. Capitant, Dalloz, 2007, p. 21 s.

MAINGUY (D.), *Le "raisonnable" en droit des affaires*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 307 s.

MAINGUY (D.), *Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du Code de commerce*, JCP E. 2011, 1130.

MAINGUY (D.), *Faut-il brûler le droit de la distribution ?*, D. 2013, p. 1222 s.

MAINGUY (D.), *L'entrée en vigueur des procédures d'action de groupe*, JCP E 2014, act. 787.

MAINGUY (D.), *Un statut oublié, les vendeurs colporteurs de presse*, JCP E 2014, 1379.

MAINGUY (D.), *Loyauté et droit des contrats en droit privé*, in *Droit et Loyauté*, dir. F. Petit, Dalloz, 2015, p. 5 s.

MAINGUY (D.) et DEPINCE (M.), *L'introduction de l'action de groupe en droit français*, JCP E 2014, 1144.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *Comment renforcer l'efficacité de la « loi Doubin » (C. com., art. L. 330-3) ?*, CCC 2003, chron. 4.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *A propos du contrat de « commission-affiliation »*, in Mél. P. le Tourneau, D. 2008, p. 705 s.

MALAUURIE (P.), *La jurisprudence combattue par la loi*, in Mél. R. Savatier, Faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 1965, p. 603 s.

MALAUURIE (P.), *L'effet pervers des lois*, in Mél. G. Cornu, PUF, 1994, p. 309 s.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D. 1995, chron. p. 51 s.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Intuitu personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution*, JCP E 1998, p. 260 s.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence et droit des obligations*, CDE 2000/2, p. 11 s.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Solidarisme, distribution et concurrence*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 95 s.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Rapport de synthèse*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, dir. C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 229 s.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ?*, CCC 2008, étude 11.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Réflexions autour de l'avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 rendu par l'ADLC en matière de distribution alimentaire*, JCP E 2010, 1217.

MALZIEUX (R.), *L'économie contractuelle en agriculture*, GP 1964.II.72.

MARAIS (A.), *Le maintien forcé du contrat par le juge*, PA 02/10/2002, p. 7 s.

MAROT (Y.), *La collaboration entre franchiseur et franchisé*, PA 31/08/2000, p. 4 s.

MAROT (Y.), *Le contenu et la finalité de l'obligation pré-contractuelle en franchise*, JCP E 2005, 1775.

MARTIN (D.), *L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ?*, in Mél. D. Schmidt, Joly, 2005, p. 359 s.

MARTIN (G. J.), *Les contrats d'intégration dans l'agriculture*, RTD com. 1974, p. 1 s.

MARTIN (G. J.), *Le risque, concept méconnu du droit économique*, RIDE 2/1990, p. 173.

MARTIN (G. J.) et autres, *Le droit économique aujourd'hui*, D. 2010, p. 1436 s.

MARTINET (L.) et AKYRUEK (O.), *Le droit au non-renouvellement du contrat de commission-affiliation*, RDC 2007, p. 944 s.

MARTINON (A.), *Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ?*, in *Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, 2007, Dalloz, p. 527.

MARTINON (A.), *Le salaire*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 161 s.

MARTINON (A.), *L'utile en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica, 2010, p. 7 s.

MATHEY (N.), *Vers un remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ?*, JCP E 2010, 1550.

MATHEY (N.), *La rupture des relations commerciales établies en période de crise*, CCC 2010, étude 3.

MATHEY (N.), *Par le contrat mais au-delà du contrat, Le particularisme de la relation bancaire au fondement d'un nouveau droit commun*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 337 s.

MATHEY (N.), *Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste*, CCC 2013, doss. 3.

MAURY (J.), *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, in Mél. G. Ripert, , t.1, LGDJ, 1950, p. 28 s.

MAYMON-GOUTALOY (M.), *Contre une intervention législative en matière de concession commerciale*, RTD com. 1982, p. 519 s.

MAZEAUD (A.), *Les indemnités de rupture du contrat de travail en régime de communauté entre époux*, D. 1986, chron. p. 235 s.

MAZEAUD (D.), *La protection par le droit commun*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 33 s.

MAZEAUD (A.), *La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la chambre sociale de la Cour de cassation*, Mél. J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 383 s.

MAZEAUD (D.), *Revue de la thèse de P. Stoffel-Munk*, RTD civ. 1999, p. 962 s.

MAZEAUD (D.), *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle*, in Mél. F. Terré, 1999, p. 603 s.

MAZEAUD (D.), *Les groupes de contrats*, PA 0505/2000, p. 64 s.

MAZEAUD (D.), *Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 127 s.

MAZEAUD (D.), *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz 2003, p. 135 s.

MAZEAUD (D.), *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, p. 295 s.

MAZEAUD (D.), *Durées et ruptures*, RDC 2004, p. 129 s.

MAZEAUD (D.), *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 57 s.

MAZEAUD (D.), *Le juge et le contrat*, in Mél. J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 235 s.

MAZEAUD (D.), *Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats*, in Mél. P. Didier, Economica, 2008, p. 325 s.

MAZEAUD (D.), *L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution*, RDC 2010, p. 1076 s.

MAZEAUD (D.), *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises...*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis Dalloz, 2012, p. 905 s.

MAZEAUD (D.), *Rapport de synthèse*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, n° 4186.

MENARD (C.), *Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 661 s.

MEFFRE (J.-M.) et KOUCHNIR-CARGILL (N.), *Pratique, distribution, rupture brutale des relations commerciales établies : mode d'emploi, 1ère partie : conseils à l'auteur de la rupture*, D&P 12/2003, p. 40 s.

MEFFRE (J.-M.) et KOUCHNIR-CARGILL (N.), *Pratique, distribution, rupture brutale des relations commerciales établies : mode d'emploi, 1ère partie : conseils à victime de la rupture*, D&P 01/2004, p. 34 s.

MEKKI (M.), *La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 13 s.

MERESSE (S.), *L'étude de marché est la quintessence du savoir-faire du franchiseur*, RJ com. 1997, p. 260 s.

MERESSE (S.), *Le document d'information précontractuel*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, 4178.

MESA (R.), *Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime*, JCP 2012, 625.

MESTRE (J.-L.), *Résiliation unilatérale et non-renouvellement des contrats de distribution*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 13 s.

MESTRE (J.), *L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats*, DS 1988, p. 405 s.

MESTRE (J.), *L'évolution du contrat en droit privé français in L'évolution contemporaine du droit des contrats : Journées René Savatier*, PUF, 1985, p. 41.

MESTRE (J.), *Le consentement du professionnel contractant*, in Mél. F. Derrida et A. Breton, Dalloz, 1991, p. 250.

MESTRE (J.), *Les animateurs, démonstrateurs, démarcheurs, indicateurs, prospecteurs, visiteurs...*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. Teyssié, Litec, 1992, p. 75 s.

MESTRE (J.), *De la forte emprise du droit de la concurrence sur le contenu du contrat*, RTD civ. 1994, p. 349 s.

MESTRE (J.), *Rapport de synthèse*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 157 s.

MESTRE (J.), *Entre droit des contrats et droit du travail : l'activité contractuelle du salarié*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 673 s.

MESTRE (J.), *Rupture abusive et maintien du contrat*, RDC 2005, p. 99 s.

MOLFESSIS (N.), *La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation*, in Mél. M. Gobert, Economica, 2004, p. 495 s.

MOLFESSIS (N.), *De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis Dalloz, 2012, p. 927 s.

MONEGER (J.), *Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce*, AJDI 2001, p. 1042 s.

MONTELS (B.), *La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence*, RTD com. 2002, p. 417 s.

MORIN (M.-L.), *Sous-traitance et co-activité*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 115 s.

MORIN (M.-L.), *Partage des risques et responsabilité de l'emploi, contribution au débat sur la réforme du droit du travail*, DS 2000, p. 730 s.

MORVAN (P.), *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, D. 2005, p. 247 s.

MORVAN (P.), *Le juste en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica, 2010, p. 23 s.

MORYOUCHEF (H.), *Les prévisionnels, le point de vue de l'expert comptable*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 89 s.

MOULY (J.), *La responsabilité civile des salariés*, in *L'entreprise face aux évolutions de la responsabilité civile*, dir. N. Ferrier et A. Pélissier, Economica, 2012, p. 25 s.

MOURY (J.), *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, D. 2000, p. 383 s.

MOURY (J.), *Le droit confronté à l'omniprésence du risque*, D. 2012, p. 1021 s.

MOUSSERON (J.-M.), *Synthèse, contrat cadre de distribution*, CDE 1977, n° 3/4, p. 71.

MOUSSERON (J.-M.) et SEUBE (A.), *A propos des contrats d'assistance et fourniture*, D. 1973, chron. p. 197 s.

MOUSSERON (J.-M.) et FABRE (R.), *La loi du 21 mars 1941, une loi en expansion ?*, CDE 1978/2, p. 4 s.

MOUSSERON (J.-M.), *La gestion des risques par le contrat*, RTD civ. 1988, p. 481 s.

MOUSSERON (J.-M.), *L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : contournable ou pas ?*, in Mel. B. Mercadal, Francis Lefebvre, 2002, p. 231 s.

MUIR-WATT (H.), *Rapport de synthèse*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 175 s.

MUIR-WATT (H.), *Analyse économique et perspective solidariste*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 183 s.

MUIR-WATT (H.), *Du contrat "relationnel"*, in *La relativité du contrat*, Trav. Ass. H. Capitant, t. IV, LGDJ, 1999, p. 168 s.

NAJJAR (I.), *Mandat et irrévocabilité*, D. 2003, p. 708 s.

NAJJAR (I.), *La notion d'« ensemble contractuel »*, in Mél. A. Decocq, Litec, 2004, p. 509 s.

NAVARRO (P.), *Standards et règles de droit*, RRJ 1988, p. 834 s.

NEAU-LEDUC (C.), *Contrats de travail et pratiques anticoncurrentielles, les liaisons dangereuses*, note ss CC 27/06/2006, RLC 09/2006, p. 23 s.

NEAU-LEDUC (P.), *La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin*, CDE 2/1998, p. 27 s.

NERON (S.), *Le standard, un instrument juridique complexe*, JCP 2011, 1003.

NOURISSAT (C.), *La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien*, D. 2000, p. 369 s.

NOURISSAT (C.), *L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le Règlement « Bruxelles I bis »*, in Mél. B. Audit, LGDJ, 2014, p. 567 s.

NICOLAS-MAGUIN (M.-F.), *Le mandat exclusif*, D. 1979, chron. p. 265 s.

LOUDIN (M.), *La transmission des contrats de distribution*, RTD com. 2011, p. 447 s.

LOUDIN (M.), *Rupture brutale des relations commerciales établies : le juge et les attentes légitimes des parties*, RJDA 2011, p. 3 s.

OLIVIER (J.-M.), *Les « commerçants salariés » à propos des « gérants »*, in *Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, 2007, Dalloz, p. 289.

OLLIER (P.), *Les libertés publiques propres aux travailleurs*, DS 1982, p. 436 s.

PAGNERRE (Y.), *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica, 2010, p. 63 s.

PAILLUSSEAU (J.), *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP E 1984.II.14193

PAILLUSSEAU (J.), *Les contrats d'affaires*, in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, dir. L. Cadet, Economica, 1987, p. 168 s.

PAISANT (G.), *La protection par le droit de la consommation*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 17 s.

PANCRAZI (M.-E.), *La moralisation des pratiques commerciales*, D&P12/2001, p. 65 s.

PARLEANI (G.), *Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 881 s.

PARLEANI (G.), *Le « petit commerce » au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, in Mél. J. Béguin, Litec, 2005, p. 621 s.

PASQUI (G.), *L'abus de dépendance économique*, RCC 71/1993, p. 7 s.

PAYET (M.-S.), *Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats*, in *Contrat et marché*, RDC 2006, p. 1338 s.

PECAUT-RIVOLIER (L.), *Prise d'acte et résiliation judiciaire*, DS 2012, p. 29 s.

PEDAMON (M.), *Les abus de domination*, CDE 1/1987, p. 15 s.

PEDAMON (M.), *20 ans de répression des abus de puissance d'achat*, RLC 2007, 728.

PENIN (O.), *Quelques réflexions techniques à propos de la dualité caractéristique de la tacite reconduction*, RTD civ. 2015, p. 45 s.

PENNEAU (A.), *La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique*, D. 2003, p. 1278 s.

PELLISSIER (J.), *La liberté du travail*, DS 1990, p. 19 s.

PELLE (S.), *La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail*, D. 2011, p. 1230 s.

PELLET (S.), *Gratuité ou onérosité du mandat : un critère pertinent ?*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 69 s.

PÉRINET-MARQUET (H.), *L'immeuble et le Code civil*, in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 395 s.

PESKINE (E.), *Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie*, RDT 2008, p. 371 s.

PÉTEL (P.), *Les agents commerciaux*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. Teyssié, Litec, 1992, p. 15 s.

PETIT (S.), *Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une brusque rupture des relations commerciales*, D. 2010, p. 1813 s.

PIGASSOU (P.), *La distribution intégrée*, RTD com. 1980, p. 473 s.

PIGASSOU (P.), *L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale*, DS 1982, p. 578 s.

PIGNARRE (G.), *L'effet pervers des lois*, RRJ 1994, p. 1097 s.

PIGNARRE (G.), *Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? « Presque rien ou presque tout ? »*, RDC 2005, p. 1290 s.

PIMBERT (A.), *Le mandat d'intérêt commun*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 189 s.

PIMONT (S.), *Droit civil, liberté et marché*, in Mél. J. Beauchard, LGDJ, 2013, p. 611 s.

PIROVANO (A.) et M. SALAH (M.), *L'abus de dépendance économique : une notion subversive ?*, PA 1990, n°114, p. 4 s.

PIROVANO (A.), *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, chron. p. 189 s.

PLANIOL (M.), *Classification synthétique des contrats*, RCLJ 1904, p. 470 s.



PLANQUE (J.-C.), *La vente de prestation de service*, CCC 2003, chron. 2.

POLLAUD-DULIAN (F.), *Du droit commun au droit spécial – et retour*, in Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 925 s.

POLLAUD-DULIAN (F.) et RONZANO (A.), *Le contrat-cadre, par delà les paradoxes*, RTD com. 1996, p. 179 s.

PONSARD (M.), *Le déséquilibre significatif visé à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Bilan et perspectives*, CCC 2013, doss. 4.

PONSARD (M.), *Vers une uniformisation du droit des restrictions verticales*, CCC 2014, doss. 16.

POULAIN (G.), *La réforme du contrat de travail à durée déterminée*, DS 1982, p. 356 s.

PLANTAMP (D.), *L'intérêt commun dans les contrats de distribution*, ALD 1990, p. 177 s.

PUIG (P.), *Pour un droit commun spécial des contrats*, in Mél. J. Foyer, Economica, 2008, p. 825 s.

PUIG (P.) *Droit fondamentaux et formation du contrat*, in *Contrats et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, p. 21 s.

PRETO (X.), *Aspects de droit de la sécurité sociale*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. Teyssié, Litec, 1992, p. 147 s.

PRIETO (C.), *L'entreprise et ses concurrents*, in *Entreprise et liberté*, Ass. H. Capitant, Dalloz, 2007, p. 43 s.

PRIEUR (R.), *Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché*, RTD com. 1960, p. 501 s.

RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *Retour sur l'analyse substantielle en droit économique*, RIDE 2007/3, p. 259 s.

RADÉ (C), *La figure du contrat dans le rapport de travail*, DS 2001, p. 802 s.

RADÉ (C), *La révision judiciaire des clauses excessives*, RDC 2003, p. 150 s.

RADÉ (C), *Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ?*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 75 s.

RADÉ (C), *Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ?*, in Mél. J. Hauser, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 589 s.

RADÉ (C), *Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence*, DS 2012, p. 784 s.

RADÉ (C), *Des critères du contrat de travail*, DS 2013, p. 202 s.

RADÉ (C) et TOURNAUX (S), *Réflexions à partir de l'application de l'article 1142 du Code civil en droit du travail*, RDC 2005, p. 197 s.

RAUD (N) et NOTTE (G.), *Les pratiques de la distribution alimentaire stigmatisées*, JCP E 2010, 678.

RAY (J.-E.), *De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail*, DS 1995, p. 634 s.

RAYNARD (J.), *La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution*, CDE 2005/3, p. 33 s.

RAYNARD (J.), *Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial*, RDC 2006, p. 597 s.

RAYNARD (J.), *Le ministre, le juge et le contrat – Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce*, JCP E 2007, p. 1864 s.

RAYNAUD (E.), *Éléments d'analyse économique*, in *La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, dir. N. Dissaux et R. Loir, L'Harmattan, 2009, p. 7 s.

REGNAULT (S.), *Guide de la rupture des relations commerciales établies*, D&P oct. 2007, p. 48 s.

REGNAULT (S.), *La tentation d'autoritarisme de la loi Doubin*, PA 10/01/2003, p. 13 s.

REGNAULT (S.), *Pour une application raisonnée de l'article L. 781-1 2° du Code du travail*, PA 29/07/2005, p. 4 s.

REIS (P), *L'accès au marché des fournisseurs face au développement des marques de distributeurs*, CCC 2014, étude 6

REMY (B.), *Le mandat « façon puzzle »*, in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, 2013, p. 95 s.

RENET (T.), *L'objet du contrat de travail*, DS 1992, p. 859 s.

RENET (T.), *Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 195 s.

RENET (T.), *L'ordre public dans les relations de travail*, in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, coord. T. Renet, p. 43 s.

RENET (T.), *Les apports au droit des relations de dépendance*, RTD com. 1997, p. 37 s.

RENET (T.), *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31 s.

RENET (T.), *Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 83 s.

RENET (T.), *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie*, RDC 2004, p. 579 s.

RENET (T.), *Droit constitutionnel du contrat*, RDC 2003, p. 16 s.

REVET (T.), *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. M. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, Dalloz, 14<sup>e</sup> éd., 2008, p. 723 s.

REYNES (B.), *La notion de travailleur salarié en droit communautaire : une notion en devenir*, in Mél. M. Despax, PU Toulouse, 2002, p. 201 s.

RIALS (S.), *Les standards, notions critiques du droit*, in *Les notions à contenu variable en droit*, dir. C. Perelman et R. Vander Elst, Bruylant, 1984, p. 40 s.

RIPERT (G.), *Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des Représentants de commerce*, D. 1939, chron. p. 1 s.

RIVE-LANGE (J.-L.), *La notion de dirigeant de fait*, D. 1975, chron. p. 41 s.

RIVOAL (O.), *La dépendance économique en droit du travail*, D. 2006, p. 891 s.

ROBERT (A.), *La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, in *Etudes de droit privé*, dir. P. Durand, LGDJ, 1960, p. 36 s.

ROCHFELD (J.), *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 747 s.

ROCHFELD (J.), *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004, p. 47 s.

ROCHFELD (J.), *Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil, l'avènement de la « relation » contractuelle ?*, RDC 2006, p. 1033 s.

ROCHFELD (J.), *La rupture efficace*, in *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 169 s.

RODIERE (R.) et CHAMPAUD (C.), *A propos des pompistes de marque, les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur*, JCP 1966.I.1988.

ROJOT (J.), *La gestion de la négociation*, RTD com. 1998, p. 447 s.

ROUAST (A.), *La notion de contrat de travail et la loi sur les assurances sociales*, JCP 1930.I.329

ROUSSEL GALLE (P.), *Les « nouveaux » régimes des contrats en cours et du bail*, RPC 2009-1, p. 55 s.

ROUVIERE (F.), *La remise en cause du contrat par le juge*, in *L'efficacité du contrat*, dir. G. Lardeux, Dalloz, 2011, p. 41 s.

SAINTOURENS (B.), *Le bail commercial des non-commerçants*, in Mél. J. Déruppé, GLN Joly et Litec, 1991, p. 93 s.

SAINTOURENS (B.), *Le nouveau statut du gérant-mandataire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal*, RTD com. 2005, p. 704 s.

SAINTOURENS (B.), *Les informations précontractuelles à fournir au gérant-mandataire*, RTD com. 2006, p. 565 s.

SAINTOURENS (B.), *Les clauses commerciales fixant des normes de gestion et d'exploitation du fonds, dans le cadre d'un réseau, sont sans incidences sur la nature du contrat de gérance-mandat*, RTD com. 2010, p. 690.

SAINTOURENS (B.), *L'amusante « commission-affiliation » provoque la confusion*, RTD com. 2011, p. 687 s.

SAINTOURENS (B.), *La rupture brutale des relations commerciales*, CDE 1/2014, p. 21 s.

SAINTOURENS (B.), *La notion de rupture brutale de la relation commerciale*, CDE 1/2014, p. 29 s.

SAURET (A.), *A propos des agents commerciaux*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. B. Teyssié, Litec, 1992, p. 31 s.

SAURET (A.), *Indépendance technique et subordination juridique*, PA 17/06/1992, p. 24 s.

SAVATIER (R.), *Vers la socialisation du contrat de louage d'industrie*, D.H. 1934, chron. p. 37 s.

SAVATIER (R.), *Agents commerciaux et VRP (Problèmes de délimitation et de cumul)*, JCP 1959.I.1512.

SAVATIER (R.), *L'introduction et l'évolution du bien clientèle dans la construction du droit positif français*, in Mél. J. Maury, t. 2, Dalloz, 1960, p. 565 s.

SAVATIER (R.), *La vente de services*, D. 1971, chron. p. 223.

SAVATIER (J.), *Contribution à une étude de la profession*, in Mél. J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 3 s.

SAVATIER (J.), *Réflexions sur les indemnités de licenciement*, DS 1989, p. 125.

SAVATIER (J.), *La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde*, DS 1995, p. 651.

SAVAUX (E.), *Solidarisme contractuel et formation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 43 s.

SAVAUX (E.), *A propos de la modernisation du droit des contrats*, in Mél. J. Beauchard, LGDJ, 2013, p. 639 s.

SCHAEFFER (E.), *Le pompiste en station-service partagé*, JCP 1972.I.2503.

SCHULLE (E.) et LE MORDEHEC (E.), *L'indemnisation de la rupture brutale de relations commerciales établies*, JCP E 2011, 466.

SERIAUX (A.), *La notion de contrat synallagmatique*, in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 786 s.

SERRA (Y.), *La clientèle*, D&P 07-08/1996, p. 64 s.

SERRA (Y.), *Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence*, RTD com. 1998, p. 7 s.

SERRA (Y.), *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*, D. 2002, p. 2491 s.

SELINSKY (V.), *Les enseignements de la loi Doubin pour le chef d'entreprise*, PA 7 déc. 1990, n° 147, p. 24 s.

SELINSKY (V.), *Les limites à la liberté de fixer le montant du prix*, in Mél. C. Mouly, t. 1, Litec, 1998, p. 161 s.

SEUBE (A.), *La précarité des clauses d'exclusivité*, GP 1979.II.655.

SIMLER (P.), *Rapport de synthèse*, RTD com. 1997, p. 75 s.

SIMLER (P.), *L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, JCP 1971.I.2413.

SINEY-CYTERMANN (A.), *Variations autour de la qualification de loi de police et de sûreté dans les contrats internationaux*, in Mél. N. Decoopman, CEPRISCA, 2014, p. 141 s.

STIRN (B.), *Intérêt*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et s. Rials, 2003, p. 837 s.

STOFFEL-MUNCK (P.), *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale*, D&P mai 2004, p. 70 s.

STOFFEL-MUNCK (P.), *Préavis contractuel et préavis raisonnable*, RDC 2004, p. 943 s.

STOFFEL-MUNCK (P.), *L'après-contrat*, RDC 2004, p. 159 s.

STOFFEL-MUNCK (P.), *La rupture du contrat et le droit de la distribution*, in *Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, dir. C. Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005, p. 177 s.

STOFFEL-MUNCK (P.), *Autour du consentement et de la violence économique*, RDC 2006, p. 45 s.

STOFFEL-MUNCK (P.), *Les répliques contractuelles*, RDC 2010, p. 430 s.

STOFFEL-MUNCK (P.), *Les partenaires comme causes de la responsabilité de l'entreprise*, in *L'entreprise face aux évolutions de la responsabilité civile*, dir. N. Ferrier et A. Péliissier, Economica, 2012, p. 43 s.

STOFFEL-MUNCK (P.), *Les clauses abusives : on attendait Grouchy...*, D&P 10/2014, p. 56 s.

STORCK (M.), *Définition légale du contrôle d'une société en droit français*, RS 1986, p. 385 s.

SUEUR (J.-J.), *Droit économique et méthodologie du droit*, in Mél. G. Farjat, Ed. Frison-Roche, 2000, p. 291 s.

SUPIOT (A.), *Pourquoi un droit du travail ?*, DS 1990, p. 485 s.

SUPIOT (A.), *Le travail, une liberté partagée*, DS 1993, p. 723 s.

SUPIOT (A.), *La relativité du contrat en question*, in trav. Ass. H. Capitant, *La relativité du contrat*, 1999, p. 183 s.

SUPIOT (A.), *Les mésaventures de la solidarité civile*, DS 1999, p. 64 s.

SUPIOT (A.), *Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, DS 1999, p. 431 s.

SUPIOT (A.), *Les nouveaux visages de la subordination*, DS 2000, p. 131 s.

SUPIOT (A.), *La contractualisation de la société*, in *Qu'est ce que l'humain ? Université de tous les savoirs*, dir. Y. Michaud, vol. 2, O. Jacob, 2000, p. 157 s.

SUPIOT (A.), *La contribution du droit social au droit commun des contrats*, in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, dir. A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 62 s.

TAVERNIER (I.), *La lettre et l'esprit de la loi des parties*, JCP 1981.I.3023.

TESTU (X.), *Le juge et le contrat d'adhésion*, JCP 1993.I.3673.

TEYSSIÉ (B.), *Les contrats de travail à durée déterminée*, JCP CI 1982.II.13830.

TEYSSIÉ (B.), *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail*, D. 2004, p. 1680 s.

TEYSSIÉ (B.) et ANTONMATTEI (P.-H.), *A propos de la force de vente de l'entreprise : du droit commercial au droit du travail*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. Teyssié, Litec, 1992, p. 5 s.

THIRION (N.) et BENOIT-MOURY (A.), *Les concessions de vente en droit belge*, in *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, dir. B. Pinchart et J.-P. Triaille, Larcier, 1996, p. 173 s.

THIBIERGE (C.), *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997, p. 357 s.

THREARD (J.), *Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ?*, RTD com., 1972, p. 537 s.

THREARD (J.), *La distribution de produits de marque et le concessionnaire*, GP 1975.II.30.

THREARD (J.), *Le statut légal du concessionnaire*, JCP CI 1977.II.12536.

THREARD (J.), *L'intégration économique du distributeur et le droit*, GP 1979.II.657 s.

THREARD (J.), *Un nouveau commerçant, le distributeur intégré*, GP 1981.II.227.

THREARD (J.), *L'art. 1<sup>er</sup> de la Loi Doubin du 31 Décembre 1989 et les Contrats de Concession et de Franchise*, GP 1991.II.609.

TIQUANT (O.), *Rétablir l'autorité de la loi... Doubin*, D. 2002, p. 2597 s.

TIQUANT (O.), *Les obstacles à la sortie du franchisé : réflexion autour des clauses de non-concurrence post-contractuelle*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, n° 4182.

TOMASIN (D.), *A la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail*, in Mél. M. Despax, PU Toulouse, 2002, p. 203 s.

TOULOUSE (G.), *Le document d'information précontractuel*, in *La franchise : questions sensibles*, dir. C. Grimaldi, RLDA 2012, n° 4179.

TROCHU (M.), *Incidence du droit communautaire sur la rédaction des contrats de distribution*, D. 1995, chron. p. 179 s.

TUNC (A.), *Ebauche du droit des contrats professionnels*, in Mél. G. Ripert, t. 2, LGDJ, 1950, p. 136 s.

VABRES (R.), *La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation*, RTD com. 2011, p. 215 s.

VACARIE (I.), *Travail subordonné, travail indépendant : question de frontière ?*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p. 103 s.

VACHET (G.), *Le principe de faveur dans les rapports entre sources du droit*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B. Teyssié, Dalloz, 2008, p. 79 s.

VATINET (R.), *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit de l'entreprise*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 99 s.

VATINET (R.), *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglia*, DS 2002, p. 949.

VATINET (R.), *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales en droit du travail*, dir. B. Teyssié, LGDJ, 2009, p. 89 s.

VATINET (R.), *Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica, 2010, p. 207 s.

VATINET (R.), *Les cadres dirigeants*, in Mél. M. Germain, LexisNexis-LGDJ, 2015, p. 841 s.

VERICEL (M.), *Le rétablissement de la présomption de non-salariat*, DS 2004, p. 297 s.

VERKINDT (P.-Y.), *Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 197 s.

VERKINDT (P.-Y.), *Le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et le principe constitutionnel de liberté du travail*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, dir. B. Teyssié, Dalloz, 2008, p. 67 s.

VERKINDT (P.-Y.), *Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux*, JCP S 2009, p. 41 s.

VERKINDT (P.-Y.), *Debout ! les damnés de la terre*, JCP S 2009, p. 305 s.

VERKINDT (P.-Y.), *Le raisonnable en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. Teyssié, Economica, 2010, p. 43 s.

VERKINDT (P.-Y.), *Vivre dignement de son travail : entre salaire et revenu garanti*, DS 2011, p. 18 s.

VERKINDT (P.-Y.), *La liberté du travail*, in *Libertés et droit fondamentaux*, dir. M. Cabrillac, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 873 s.

VIGNEAU (C.), *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, D. soc. 2004, p. 707 s.

VINCENT (D.), *A propos des représentants de commerce*, in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, dir. Teyssié, Litec, 1992, p. 121 s.

VIRASSAMY (G.), *Les justifications de la loi Doubin du 31 décembre 1989*, PA 07/12/1990, p. 11 s.

VIRASSAMY (G.), *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1<sup>er</sup>)*, JCP E. 1990.II.15809.

VIRASSAMY (G.), *La protection du professionnel dépendant contre les abus de son cocontractant*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz 1996, p. 183 s.

VOGEL (J.) et (L.), *Vers un retour des contrats perpétuels ?*, CCC 08-09/1991, p. 1 s.

VOGEL (J.) et (L.), *Loi Doubin : des incertitudes et des doutes. Premier bilan sur l'information précontractuelle après cinq ans d'application de la loi (1990-1995)*, D. aff. 1995, p. 5 s.

VOGEL (L.), *Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence*, JCP 1994.I.3737.

VOGEL (L.), *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence* : RCC 115/2000, p. 6 s.

VOGEL (L.), *L'économie serviteur ou maître du droit*, in Mél. A. Decocq, Litec, 2004, p. 878 s.

VOGEL (L.), *Concurrence : de l'évolution à la révolution*, in *Le code de commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 413 s.

VOGEL (L.), *Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage ?*, in Mél. P. Merle, Dalloz, 2012, p. 745 s.

VOGEL (L.), *La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme*, in

Mél. M. Germain, LexisNexis-LDGJ, 2015, p. 855 s.

WALINE (M.), *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in Mél. G. Scelle, LGDJ, 1950, t. 2, p. 613 s.

WEBER (J.-F.), *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile*, BICC n° 702 du 15 mai 2009, p. 6 s.

WICKER (G.), *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les conceptions contractuelles françaises à l'heure des principes du droit européen des contrats*, dir. P. Rémy-Carlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 151 s.

ZENATI (F.), *La nature de la Cour de cassation*, BICC n° 575, 15/04/2003.

ZENATI-CASTAING (F.), *Pour un droit des revirements de jurisprudence*, in Mél. J.-L. Bergel, Bruylant, 2013, p. 501 s.

## **V. RAPPORTS**

ANTONMATTEI (P.-H.) et SCIBERRAS (J.-C.), *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, La documentation française, 2008.

DIETSCH (M.), *L'équilibre des relations fournisseurs-distributeurs, Le cas des marchés de produits de grande consommation*, Rapport pour la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, 22/01/2007.

*Location-gérance ou gérance-mandat, que choisir ?*, CDE 09/2007, prat. 21.

MOLFESSIS (N.) et autres, *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005.

Rapport du 23/07/1996 sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des états membres concernant les agents commerciaux indépendants, COM (96) 364 final

*Rapport annuel de la Cour de cassation 2000*, La Documentation Française, 2000.

*Rapport annuel de la Cour de cassation 2002*, La Documentation Française, 2002.

*Rapport annuel de la Cour de cassation 2009*, La Documentation Française, 2009.

*Rapport annuel de la Cour de cassation 2011*, La Documentation Française, 2011.

*Rapport annuel du Conseil d'Etat 2006*, La Documentation Française, 2006.



# INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros correspondent aux paragraphes)

## - A -

### Abus :

- dans la fixation unilatérale du prix : 561
- dans la rupture : 642
- de pouvoir : 1078 s.
- de position dominante : 353
- d'un état de dépendance économique : 356 s.
- d'une relation de dépendance : 369

Action publique : 628 s., 975 s.

### Activité :

- accessoire : 99 s. (contrat de travail), 152 (concession, franchise), 167 (mandat, commission, courtage), 190 (agence commerciale), 204 (agence générale d'assurance), 210 (gérance-mandat), 237 (gérant de succursale), 292 s. (VRP)
- cession de l' : 195 (agence commerciale), 303 (VRP), 840 (concession, franchise)
- libre exercice d'une : 872 s., 882 s.
- pour le compte d'autrui : 155 s.
- professionnelle : 882

### Agence :

- théorie de : 162

### Agent commercial :

- qualification : 180 s.
- directive sur l' : 971

### Agrément :

- du local : 233 (gérant de succursale).

Analyse substantielle : 33

Analyse économique : 34

### Attente :

- légitime : 579

### Autonomie :

- commerciale : 345 s.
- de gestion : 404 s.

Auxiliaire : v. moyens humains propres.

## - B -

### Bail :

- commercial : 392, 1183 s.
- droit au : 445

## - C -

Cadres : 91

Capital : 959 s.

### Cause :

- légitime : 664 s.
- réelle et sérieuse : 657 s.

### Clause :

- attributive de compétence : 980 s.
- compromissaire : 980 s.
- de clientèle : 855 s.
- de contrôle : 134
- de direction : 130
- de ducroire : 307
- de non-concurrence : 855 s.
- de non-réaffiliation : 855 s.

### Clientèle :

- propre (ou personnelle) : 117 s. (contrat de travail), 152, 836 s. (concession, franchise), 170 (mandat, commission, courtage), 191 (agence commerciale), 204 (agence générale d'assurance), 210 (gérance-mandat), 240 (gérant de succursale), 399 s. (fonds de commerce).
- indemnité de : v. indemnité

Collaboration : 1099 s.

### Commission :

- contrat de : 155 s.
- minimal garanti : 552 s.

Commission-affiliation : 172 s.

Comptes prévisionnels d'exploitation : 1009 s.

### Concentrations :

- contrôle des : 325

Concession : 126 s.

### Conditions :

- de travail : 148 (concession, franchise), 264 (gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire).

### Contraintes :

- incompatibles avec le libre exercice de l'activité : v. autonomie de gestion.
- inhérentes à l'activité : 147, 198
- commerciales : 148 s.
- degré de : 150 (concession, franchise), 166 (mandat, commission, courtage), 234 (gérant de succursale), 308 (VRP).

### Contrat :

- à durée déterminée : 672 s., 675 s.
- à durée indéterminée : 680 s.
- d'adhésion : 991
- de mandat : v. mandat
- de commission : v. commission
- de courtage : v. courtage
- d'agence commerciale : v. agence commerciale
- de gérance-mandat : v. gérance-mandat
- de commission-affiliation : v. commission-affiliation

- de franchise : v. franchise.
- de concession : v. concession
- de dépendance : 910 s.
- complexe : 916
- qualification du : 915 s.

Contrepartie financière : 859 s., 866 s. (fondement), 1245 s.

Contrôle : v. pouvoir de contrôle, v. clause de contrôle.

Courtage :

- qualification : 155 s.

## - D -

Déficit :

- d'inventaire : 549
- de gestion : 548, 549

Délai :

- de réflexion : 521 s.

Dépendance

- définition : 4 s.
- économique (critère du contrat de travail) : 69 s.

Dépendance-nécessité : 69.

Dépendance-obéissance : 69, 84

Déséquilibre :

- significatif : 370, 566, 1051

Disposition :

- mise à : 444 s., 482.

Distinction :

- contrat de travail et agence commerciale : 180 s.
- contrat de travail et commission : 157 s.
- contrat de travail et agence générale d'assurance : 202 s.
- contrat de travail et courtage : 157 s.
- contrat de travail et concession ou franchise : 126 s.
- contrat de travail et gérance-mandat : 206 s.
- contrat de travail et mandat : 157 s.
- agence commerciale et gérance-mandat : 176
- agence commerciale et courtier : 177
- agence commerciale et commission : 178
- agence commerciale et VRP : 298 s.
- gérant de succursale et gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire) : 275
- locataire-gérant et gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire : 268 s.
- gérant-mandataire et gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire : 272 s.
- gérant-salarié et gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire : 278 s.

Distributeur : 12 s.

Distribution :

- définition : 11

Direction : v. pouvoir de direction

Donneurs de travail (ou d'ordres) :

- pluralité de : 99 s. (contrat de travail), 152 (concession, franchise), 167 (mandat, commission, courtage), 190 (agence commerciale), 204 (agence générale d'assurance).

## - E -

Egalité : 470

Entreprise :

- notion : 328 s.

Etude de marché : 1008 s.

Exclusivité : 483

- quasi-exclusivité : 228, 483

Exécution personnelle du travail : 108 s.

## - F -

Faute :

- grave : 602
- lourde : 114

Fondement :

- obligation d'information : 505 s.

Fonds de commerce :

- notion : 389
- propriété du : 397 s., 431 s., 841

Frais :

- de remplacement : 555, 549
- du mandataire : 169, 550, 194
- professionnels : 541, 548, 549

Franchise

- de distribution : 126 s.
- de production : 15

## - G -

Gérance-mandat :

- qualification : 206 s.

Gérant de succursale :

- qualification : 222 s.

Gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire :

- qualification : 260 s.

## - I -

Immatriculation : 80

Immixture dans la gestion : 149, 321 s.

Incertitudes :

- qualification du contrat de travail : 122
- qualification de la dépendance : 356 s et 368 s.
- de la distinction entre l'agence commerciale et le contrat de travail : 197 s.
- de la distinction entre l'agence générale d'assurance et le contrat de travail : 202 s.
- de la distinction entre le gérant-mandataire et le contrat de travail : 206 s.



- de la distinction entre l'agence commerciale et le VRP : 298 s.

#### Indemnité :

- de préavis : 634 s.
- de précarité : 756 s., 797 s. (fondement)
- de licenciement : 758 s., 790 s. (fondement)
- de clientèle (VRP) : 761 s., 809 s. (fondement), 1073 s.
- de cessation de relations : 1179 s.
- de cessation des relations (agent commercial) : 766 s., 803 s. (fondement)
- de cessation de mandat (agents généraux d'assurance) : 774 s., 817 s. (fondement)

#### Indépendance :

- indices d' : v. indices d'indépendance.

#### Indices

- de subordination : 83
- d'indépendance : 83, 98 s. (contrat de travail), 152 s. (concession, franchise), 167 s. (mandat, commission, courtage), 190 s. (agence commerciale), 204 (agence générale d'assurance), 210 (gérance-mandat), 265 (gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire).

#### Information :

- précontractuelle : 473 s., 995 s., 1031 s.

#### Intermédiation : v. intermédiaire.

#### Intermédiaire : 155 s.

#### Intégration économique : 126 s., 423 s.

#### Intérêt commun :

- contrat conclu dans l' : 484
- dans les relations de distribution : 710 s.
- mandat d' : 660 s., 701 s.
- notion : 697 s.

#### *Intuitu personae* : 840

#### Investissement : 1062 s.

### - J -

#### Justification :

- obligation de : 641 s., 1157 s.
- effets : 728 s.
- fondement : 733 s.

### - L -

#### Licenciement : 654, 729

#### Locataire-gérant (gérant-libre) :

- qualification : 268 s.

#### Loi : 934 s.

- de police : 970 s.

### - M -

#### Mandat :

- qualification : 155 s.

#### Maîtrise :

- de l'activité : 114, 571
- dissociation avec la responsabilité : 115, 153
- dissociation avec les risques : 114, 153, 573 s.

#### Marché pertinent : 332 et 359 s.

#### Motivation :

- obligation de : 641 s., 1105 s., 1165 s.
- effets : 722 s.
- fondement : 733 s.

#### Moyens matériels :

- propres : 104 s. (contrat de travail), 152 (concession, franchise), 168 (mandat, commission, courtage), 192 (agence commerciale), 204 (agence générale d'assurance), 210 (gérance-mandat), 238 (gérant de succursale), 263 (gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire).

#### Moyens humains :

- propres : 108 s. (contrat de travail), 152 (concession, franchise), 168 (mandat, commission, courtage), 193 (agence commerciale), 204 (agence générale d'assurance), 210 (gérance-mandat), 239 (gérant de succursale), 264 (gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire), 305 (VRP).

### - N -

#### Normes :

- de commercialisation : 130 s.

### - P -

#### Personne morale

- interposition d'une : 81 (contrat de travail), 184 (agence commerciale), 225 (gérant de succursale), 301 (VRP).

#### Pertes :

- indemnisation des : 169, 194, 550

#### Pouvoir :

- abus de : v. abus
- contrôle du : 1085 s.
- de direction : 87 s. (contrat de travail), 130 s. (concession, franchise), 163 s. (mandat, commission, courtage), 186 (agence commerciale), 203 (agence générale d'assurance).
- de contrôle : 92 s. (contrat de travail), 134 s. (concession, franchise), 164 s. (mandat, commission, courtage), 187 (agence commerciale), 203 (agence générale d'assurance).
- de négociation : 186
- de sanction : 94 s. (contrat de travail), 140 s. (concession, franchise), 165 (mandat, commission, courtage), 188 (agence commerciale), 203 (agence générale d'assurance).
- de réglementation : 131

#### Préavis :

- de rupture : 374 s., 1128 s.
- fondement : 617 s.

#### Primauté des faits : 76 s. (contrat de travail), 182 (agence commerciale), 223 (gérant de succursale), 296 (VRP).

- Prix :
- abus dans la fixation unilatérale du : v. abus.
  - imposé : 235, 249, 254
  - non concurrentiel : 560
  - politique personnelle de : 130 (concession, franchise), 235 (gérant de succursale).

Psychosociologie : 35, 10032 s.

## - Q -

Qualification : 124 s.

## - R -

Relation :

- établie : 598 s.
- notion de : 685, 921 s.

Rémunération : 60 (contrat de travail), 262 (gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire), 299 (VRP).

Renégociation : 1027 s.

Réorganisation : 617, 1142 s.

Requalification :

- concession : 142 s.
- franchise : 142 s.
- mandat : 167 s.

Représentation : 159

Responsabilité

- du fait d'autrui : 46

Revente à perte : 372

Revenu minimal : 537 s., 1113 s.

Risques :

- assomption des : 112 s. (contrat de travail), 152 (concession, franchise), 169 (mandat, commission, courtage), 194 (agence commerciale), 204 (agence générale d'assurance), 210 (gérance-mandat), 241 (gérant de succursale), 270 (locataire-gérant), 322 s. (droit de la concurrence), 447 s. (fonds de commerce).
- de l'activité (indices du contrat de travail) : 112 s.
- de l'entreprise : 113 s., 1118
- de l'exploitation : 113 s., 1118
- liés à l'exploitation : 555

Rupture :

- anticipée : 672
- brutale : 374 s., 593 s., 1136 s.
- préavis de : 588 s.

## - S -

Salaire :

- du contrat de travail : 59 s.

- minimum interprofessionnel de croissance : 538 s., 554, 570

Sanction :

- du préavis : 627 s., 1147 s.
- pouvoir de : v. pouvoir de sanction
- de l'obligation d'information : 500 s., 523 s., 10015 s.

Sécurité juridique : 936, 946, 1140

Service

- distribution de : 14

Service organisé :

- -intégration à : 90

Solution équivalente : v. abus de dépendance économique.

Soumission : 370

Standard juridique : 1050 s., 1084 s.

Statut :

- de l'agent commercial : v. agence commerciale
- des distributeurs : 952 s.
- du gérant-mandataire : v. gérance-mandat
- du VRP : v. VRP
- des agents généraux d'assurance : voir agence générale d'assurance
- du vendeur à domicile indépendant : 919, 963
- du gérant de succursale : v. gérant de succursale
- des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire : v. gérant non salarié des succursales de commerce de détail alimentaire.
- multiplication : 906 s.

Subordination juridique :

- qualification (générale) : 67 s., 289 (VRP), 265 (gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire).

Sujétion : v. contraintes.

## - T -

Travail

- prestation de : 55
- sans intérêt personnel : 59 s.
- rémunération du : 59
- pour compte : 63 s.

Travailleur économiquement dépendant : 910 s.

## - V -

Violence :

- vice du consentement : 45, 1038 s.

Voyageurs, représentants ou placiers (VRP) :

- qualification : 287 s.

# TABLE DES MATIÈRES

|                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b>                                                                                           | 7   |
| <b>SOMMAIRE</b>                                                                                                           | 11  |
| <b>INTRODUCTION</b>                                                                                                       | 13  |
| <b>PARTIE 1 – LE DROIT POSITIF DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS</b>                                                     | 33  |
| <b>Titre 1 – La qualification insatisfaisante de la dépendance des distributeurs</b>                                      | 35  |
| <b>Chapitre 1 – La qualification de la dépendance des distributeurs par le droit du travail</b>                           | 37  |
| <b>Section 1 – La qualification de la dépendance des distributeurs par le contrat de travail de droit commun</b>          | 39  |
| <b>Paragraphe préliminaire – La qualification compréhensive de prestation de travail à titre onéreux</b>                  | 39  |
| A – Le travail sans intérêt personnel                                                                                     | 40  |
| B – Le travail pour le compte et au profit d'autrui                                                                       | 43  |
| <b>§1 – La qualification de la subordination juridique</b>                                                                | 45  |
| A – La nature complexe de la notion de subordination juridique                                                            | 45  |
| 1 – Le rejet de la dépendance économique et le choix de la subordination juridique comme critère du contrat de travail    | 45  |
| 2 – La réintroduction de la dépendance économique par la méthode de qualification de la subordination juridique           | 48  |
| a - La primauté des conditions d'exercice de l'activité sur la volonté des parties                                        | 48  |
| b - La primauté des conditions d'exercice de l'activité sur le statut formel du travailleur                               | 53  |
| B – L'ambivalence des indices de qualification de la subordination juridique                                              | 55  |
| 1 – L'assouplissement des indices de dépendance-obéissance révélant la subordination juridique                            | 56  |
| a - Les indices révélant un pouvoir de direction                                                                          | 56  |
| b - Les indices révélant un pouvoir de contrôle                                                                           | 59  |
| c - Les indices révélant un pouvoir de sanction                                                                           | 59  |
| 2 – Les limites des indices d'indépendance excluant la subordination juridique                                            | 61  |
| a - La pluralité de donneurs de travail et l'exercice d'autres activités                                                  | 61  |
| b - L'utilisation de moyens matériels ou humains propres au travailleur                                                   | 62  |
| b.1 - L'utilisation de moyens matériels propres                                                                           | 62  |
| b.2 - L'absence d'exécution personnelle du travail et le recours à des auxiliaires                                        | 64  |
| c - L'assomption des risques de l'activité                                                                                | 65  |
| d - L'existence d'une clientèle personnelle ou propre au travailleur                                                      | 71  |
| <b>§2 – La qualification de la subordination juridique appliquée aux relations de distribution</b>                        | 75  |
| A – L'incohérence de la qualification de la subordination juridique des distributeurs franchisés ou concessionnaires      | 76  |
| 1 – La présence des pouvoirs caractérisant la subordination juridique                                                     | 77  |
| a - L'existence d'un pouvoir de direction                                                                                 | 77  |
| b - L'existence d'un pouvoir de contrôle                                                                                  | 80  |
| c - L'existence d'un pouvoir de sanction                                                                                  | 81  |
| 2 – Les arguments de l'exclusion de la subordination juridique                                                            | 84  |
| a - L'appréciation spécifique et restrictive de la subordination juridique                                                | 84  |
| b - Le recours aux indices d'indépendance excluant la subordination juridique                                             | 93  |
| B – L'incertitude de la qualification de la subordination des distributeurs intermédiaires contractuels                   | 98  |
| 1 – La distinction incertaine entre l'intermédiaire salarié et l'intermédiaire indépendant non soumis à un statut spécial | 98  |
| a - Les pouvoirs de direction, contrôle et sanction dans les contrats d'intermédiation                                    | 101 |
| b - Les indices d'indépendance dans les contrats d'intermédiation                                                         | 105 |

|                                                                                                                                           |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| c - L'exemple de la commission-affiliation .....                                                                                          | 110        |
| 2 – La distinction incertaine entre l'intermédiaire salarié et l'intermédiaire indépendant soumis à un statut spécial .....               | 113        |
| a - La distinction incertaine entre l'agence commerciale et le contrat de travail de droit commun .....                                   | 115        |
| a.1 - La distinction incertaine à partir du statut .....                                                                                  | 115        |
| a.1.1 - L'appréciation des indices de dépendance-obéissance .....                                                                         | 116        |
| a.1.2 - L'appréciation des indices d'indépendance .....                                                                                   | 120        |
| a.2 - L'existence d'une casuistique jurisprudentielle .....                                                                               | 124        |
| b - La distinction incertaine entre l'agence générale d'assurance et le contrat de travail de droit commun .....                          | 127        |
| c - La distinction incertaine entre la gérance-mandat du Code de commerce et le contrat de travail de droit commun .....                  | 131        |
| <b>Section 2 – La qualification de la dépendance des distributeurs par les statuts spéciaux du droit du travail .....</b>                 | <b>138</b> |
| <b>§1 – La qualification de la dépendance par les statuts spéciaux des gérants .....</b>                                                  | <b>139</b> |
| A – La qualification de la dépendance par le statut du gérant de succursale .....                                                         | 139        |
| 1 – Les conditions de la qualification de gérant de succursale .....                                                                      | 140        |
| a - Les conditions caractérisant une dépendance-nécessité .....                                                                           | 142        |
| b - Les conditions caractérisant une dépendance-obéissance .....                                                                          | 145        |
| c - L'indifférence des indices d'indépendance .....                                                                                       | 152        |
| d - La portée du statut du gérant de succursale .....                                                                                     | 154        |
| 2 – La déconnexion partielle de la qualification et du degré de dépendance .....                                                          | 156        |
| a - La déconnexion liée au caractère restreint des critères de qualification .....                                                        | 156        |
| b - La déconnexion liée au caractère incertain des critères de qualification .....                                                        | 159        |
| B – La qualification de la dépendance par le statut des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire .....      | 163        |
| 1 – Les conditions de la qualification de gérant alimentaire .....                                                                        | 163        |
| 2 – La comparaison du gérant alimentaire et des autres gérants .....                                                                      | 168        |
| a - La comparaison du gérant alimentaire avec le locataire-gérant ou gérant-libre .....                                                   | 169        |
| b - La comparaison du gérant alimentaire avec le gérant-mandataire du Code de commerce .....                                              | 170        |
| c - La comparaison du gérant alimentaire avec le gérant de succursale .....                                                               | 172        |
| d - La comparaison du gérant alimentaire avec le gérant salarié de droit commun .....                                                     | 173        |
| <b>§2 – La qualification de la dépendance par le statut du voyageur, représentant ou placier .....</b>                                    | <b>175</b> |
| A – Les conditions de la qualification de VRP .....                                                                                       | 175        |
| 1 – Les conditions tenant à l'activité professionnelle exercée .....                                                                      | 178        |
| 2 – Les conditions tenant au contenu des engagements .....                                                                                | 179        |
| B – La distinction incertaine entre le VRP et l'agent commercial .....                                                                    | 181        |
| <b>Chapitre 2 – La qualification de la dépendance des distributeurs par le droit économique .....</b>                                     | <b>193</b> |
| <b>Section 1 – La qualification de la dépendance des distributeurs par le droit de la concurrence .....</b>                               | <b>196</b> |
| <b>§1 – La qualification de la dépendance des distributeurs par le droit des pratiques anticoncurrentielles .....</b>                     | <b>198</b> |
| A – La qualification incohérente et incertaine de la dépendance à travers la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence ..... | 198        |
| 1 – La qualification de la dépendance par l'analyse exclusive de la charge des risques .....                                              | 199        |
| a – Présentation de la qualification de la dépendance par l'analyse exclusive des risques .....                                           | 199        |
| b - Critique de l'approche de la dépendance par l'analyse exclusive des risques .....                                                     | 202        |
| 2 – La qualification de la dépendance par l'analyse combinée de l'autonomie commerciale et de la charge des risques ...                   | 204        |
| B – La qualification restrictive et incertaine de la dépendance dans le droit des abus de domination .....                                | 209        |
| 1 – La qualification de la dépendance dans l'abus de position dominante .....                                                             | 209        |
| 2 – La qualification de la dépendance dans l'abus d'un état de dépendance économique .....                                                | 210        |

|                                                                                                                                                      |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| a - La notoriété de la marque et l'importance de la part de marché du fournisseur .....                                                              | 211        |
| b - L'importance et l'origine de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur .....                                             | 213        |
| c - L'absence de solution d'approvisionnement équivalente .....                                                                                      | 216        |
| §2 – La qualification incertaine de la dépendance des distributeurs dans les pratiques restrictives de concurrence .....                             | 222        |
| A – La prise en compte de la dépendance dans la rupture brutale des relations commerciales établies .....                                            | 224        |
| B – La qualification incertaine de la dépendance dans la rupture brutale des relations commerciales établies .....                                   | 226        |
| <b>Section 2 – La qualification de la dépendance dans l'attribution de la propriété du fonds de commerce .....</b>                                   | <b>231</b> |
| <b>§1 – La qualification de la dépendance des exploitants connaissant des contraintes liées à la situation géographique de leur local .....</b>      | <b>234</b> |
| A – Les conditions de propriété du fonds de commerce.....                                                                                            | 234        |
| 1 – L'exigence d'une clientèle propre.....                                                                                                           | 235        |
| 2 – L'exigence d'une autonomie de gestion .....                                                                                                      | 236        |
| B – Les limites de la qualification de la dépendance .....                                                                                           | 239        |
| 1 – La situation de l'exploitant dépendant sans fonds de commerce faute de clientèle propre .....                                                    | 240        |
| 2 – La situation de l'exploitant dépendant sans fonds de commerce mais ayant une clientèle propre .....                                              | 242        |
| <b>§2 – La qualification de la dépendance des exploitants soumis à des contraintes liées à leur intégration dans un réseau de distribution .....</b> | <b>245</b> |
| A – L'appréhension de la dépendance par l'arrêt <i>Trévisan</i> .....                                                                                | 245        |
| 1 – La situation antérieure à l'arrêt <i>Trévisan</i> .....                                                                                          | 245        |
| 2 – L'évolution opérée par l'arrêt <i>Trévisan</i> .....                                                                                             | 247        |
| a - Les nouvelles conditions d'attribution de la propriété d'un fonds .....                                                                          | 247        |
| b - La question de la nécessité d'une reconnaissance du droit de disposer des éléments constitutifs du fonds .....                                   | 249        |
| c - La prise en compte de la dépendance par l'arrêt <i>Trévisan</i> .....                                                                            | 251        |
| c.1 - La notion de mise à disposition .....                                                                                                          | 251        |
| c.2 - La notion d'activité exercée aux risques et périls de l'exploitant .....                                                                       | 253        |
| B – La portée limitée de l'arrêt <i>Trévisan</i> .....                                                                                               | 255        |
| <b>Titre 2 – La protection inégalitaire des distributeurs face à la dépendance .....</b>                                                             | <b>263</b> |
| <b>Chapitre 1 – Les inégalités de protection à la naissance et au cours de la relation de distribution .....</b>                                     | <b>265</b> |
| <b>Section 1 – Les inégalités de protection contre l'asymétrie d'information précontractuelle .....</b>                                              | <b>266</b> |
| <b>§1 – Les inégalités de protection tenant à l'existence d'une obligation d'information précontractuelle légale .....</b>                           | <b>266</b> |
| A – La mise en évidence des différences de traitement .....                                                                                          | 266        |
| 1 – L'identification des distributeurs créanciers d'une obligation d'information précontractuelle légale .....                                       | 266        |
| a - Le champ d'application de l'obligation d'information de la loi <i>Doubin</i> .....                                                               | 267        |
| b - L'articulation entre l'obligation d'information de la loi <i>Doubin</i> et celle du statut des gérants-mandataires .....                         | 271        |
| c - Les distributeurs non créanciers d'une obligation légale d'information précontractuelle .....                                                    | 271        |
| 2 – La comparaison de l'obligation légale d'information précontractuelle et du droit commun de l'information précontractuelle .....                  | 272        |
| a - L'information précontractuelle due en l'absence d'obligation légale .....                                                                        | 272        |
| b – Les effets de l'obligation d'information précontractuelle légale .....                                                                           | 275        |
| B – La justification des différences de traitement .....                                                                                             | 278        |
| 1 – Les fondements des obligations légales d'information précontractuelle .....                                                                      | 278        |
| a - Les fondements de l'information précontractuelle de la loi <i>Doubin</i> .....                                                                   | 278        |
| b - Les fondements de l'information précontractuelle des gérants-mandataires .....                                                                   | 280        |
| 2 – L'appréciation de la justification des différences de traitement .....                                                                           | 282        |
| <b>§2 – Les inégalités de modalités et contenu de l'obligation d'information précontractuelle .....</b>                                              | <b>283</b> |

|                                                                                                                                                             |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| A – Les inégalités dans les modalités de l'obligation d'information .....                                                                                   | 283        |
| 1 – Les inégalités de délai de réflexion .....                                                                                                              | 283        |
| 2 – Les inégalités de sanction .....                                                                                                                        | 284        |
| B – Les inégalités de contenu de l'obligation d'information précontractuelle .....                                                                          | 285        |
| 1 – L'existence de différences de traitement.....                                                                                                           | 285        |
| 2 – L'absence de justification des différences de traitement .....                                                                                          | 286        |
| <b>Section 2 – Les inégalités de protection des revenus des distributeurs .....</b>                                                                         | <b>290</b> |
| <b>§1 – Les différences de protection du revenu du distributeur .....</b>                                                                                   | <b>290</b> |
| A – Les distributeurs bénéficiant légalement d'un revenu minimum garanti .....                                                                              | 290        |
| 1 – Les distributeurs bénéficiant du salaire minimum interprofessionnel de croissance .....                                                                 | 290        |
| a - Le revenu net minimal garanti des distributeurs liés par un contrat de travail de droit commun .....                                                    | 290        |
| b - Le revenu garanti des distributeurs soumis au droit spécial du travail .....                                                                            | 292        |
| b.1 - Le revenu garanti des VRP .....                                                                                                                       | 292        |
| b.2 - Le revenu garanti des gérants de succursales et des gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire .....                      | 295        |
| 2 – Les distributeurs bénéficiant d'une commission minimale garantie.....                                                                                   | 299        |
| B – Les distributeurs ne bénéficiant d'aucun revenu minimum garanti.....                                                                                    | 303        |
| 1 - Les garanties limitées du droit commun des contrats .....                                                                                               | 304        |
| 2 - Les garanties limitées du droit de la concurrence.....                                                                                                  | 309        |
| <b>§2 – L'absence de justification des différences de protection du revenu du distributeur .....</b>                                                        | <b>313</b> |
| A – Le fondement de la garantie du revenu : la maîtrise limitée de l'activité .....                                                                         | 313        |
| B – L'inégalité de correction du décalage entre la maîtrise de l'activité et la charge de ses risques .....                                                 | 315        |
| 1 – Les inégalités entre distributeurs bénéficiant d'une législation spéciale.....                                                                          | 316        |
| 2 – Les inégalités entre les distributeurs bénéficiant d'une législation spéciale et les autres .....                                                       | 316        |
| <b>Chapitre 2 – Les inégalités de protection en fin de relation de distribution .....</b>                                                                   | <b>319</b> |
| <b>Section 1 – Les inégalités d'encadrement de l'acte de rupture de la relation par le fournisseur .....</b>                                                | <b>320</b> |
| <b>§1 – Les inégalités dans l'obligation de préavis de rupture de la relation de distribution par le fournisseur ..</b>                                     | <b>320</b> |
| A – Les inégalités dans l'existence d'une obligation de préavis.....                                                                                        | 321        |
| 1 – Le champ de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie .....                                                               | 322        |
| a - Les relations entrant dans le champ de la prohibition .....                                                                                             | 322        |
| b - L'appréciation du caractère établi de la relation de distribution .....                                                                                 | 323        |
| 2 – Les exceptions à l'exigence d'un préavis de rupture .....                                                                                               | 326        |
| B – Les inégalités dans les modalités de l'obligation de préavis .....                                                                                      | 328        |
| 1 – Les inégalités de détermination de la durée minimale du préavis .....                                                                                   | 328        |
| a - Les différences de détermination de la durée minimale du préavis.....                                                                                   | 328        |
| a.1 - Les distributeurs bénéficiant d'une durée de préavis minimale fixée par la loi .....                                                                  | 329        |
| a.2 - Les distributeurs bénéficiant d'une durée de préavis minimale fixée par le juge.....                                                                  | 330        |
| b - L'absence de justification des différences de fixation de la durée minimale de préavis.....                                                             | 332        |
| b.1 - L'absence de justification des différences de fixation de la durée minimale de préavis pour les distributeurs soumis à une législation spéciale ..... | 333        |
| b.2 - L'absence de justification des différences de durée minimale de préavis entre distributeurs soumis à une législation spéciale .....                   | 335        |
| 2 – Les inégalités de sanction de l'obligation de préavis.....                                                                                              | 336        |
| a - Les inégalités de protection par une action publique et une amende civile.....                                                                          | 336        |
| b - La disparition des inégalités de réparation du préjudice .....                                                                                          | 338        |

## §2 – Les inégalités dans les obligations de justification et de motivation de la rupture de la relation de

|                                                                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>distribution par le fournisseur</b> .....                                                                                                        | 341 |
| A – Les différences d'exigence d'une justification ou d'une motivation de la rupture par le fournisseur .....                                       | 342 |
| 1 – La rupture par le fournisseur des relations de distribution relevant de régimes spéciaux.....                                                   | 342 |
| a - La rupture par le fournisseur des relations de distribution régies par le droit du travail .....                                                | 343 |
| a.1 - La rupture par le fournisseur d'une relation fondée sur un contrat à durée déterminée .....                                                   | 343 |
| a.2 - La rupture par le fournisseur d'une relation fondée sur un contrat à durée indéterminée .....                                                 | 346 |
| b - La rupture par le fournisseur des relations de distribution fondées sur un mandat d'intérêt commun.....                                         | 350 |
| b.1 - Le régime du mandat d'intérêt commun .....                                                                                                    | 350 |
| b.2 - Le champ d'application du régime du mandat d'intérêt commun .....                                                                             | 353 |
| 2 – La rupture par le fournisseur des relations de distribution ne relevant pas d'un régime spécial .....                                           | 356 |
| a - La rupture unilatérale régie par le droit commun des contrats .....                                                                             | 356 |
| a.1 - La rupture anticipée par le fournisseur d'un contrat à durée déterminée .....                                                                 | 357 |
| a.2 - Le non-renouvellement par le fournisseur d'un contrat-cadre à durée déterminée.....                                                           | 359 |
| a.3 - La résiliation par le fournisseur d'un contrat-cadre à durée indéterminée .....                                                               | 361 |
| b - La rupture unilatérale par le fournisseur régie par le droit de la concurrence .....                                                            | 364 |
| B – L'absence de justification des différences d'exigence d'une justification ou motivation de la rupture par le fournisseur .....                  | 367 |
| 1 – La recherche des justifications des différences de traitement dans l'intérêt commun .....                                                       | 368 |
| a - La notion d'intérêt commun .....                                                                                                                | 369 |
| a.1 - La notion incertaine d'intérêt commun hors du mandat .....                                                                                    | 369 |
| a.2 - La notion d'intérêt commun dans le mandat .....                                                                                               | 373 |
| a.2.1 - L'origine du mandat d'intérêt commun .....                                                                                                  | 373 |
| a.2.2 - Les critères du mandat d'intérêt commun moderne .....                                                                                       | 377 |
| b - L'intérêt commun dans les relations de distribution .....                                                                                       | 380 |
| b.1 - L'existence d'une obligation de justification malgré l'absence d'intérêt commun .....                                                         | 380 |
| b.2 - L'absence d'obligation de justification malgré l'existence d'un intérêt commun .....                                                          | 381 |
| 2 – La recherche des justifications des différences de traitement dans les effets des obligations de motivation et justification de la rupture..... | 384 |
| a - Les fondements des obligations de motivation et de justification de la rupture .....                                                            | 385 |
| a.1 - Le fondement téléologique des obligations de motivation et de justification de la rupture .....                                               | 385 |
| a.1.1 - Les effets de l'obligation de motivation de la rupture .....                                                                                | 385 |
| a.1.2 - Les effets de l'obligation de justification de la rupture.....                                                                              | 386 |
| a.2 - Le fondement technique des obligations de motivation et de justification de la rupture .....                                                  | 391 |
| a.2.1 - L'inégalité structurelle des parties due à la nature spécifique du lien contractuel.....                                                    | 391 |
| a.2.2 - La faiblesse économique d'une des parties et l'intensité des effets économiques et sociaux de la rupture de la relation.....                | 392 |
| b - La recherche de la justification des différences de traitement .....                                                                            | 395 |

## Section 2 – Les inégalités d'encadrement des conséquences de la cessation de la relation pour le distributeur 399

|                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>§1 – Les inégalités d'indemnisation de la cessation de relation</b> .....                   | 399 |
| A – Les différences d'indemnisation de la cessation de la relation de distribution .....       | 399 |
| 1 – Les distributeurs bénéficiant d'une indemnité légale de cessation de relation .....        | 399 |
| a - Les indemnités des distributeurs relevant du droit du travail .....                        | 399 |
| a.1 - Les indemnités dues aux distributeurs n'ayant pas le statut de VRP .....                 | 400 |
| a.1.1 - L'indemnité due en cas de cessation d'une relation à durée déterminée .....            | 400 |
| a.1.2 - L'indemnité due en cas de cessation d'un contrat à durée indéterminée .....            | 401 |
| a.2 - L'indemnité de cessation de relation due au VRP .....                                    | 403 |
| b - Les indemnités des distributeurs soumis à un statut spécial hors du droit du travail ..... | 407 |

|                                                                                                                                                     |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| b.1 - L'indemnité de cessation de relation de l'agent commercial .....                                                                              | 408        |
| b.2 - L'indemnité de résiliation du gérant-mandataire du Code de commerce .....                                                                     | 412        |
| b.3 - L'indemnité de cessation de relation des agents généraux d'assurance .....                                                                    | 413        |
| 2 – Les distributeurs sans indemnité légale de cessation de relation .....                                                                          | 416        |
| B – La recherche des justifications des différences d'indemnisation de la cessation de la relation de distribution .....                            | 418        |
| 1 – Les fondements des indemnités de cessation de relation .....                                                                                    | 418        |
| a - Le fondement téléologique des indemnités de cessation de relation révélé par leur analyse individuelle .....                                    | 418        |
| a.1 - Le fondement téléologique de l'indemnité de licenciement .....                                                                                | 418        |
| a.2 - Le fondement téléologique de l'indemnité de précarité .....                                                                                   | 421        |
| a.3 - Le fondement téléologique de l'indemnité de cessation de relation de l'agent commercial .....                                                 | 425        |
| a.4 - Le fondement téléologique de l'indemnité de clientèle du VRP .....                                                                            | 428        |
| a.5 - Le fondement téléologique de l'indemnité de résiliation du gérant-mandataire du Code de commerce .....                                        | 430        |
| a.6 - Le fondement téléologique des indemnités de cessation de relation des agents généraux d'assurance .....                                       | 431        |
| b - Le fondement technique des indemnités de cessation de relation révélé par leur analyse globale .....                                            | 432        |
| b.1 - Les éléments indifférents à l'octroi d'une indemnité .....                                                                                    | 433        |
| b.2 - L'élément déterminant : l'impossibilité juridique de patrimonialiser l'activité .....                                                         | 435        |
| 2 – L'appréciation de la justification des différences de traitement au regard des fondements de l'indemnité de cessation de relation .....         | 438        |
| a - L'absence de justification des différences de traitement tenant à l'existence d'une indemnité de cessation de relation .....                    | 438        |
| b - L'absence de justification des différences de traitement tenant aux cas d'ouverture et au montant de l'indemnité de cessation de relation ..... | 445        |
| b.1 - L'absence de justification des différences dans les cas d'ouverture de l'indemnité de cessation de relation .....                             | 446        |
| b.2 - L'absence de justification des différences de montant de l'indemnité de cessation de relation .....                                           | 448        |
| <b>§2 – Les inégalités d'encadrement des limitations de l'activité du distributeur à l'issue de la relation de distribution .....</b>               | <b>450</b> |
| A – Les différences d'indemnisation de la clause de non-concurrence post-contractuelle .....                                                        | 454        |
| 1 – Les distributeurs bénéficiant d'une contrepartie financière .....                                                                               | 454        |
| 2 – Les distributeurs ne bénéficiant d'aucune indemnité de non-concurrence .....                                                                    | 455        |
| B – L'absence de justification des différences d'indemnisation de la clause de non-concurrence post-contractuelle .....                             | 458        |
| 1 – Les fondements de la contrepartie financière des clauses de non-concurrence en droit du travail .....                                           | 458        |
| a - La recherche du fondement dans la notion de cause .....                                                                                         | 459        |
| b - La recherche du fondement dans l'atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle .....                        | 461        |
| c - La recherche du fondement à travers la nature et le régime de la contrepartie financière .....                                                  | 464        |
| 2 – La recherche d'une justification des différences d'exigence d'une contrepartie financière .....                                                 | 467        |
| a - Le contenu du principe de libre exercice d'une activité professionnelle .....                                                                   | 467        |
| b - L'atteinte portée à la liberté d'exercer une activité professionnelle .....                                                                     | 469        |
| <b>PARTIE 2 – ESSAI D'UN DROIT PROSPECTIF DE LA DÉPENDANCE DES DISTRIBUTEURS .....</b>                                                              | <b>475</b> |
| <b>Titre 1 – Les moyens d'un droit cohérent et égalitaire de la dépendance des distributeurs .....</b>                                              | <b>479</b> |
| <b>Chapitre 1 – Le choix d'une méthode .....</b>                                                                                                    | <b>479</b> |
| <b>Section 1 – Les approches à écarter .....</b>                                                                                                    | <b>479</b> |
| §1 – Les limites d'une approche analytique par les formes de distribution .....                                                                     | 479        |
| §2 – Les limites d'une approche synthétique par la notion de dépendance .....                                                                       | 482        |



|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Section 2 – La possibilité d’une approche complexe de la dépendance dans la relation de distribution</b>     | 484 |
| <b>§1 – La qualification unitaire des rapports de distribution par la notion de relation de distribution</b>    | 484 |
| A – Le dépassement des conflits de qualification entre contrats spéciaux supports d’opérations de distribution  | 484 |
| B – Le dépassement du cadre du contrat de distribution par la notion de relation de distribution                | 491 |
| <b>§2 – L’approche complexe du régime de la relation de distribution</b>                                        | 494 |
| <b>Chapitre 2 – Le choix d’un instrument</b>                                                                    | 497 |
| <b>Section 1 – Le choix d’une réforme législative</b>                                                           | 497 |
| <b>§1 – La justification d’une réforme par la loi</b>                                                           | 497 |
| A – La réfutation des arguments avancés en faveur d’une réforme par la jurisprudence                            | 498 |
| 1 – La réfutation des inconvénients de la loi par rapport à la jurisprudence                                    | 498 |
| 2 – La réfutation des avantages de la jurisprudence par rapport à la loi                                        | 500 |
| B – Les arguments en faveur d’une réforme par la loi                                                            | 502 |
| <b>§2 – Le champ d’une réforme par la loi</b>                                                                   | 505 |
| A – Le champ d’application matériel et personnel                                                                | 505 |
| 1 – La justification d’un statut spécial des distributeurs                                                      | 505 |
| 2 – La proposition d’une frontière avec le droit du travail                                                     | 509 |
| a - L’élaboration d’un critère de démarcation                                                                   | 509 |
| b - La mise en œuvre du critère et son impact sur le droit positif                                              | 513 |
| B – Le champ d’application spatial et temporel                                                                  | 515 |
| 1 – Le champ d’application temporel                                                                             | 515 |
| 2 – Le champ d’application spatial                                                                              | 516 |
| <b>Section 2 – Les conditions d’effectivité d’une réforme législative</b>                                       | 520 |
| <b>§1 – L’intérêt limité de l’action autonome d’une autorité publique</b>                                       | 521 |
| <b>§2 – La nécessaire préservation des actions privées</b>                                                      | 523 |
| <b>Titre 2 – Le contenu d’un droit cohérent et égalitaire de la dépendance des distributeurs</b>                | 531 |
| <b>Chapitre 1 – La protection des distributeurs à la naissance et au cours de la relation de distribution</b>   | 533 |
| <b>Section 1 – La protection lors de la définition des conditions initiales de la relation</b>                  | 533 |
| <b>§1 – La précision du champ d’application de l’obligation d’information précontractuelle</b>                  | 536 |
| <b>§2 – La résorption des inégalités de contenu et modalités de l’obligation d’information précontractuelle</b> | 539 |
| A – Le contenu de l’obligation d’information précontractuelle                                                   | 539 |
| 1 – Les informations sur le passé de l’exploitation                                                             | 539 |
| 2 – La question des comptes prévisionnels d’exploitation et de l’étude de marché                                | 540 |
| B – Les modalités de l’obligation d’information précontractuelle                                                | 543 |
| 1 – La forme et le moment de l’information précontractuelle                                                     | 543 |
| 2 – Les sanctions de l’obligation d’information précontractuelle                                                | 544 |
| a - L’abandon des sanctions pénales                                                                             | 544 |
| b - Le renforcement des sanctions civiles                                                                       | 545 |
| <b>Section 2 – La protection lors de la modification des conditions initiales de la relation</b>                | 549 |
| <b>§1 – La résorption des inégalités de protection contre la renégociation sous contrainte</b>                  | 549 |
| A – Les mécanismes de protection insuffisants                                                                   | 551 |
| 1 – L’insuffisance de la prévention par l’information précontractuelle                                          | 552 |
| 2 – Les limites du vice de violence et de la police du contenu du contrat comme mécanismes correctifs           | 555 |

|                                                                                                                                          |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| a - Les limites du vice de violence .....                                                                                                | 555        |
| a.1 - Les limites du droit commun de la violence .....                                                                                   | 555        |
| a.2 - Les limites du droit spécial de la violence économique .....                                                                       | 560        |
| b - Les limites de la police du contenu du contrat .....                                                                                 | 561        |
| b.1 - Les limites de la police du contenu du contrat par un standard juridique .....                                                     | 562        |
| b.2 - Les limites du contrôle à partir d'une liste de clauses ou pratiques .....                                                         | 565        |
| B – L'efficacité de l'encadrement de la rupture de la relation pour limiter la renégociation sous contrainte .....                       | 566        |
| 1 – Les conditions d'efficacité de l'encadrement de la rupture pour limiter la renégociation sous contrainte .....                       | 566        |
| 2 – Les modalités d'encadrement de la rupture pour limiter la renégociation sous contrainte .....                                        | 568        |
| a - L'encadrement lié aux dépenses ou investissements spécifiques non rentabilisés .....                                                 | 569        |
| b - L'encadrement lié au gain manqué d'exploitation de la clientèle .....                                                                | 573        |
| <b>§2 – La résorption des inégalités de protection contre l'usage du pouvoir du fournisseur .....</b>                                    | <b>575</b> |
| A – Les insuffisances des limitations directes de l'usage du pouvoir .....                                                               | 578        |
| 1 – L'insuffisance d'une limitation directe par un standard juridique .....                                                              | 578        |
| 2 – Les inconvénients d'une limitation par des normes légales intrinsèquement déterminées .....                                          | 585        |
| B – La possibilité de limitations indirectes de l'usage du pouvoir .....                                                                 | 587        |
| 1 – Les insuffisances et inconvénients des limitations procédurales .....                                                                | 587        |
| a - Les limites de la collaboration .....                                                                                                | 587        |
| b - Les limites de l'intervention d'un tiers .....                                                                                       | 590        |
| c - Les limites de la motivation .....                                                                                                   | 591        |
| d - Les limites de la temporisation .....                                                                                                | 593        |
| 2 – La possibilité d'une limite indirecte par la garantie d'un revenu minimal .....                                                      | 594        |
| a - La justification d'une garantie d'un revenu minimal au distributeur .....                                                            | 594        |
| b - Les modalités de garantie du revenu minimal du distributeur .....                                                                    | 595        |
| <b>Chapitre 2 – La protection du distributeur en fin de relation de distribution .....</b>                                               | <b>601</b> |
| <b>Section 1 – La résorption des inégalités d'encadrement de l'acte de rupture .....</b>                                                 | <b>601</b> |
| <b>§1 – La résorption des inégalités de préavis de rupture .....</b>                                                                     | <b>601</b> |
| A – La clarification du domaine de l'obligation de préavis .....                                                                         | 601        |
| B – La résorption des inégalités de modalités de l'obligation de préavis .....                                                           | 604        |
| 1 – La réforme de la prohibition de la rupture brutale d'une relation commerciale établie .....                                          | 604        |
| a - La détermination du délai de préavis .....                                                                                           | 604        |
| b - Les sanctions de l'irrespect du délai de préavis .....                                                                               | 610        |
| 2 – La justification de l'exclusion de la prohibition des ruptures brutales pour les relations de distribution du droit du travail ..... | 613        |
| <b>§2 – La résorption des inégalités de justification et motivation de la rupture .....</b>                                              | <b>616</b> |
| A – Le rejet de l'obligation de justification de la rupture .....                                                                        | 616        |
| 1 – Le rejet de la pérennisation de la relation de distribution à travers l'obligation de justification .....                            | 616        |
| 2 – Le rejet de l'indemnisation de la rupture à travers l'obligation de justification .....                                              | 619        |
| B – Le cantonnement de l'obligation de motivation à la rupture pour faute .....                                                          | 621        |
| 1 – L'inutilité de l'obligation de motivation en l'absence d'obligation de justification .....                                           | 621        |
| 2 – L'utilité de l'obligation de motivation en présence d'une rupture pour faute .....                                                   | 622        |
| <b>Section 2 – La résorption des inégalités d'encadrement des effets de la cessation de la relation .....</b>                            | <b>625</b> |
| <b>§1 – La résorption des inégalités d'indemnisation de la cessation de la relation .....</b>                                            | <b>625</b> |
| A – L'extension de l'indemnité de cessation de relation .....                                                                            | 625        |
| 1 – Les arguments en faveur d'une extension de l'indemnité de cessation de relation .....                                                | 625        |

|                                                                                                                                                              |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| a - La reconnaissance artificielle de la titularité d'un fonds de commerce pour rendre applicable le statut des baux commerciaux .....                       | 627        |
| b - Les justifications de l'extension de l'indemnité de cessation de relation .....                                                                          | 628        |
| 2 – La réfutation des arguments opposés à l'extension de l'indemnité de cessation de relation .....                                                          | 631        |
| a - Le risque de perte d'intérêt économique de certaines formes de distribution pour le fournisseur .....                                                    | 632        |
| b - Le risque de démotivation du distributeur .....                                                                                                          | 634        |
| B – L'uniformisation des conditions et modalités des indemnités de cessation de relation .....                                                               | 635        |
| 1 – L'uniformisation des conditions d'octroi de l'indemnité de cessation de relation .....                                                                   | 635        |
| a - Les conditions positives d'octroi de l'indemnité .....                                                                                                   | 635        |
| a.1 - L'existence d'une diversité de situations économiques .....                                                                                            | 636        |
| a.2 - La possibilité d'une solution juridique complexe .....                                                                                                 | 639        |
| b - Les conditions négatives d'octroi de l'indemnité .....                                                                                                   | 641        |
| b.1 - La cessation de la relation par cession de l'activité .....                                                                                            | 641        |
| b.2 - La cessation de la relation à l'initiative du distributeur .....                                                                                       | 644        |
| b.3 - La cessation de la relation pour faute grave du distributeur .....                                                                                     | 646        |
| 2 – L'uniformisation des modalités de l'indemnité de cessation de relation .....                                                                             | 647        |
| a - Le montant de l'indemnité de cessation de relation .....                                                                                                 | 648        |
| a.1 - L'assiette de l'indemnité de cessation de relation .....                                                                                               | 649        |
| a.1.1 - La délimitation temporelle de l'assiette .....                                                                                                       | 649        |
| a.1.2 - La délimitation matérielle de l'assiette .....                                                                                                       | 650        |
| a.2 - Le taux de l'indemnité de cessation de relation .....                                                                                                  | 652        |
| b - La date d'exigibilité de l'indemnité de cessation de relation .....                                                                                      | 652        |
| <b>§2 – La résorption des inégalités de limitation des atteintes à la liberté professionnelle du distributeur à l'issue de la relation .....</b>             | <b>655</b> |
| A – La justification de la généralisation de l'exigence de contrepartie financière .....                                                                     | 656        |
| 1 – La substitution de limites objectives aux limites fondées sur des standards juridiques .....                                                             | 656        |
| 2 – L'extension de la contrepartie financière comme limite objective .....                                                                                   | 659        |
| B – Les modalités de la contrepartie financière .....                                                                                                        | 661        |
| 1 – Le montant et la sanction de la contrepartie financière .....                                                                                            | 661        |
| a - Le montant de la contrepartie financière .....                                                                                                           | 661        |
| b - La sanction de l'absence ou de l'insuffisance de la contrepartie financière .....                                                                        | 663        |
| 2 – La date d'exigibilité de la contrepartie financière et son effet sur la faculté de renonciation unilatérale à l'atteinte .....                           | 665        |
| a - La date d'exigibilité de la contrepartie financière .....                                                                                                | 665        |
| b - L'effet de la contrepartie financière sur la faculté de renonciation du fournisseur à la restriction de la liberté professionnelle du distributeur ..... | 665        |
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>                                                                                                                             | <b>677</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>                                                                                                                                   | <b>681</b> |
| <b>INDEX ALPHABÉTIQUE .....</b>                                                                                                                              | <b>715</b> |
| <b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>                                                                                                                              | <b>719</b> |



## **Titre : La dépendance des distributeurs**

**Résumé :** Les distributeurs sont des intermédiaires économiques car ils offrent sur le marché des produits ou services conçus, fabriqués ou exécutés par d'autres (les fournisseurs). Cette recherche démontre que le degré de protection accordé par le droit positif aux différents distributeurs n'est pas corrélé à leur degré de dépendance à l'égard des fournisseurs. Les qualifications de la dépendance sont multiples, incertaines, incohérentes et parfois artificiellement restrictives ou extensives, en droit du travail comme en droit économique. Des distributeurs connaissant un même degré de dépendance à l'égard de leur fournisseur peuvent être traités de façon différente sans justification au regard des fondements des règles considérées. Pour mettre fin à ces inégalités de traitement, il est proposé un nouveau droit de la dépendance des distributeurs, plus cohérent et égalitaire. Celui-ci se traduirait par un statut légal des distributeurs remplaçant les multiples statuts spéciaux existants, traçant une frontière plus nette avec le droit du travail et conciliant les intérêts des distributeurs avec la liberté des fournisseurs d'organiser la distribution de leurs produits et services. Dépassant la notion trop restrictive de contrat et les conflits de qualification, ce statut viserait la relation de distribution et prévoirait un régime appréhendant la complexité et l'évolutivité de la dépendance des distributeurs grâce à l'information, à une protection des revenus et différentes indemnités de fin de relation.

**Mots clefs :** Distributeur, dépendance, fournisseur, distribution, contrat de distribution, franchise, concession, agent commercial, commission-affiliation, vrp, gérant de succursale, courtage, commission, location-gérance, dépendance économique, pouvoir, abus, information précontractuelle, revenu garanti, rupture, préavis, justification, motivation, indemnité, non-concurrence.

## **Title : The dependence of distributors**

**Abstract :** Distributors are economic intermediaries because they offer on the market goods and services produced or served by others (the suppliers). This research demonstrates that the degree of protection offered by the Law to the various distributors isn't correlated with their degree of dependence towards suppliers. The qualifications of dependence are numerous, incoherent and sometimes artificially restrictive or extensive, in labour law as in business law. Distributors experiencing a same degree of dependence towards their supplier can be treated differently without any justification regarding the grounds of the rules in question. To end those inequalities towards the Law, new legal rules are suggested. They would take the form of a statute ruling distributors and replacing the numerous statutes in force at the present time. It would draw a clearer line between labour law and business law and conciliate the distributors' interests with the suppliers' freedom to organize the distribution of their goods and services. Going other the too restrictive notion of contact and the conflicts between qualifications, this statute would apply to the relation of distribution and contain rules comprehending the complex and changing nature of dependence. It would ensure sufficient information of distributors, offer them an income protection and various compensations when the relation is terminated.

**Keywords :** Distributor, dependence, supplier, distribution, distribution agreement, franchise, concession, commercial agent, commission-based affiliation, travelling salesperson, branch manager, brokerage, commission agent, business-leasing, economical dependence, power, abuse, pre-contractual information, income guarantee, termination, notice, justification, motivation, compensation, non-competition.

**Unité de recherche / Research unit :** Centre de Recherche Droits et perspective du Droit (CRDP), EA n° 4487, équipe René Demogue, CRDP - Équipe Demogue, 1 place Déliot, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 59000 Lille, <http://crdp.univ-lille2.fr>

**École doctorale / Doctoral school :** École doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, <http://edoctrale74.univ-lille2.fr>

**Université/University :** Université Lille 2, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>