



HAL
open science

Le droit social, source d'inspiration de la protection des intermédiaires de commerce

Nicolas Ferrier

► **To cite this version:**

Nicolas Ferrier. Le droit social, source d'inspiration de la protection des intermédiaires de commerce. Le juriste dans la cité, Mélanges Ph. Neau-Leduc, éd. Lextenso-LGDJ, 2018, 978-2-275-05978-5. hal-02334764

HAL Id: hal-02334764

<https://hal.science/hal-02334764>

Submitted on 27 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit social, source d'inspiration de la protection des intermédiaires du commerce

Nicolas FERRIER

Agrégé des Facultés

Professeur à l'université de Montpellier

Le droit social est le droit de la protection du travailleur en situation de dépendance. Il l'est de manière ontologique et c'est en ce sens qu'il est l'archétype, au sens étymologique du terme – le modèle primitif –, du droit de la protection du travailleur en situation de faiblesse.

Modèle premier, mais également modèle unique de protection¹, ce qui permet de comprendre que le droit social soit naturellement une source d'inspiration pour le législateur, dès lors qu'il cherche à élaborer un régime de protection des travailleurs non-salariés en général et des intermédiaires du commerce en particulier.

La démarche législative consiste alors à raisonner par analogie, en reprenant des règles protectrices du salarié pour les appliquer à des non-salariés placés dans une situation de dépendance. Deux observations liminaires s'imposent. D'une part, il s'agit ici, non pas de soumettre les intermédiaires de commerce au droit social mais de copier des règles de droit social, en les déconnectant totalement de leur source originelle. Pour reprendre une terminologie empruntée au droit international privé², il s'agit non pas d'une soumission au droit social comme le prévoient les statuts de « gérants de succursales » et « gérants non-salariés de maisons d'alimentation de détail » respectivement visés aux articles L. 7321-1 et suivants et L. 7322-1 et suivants du Code du travail, mais d'une incorporation de certaines règles de droit social dans un statut d'intermédiaire non-salarié. D'autre part, la source immédiate d'inspiration d'un régime protecteur des intermédiaires de commerce ici envisagé n'est pas le statut du salarié de droit commun mais celui de travailleurs qui, de manière artificielle, ont été qualifiés de salariés (tel le VRP) ou qui ont été seulement soumis au droit social (tels les gérants de succursales visés aux articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail). Il en résulte une sorte de dérive progressive du droit social, qui, de proche en proche, se propage en dehors de ses frontières naturelles, avec les risques que cela emporte.

Ce phénomène de dérive ou de propagation s'observe à deux égards. D'abord à propos de l'agent commercial, dont le statut est inspiré de celui du voyageur représentant placier (VRP), lequel dérive lui-même du statut du salarié de droit commun. Ensuite, et de manière à la fois plus récente et plus complexe, à propos du gérant-mandataire de fonds de commerce créé en 2005 et inséré aux articles L. 146-1 et suivants du Code de commerce³. Les influences sont ici multiples, mais nous ramènent toutes – directement ou indirectement – au droit social, dans la mesure où ce statut s'inspire du régime de l'agent commercial et de celui du gérant de succursale visé aux articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail.

Le droit social comme source d'inspiration est ainsi illustré par l'agent commercial (I) et le gérant-mandataire de fonds de commerce (II).

¹ Les propositions d'élaboration d'un régime protecteur des travailleurs non-salariés sont souvent le fait de spécialistes de droit social et prennent, directement ou indirectement, pour modèle le droit social. V., par ex., LYON-CAEN G., *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990 ; ANTONMATTEI P.-H. et SCIBERAS J.-Ch., *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport au ministre du Travail, nov. 2008.

² Sur laquelle, JACQUET J.-M., *L'incorporation de la loi dans le contrat*, Travaux comité fr. DIP, 1993-1994, pp. 23 et s.

³ Sur lequel, AUZERO G., « Les dispositions à caractère social de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME », *BJS* 2005, p. 1083 ; DISSAUX N., « La gérance-mandat : une troisième voie ? », *D.* 2010, chron., p. 667 ; FERRIER N., « Le statut de gérant mandataire issu de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 », *LPA* 26 mai 2006, p. 4 ; SAINTOURENS B., obs. *RTD com.* 2005, p. 704.

I – L’AGENT COMMERCIAL

Voir dans l’agent commercial une illustration du droit social comme source d’inspiration des statuts d’intermédiaire de commerce paraît, de prime abord, paradoxal. En effet, l’apparition de cette catégorie d’intermédiaire de commerce s’explique historiquement par la volonté d’échapper au statut de VRP et, plus généralement, à l’intégration dans le salariat⁴. La suite a pourtant montré que le statut de VRP a inspiré celui de l’agent commercial, au point d’entraîner un rapprochement, voire un dépassement du second par le premier.

Ainsi, la relation entre le statut d’agent commercial et son modèle que constitue le statut de VRP, lui-même inspiré du droit social, est passée par trois phases successives : l’évitement (A), le rapprochement (B) et le dépassement (C).

A. L’évitement

Pour comprendre la phase d’évitement, il faut rappeler que les intermédiaires aujourd’hui qualifiés de VRP étaient initialement des mandataires professionnels indépendants qui, à ce titre, ne relevaient pas du droit social, même s’ils bénéficiaient ponctuellement de règles protectrices. Ce n’est qu’au gré du vaste mouvement de prolétarianisation des années 1930 que, par une loi du 18 juillet 1937, ils ont été formellement désignés « VRP » et assimilés à des salariés avec toutefois une particularité tenant à la reconnaissance d’un droit à indemnité de clientèle.

Ce dispositif, particulièrement favorable, était en partie destiné à attirer l’ensemble des mandataires professionnels dans le giron du droit social.

Certains ont toutefois refusé cette intégration au salariat et ont pris, en 1941, le titre d’agent commercial, afin précisément de marquer leur différence par rapport aux VRP. L’émergence du statut d’agent commercial s’explique ainsi à l’origine par une volonté d’évitement du statut de VRP.

Par la suite, une deuxième phase, de rapprochement cette fois, s’est opérée.

B. Le rapprochement

Le rapprochement des statuts de VRP et d’agent commercial s’est réalisé en deux étapes, correspondant à un décret du 23 décembre 1958 et une directive du 18 décembre 1986.

1. Le décret du 23 décembre 1958

La première étape du rapprochement correspond au décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux, qui a consacré au profit de ces derniers un statut protecteur particulier. Le régime légal de protection ainsi mis en place était revendiqué depuis plusieurs années par les intéressés. Il s’est toutefois révélé relativement limité par rapport à celui du VRP, puisqu’il se bornait à reconnaître à l’agent commercial un droit à indemnité en cas de rupture du contrat.

Mis en perspective avec le régime du VRP, le décret de 1958 présentait une certaine ambiguïté. D’un côté, il cherchait à distinguer l’agent commercial du VRP, en exigeant du premier qu’il exerce son activité de manière indépendante, sans être lié par un contrat de louage de service, là où le second est titulaire d’un contrat de travail. D’un autre côté, il

⁴ FOURNIER F., *L’agence commerciale, dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut*, préf. FERRIER D., Litec, 2^e éd., coll. Bibl. dr. entr., 2005, n° 4.

accordait à l'agent commercial un droit à indemnité en cas de rupture, qui rappelle celui reconnu au VRP.

Si la protection de l'agent s'inspire incontestablement du statut du VRP, elle est, à certains égards, différente, comme l'illustre, à un double titre, le droit à indemnité.

D'abord, l'indemnité reconnue au VRP répare le préjudice causé par son départ, dans la mesure où la rupture du contrat lui fait perdre, pour l'avenir, le bénéfice de la clientèle qu'il a personnellement développée et qu'il ne peut plus désormais exploiter⁵. L'indemnité est donc conditionnée à un apport de clientèle attribuable personnellement au VRP et à laquelle il lui est interdit de s'adresser à l'issue du contrat. Or, si l'indemnité reconnue à l'agent commercial tend également à réparer le préjudice résultant de la rupture du contrat, elle dépend de l'activité développée effectivement et non personnellement, à la différence de celle reconnue au VRP⁶. Contrairement à celui-ci, l'agent commercial a donc droit à indemnité même s'il poursuit la même activité et son montant n'est pas calculé sur la seule clientèle qu'il a personnellement créée.

Ensuite, l'indemnité du VRP est due en cas de rupture du contrat, alors que celle de l'agent commercial supposait, du moins à l'origine⁷, la résiliation du contrat par le mandant, ce qui était plus restrictif. Ainsi, à la différence de ce qui est expressément prévu pour le VRP⁸, l'agent commercial ne pouvait initialement obtenir indemnité en cas de non-renouvellement du contrat.

La protection de l'agent commercial était donc plus favorable que celle du VRP au regard de l'objet de l'indemnité, mais moins favorable au regard de son fait générateur.

2. La directive du 18 décembre 1986

La seconde étape du rapprochement correspond à la directive du 18 décembre 1986, visant à harmoniser le régime de protection des agents commerciaux dans la Communauté européenne⁹. Ce texte est à la fois plus complet que le précédent et plus protecteur des agents commerciaux. À ce titre, il rapproche le statut de l'agent commercial et celui du VRP, sur au moins trois points.

D'abord, l'agent commercial bénéficie d'un droit à commission sur les opérations réalisées¹⁰. S'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminées, il bénéficie, de surcroît, d'un droit à commission pour toutes les opérations conclues avec un client du secteur ou du groupe, même sans son intervention¹¹. Il y a là un point de divergence avec le VRP, qui ne bénéficie d'un tel commissionnement « indirect » que si le contrat ou les usages le prévoient.

L'agent commercial a également droit à commissions, dites de « retour sur échantillonnage », pour les opérations qui, bien que réalisées postérieurement à la cessation du contrat, sont dues à ses initiatives¹². Si la règle peut susciter des difficultés de mise en œuvre et présente un caractère seulement supplétif, elle s'inspire du dispositif, cette fois impératif, prévu pour le VRP¹³.

⁵ C. trav., art. L. 7313-13, al. 1^{er}.

⁶ Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21386 ; Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-22372.

⁷ D. n° 58-1345, 23 déc. 1958, art. 3.

⁸ C. trav., art. L. 7313-14.

⁹ Dir. 86/653/CEE, 18 déc. 1986, *JOCE* L 382, 31 déc. 1986, p. 17.

¹⁰ C. com., art. L. 134-5, al. 2.

¹¹ C. com., art. L. 134-6 al. 2.

¹² C. com., art. L. 134-7.

¹³ C. trav., art. L. 7313-11.

Ensuite, le mandant doit respecter un préavis minimal de rupture du contrat à durée indéterminée¹⁴, justifié, selon le rapporteur de la loi de transposition de la directive¹⁵, par des raisons, notamment, de « protections sociales »¹⁶, ce qui évoque évidemment la situation du VRP.

Enfin, en cas de rupture, l'agent commercial bénéficie d'un droit à indemnité dont la directive précise les conditions et le fondement.

S'agissant des conditions, l'agent commercial qui a mis fin au contrat conserve, comme le VRP, son droit à indemnité lorsque la cessation est justifiée par son âge, son infirmité ou sa maladie ou par des circonstances imputables au mandant¹⁷. Mais, dans l'esprit de la directive, il n'était pas question de lui reconnaître un droit à indemnité en cas de non-renouvellement du contrat arrivé à son terme. La version anglaise de la directive, qui faisait référence, visait d'ailleurs « *the termination* », ce qui correspond exactement à la résiliation du contrat. Le régime de l'indemnisation restait donc, de ce point de vue, moins protecteur que celui du VRP.

S'agissant du fondement de l'indemnité, la directive proposait une alternative aux États membres¹⁸ :

- soit, l'indemnité correspond à l'apport personnel de nouveaux clients par l'agent commercial et tient compte, le cas échéant, du fait que l'agent peut continuer à l'issue du contrat à exploiter cette clientèle. L'indemnité est alors identique à celle du VRP ;

- soit l'indemnité correspond au préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant. Cette solution, déjà prévue par le décret de 1958 et retenue en droit français, conduit à distinguer l'indemnité de l'agent commercial et celle prévue pour le VRP.

La transposition de la directive de 1986 par une loi n° 91-593 du 25 juin 1991 n'a pas seulement conduit à rapprocher, en droit interne, la protection de l'agent commercial de celle du VRP, mais a abouti, dans une certaine mesure, à son dépassement.

C. Le dépassement

Afin de comprendre le dépassement du statut de VRP par celui de l'agent commercial, il convient d'en préciser les causes et d'en apprécier la teneur.

1. Les causes

La loi de 1991 envisage de nouvelles hypothèses de droit à indemnité au profit de l'agent commercial, qui aboutissent à une meilleure protection que celle reconnue au VRP. Alors que le décret de 1958 et la version anglaise de la directive de 1986 visaient la *résiliation* par le mandant, la loi de 1991 vise la *cessation* du contrat. Ce changement terminologique a donné lieu à d'importantes discussions¹⁹.

¹⁴ C. com., art. L. 134-11. Comp. C. trav., art. L. 7313-9.

¹⁵ Sur laquelle, v. *infra*.

¹⁶ Sénat, Rapp. de M. Huchon, n° 268, p. 24.

¹⁷ C. com., art. L. 134-13, 2°. Comp. C. trav., art. L. 7313-13, al. 3.

¹⁸ Dir. 18 déc. 1986, préc., art. 17.

¹⁹ FERRIER D., « L'indemnisation de l'agent commercial au terme du contrat », *D.* 2003, somm., p. 2883 ; FOURNIER F., thèse préc., n° 497 ; HANINE J.-J., « Les rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants », *LPA* 11 oct. 1992, p. 18 ; MOUSSERON J.-M., « Lisons dans le marc de café : à propos de l'indemnité due, demain, aux agents commerciaux », *CDE* 1992, suppl. n° 5, p. 28.

On sait que la Cour de cassation en retient une conception particulièrement extensive puisqu'elle considère que le non-renouvellement du contrat d'agent commercial correspond à sa cessation et ouvre donc droit à indemnité²⁰.

Si certains approuvent cette interprétation, d'autres en contestent vigoureusement le bien-fondé, pour au moins deux raisons. D'abord, elle ne serait pas conforme au fondement de l'indemnité qui tient à la réparation du préjudice causé par la fin du contrat. De fait, « le préjudice ainsi défini suppose que le contrat fasse l'objet d'une rupture et non d'une expiration prévue à l'avance »²¹. Dans ce cas, en effet, l'agent connaissait la date d'échéance du contrat et le caractère inéluctable de sa rupture à ce terme. Il a négocié les conditions du contrat en fonction précisément de cette limite. Ensuite, la rupture du contrat en raison de son non-renouvellement est autant de l'initiative de l'agent que du mandant, puisque l'un comme l'autre ont voulu que le contrat prenne fin au terme fixé²², sauf à considérer que l'article L. 134-12, 2° vise le cas où la rupture est de la *seule* initiative de l'agent. Le seul moyen d'échapper à ces critiques serait de reconnaître au profit de l'agent commercial un droit au renouvellement du contrat à durée déterminée, ce qui n'est pas actuellement le cas.

2. La teneur

La teneur du dépassement apparaît clairement lorsque l'on met en perspective le fondement et les conditions, en droit français, de l'indemnité de l'agent et du VRP.

D'un côté, le fondement de l'indemnité est différent puisqu'il correspond, dans un cas, à la perte de la clientèle apportée personnellement par le VRP et dans l'autre, à la perte de la clientèle exploitée par l'agent commercial²³. D'un autre côté, les conditions de l'indemnité tenant aux causes de la rupture du contrat sont identiques, qui tiennent, pour l'essentiel, à la résiliation du contrat ou son non-renouvellement.

L'agent commercial se trouvera donc généralement mieux protégé que le VRP, puisqu'il va bénéficier d'une indemnité de rupture souvent supérieure à celle du VRP. La solution n'est pas pleinement satisfaisante. Les conditions de travail de l'agent commercial révélant une plus grande autonomie que celle d'un VRP, il semblerait légitime que sa protection soit moindre. Par ailleurs, l'indemnisation en cas de non-renouvellement du contrat à durée indéterminée revient, d'une certaine manière, à faire supporter par le mandant un risque lié à l'activité de l'agent ou à son entreprise, que celui-ci devrait supporter en sa qualité d'entrepreneur²⁴.

La rupture du contrat d'agence commerciale apparaît en définitive comme une forme de « risque d'emploi » supporté par le mandant, dont les conséquences conduisent à une meilleure protection de l'agent commercial que du VRP.

En conclusion, l'influence du droit social apparaît ici particulièrement marquée, à tel point que certains estiment que l'agent commercial est protégé comme un intermédiaire dépendant²⁵, voire qu'il bénéficie d'une « surprotection » contestable²⁶.

²⁰ Cass. com., 23 avr. 2003, n° 01-15639, *Bull. civ. IV*, n° 55 : *D.* 2003, 2883, note FERRIER D. – Cass. com., 5 avr. 2005, n° 03-15228, *Bull. civ. IV*, n° 76 : *D.* 2005, p. 1150, obs. CHEVRIER E. – Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-10127 : *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 40, note LEVENEUR L.

²¹ PETEL Ph., « Les agents commerciaux », in TEYSSIE B. (dir.), *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, Litec, 1992.

²² *Ibid.*

²³ *V. supra*

²⁴ Dans le même sens, HANINE-ROUSSEL J.-J., « Agents commerciaux », *JCl. Contrats-Distribution*, fasc. 3500, 2010, n° 46.

²⁵ SAURET A., in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, *op. cit.*, p. 33.

²⁶ FOURNIER F., thèse préc., n° 520.

II – LE GERANT-MANDATAIRE DE FONDS DE COMMERCE

Tout comme l'agent commercial, il est, de prime abord, surprenant de présenter le statut de gérant-mandataire de fonds de commerce créé en 2005 comme une illustration de ce que le droit social inspire la protection des intermédiaires non-salariés, d'autant que ce statut a été instauré précisément pour éviter l'application du droit social. Pour le comprendre, il est nécessaire de présenter le contexte de la loi de 2005.

De nombreux gérants-mandataires, relevant *a priori* du seul droit commun du mandat, revendiquaient, surtout lors de la résiliation du contrat par leur mandant, le bénéfice du droit social, en application des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail. Les juges ont assez largement accueilli ces demandes, ce qui était prévisible pour au moins deux raisons. La première, d'ordre technique, tient à l'imprécision des conditions d'application des articles L. 7321-1 et suivants, qui autorise, voire favorise au besoin, une interprétation et une application extensive du texte²⁷. La seconde, de politique juridique, tient au fait que le droit social est le modèle unique de protection des travailleurs dépendants. De sorte que lorsqu'il s'agit d'accorder une protection particulière à une catégorie de travailleurs, c'est naturellement vers le Code du travail que l'on est tenté de se tourner, avec d'autant plus de facilité que celui-ci prévoit précisément des mécanismes de soumission au droit social de non-salariés. Autrement dit, il y aurait ici une forme d'instrumentalisation du droit social au service de la protection de gérants économiquement dépendants.

Certains promoteurs de réseaux de succursales ont alors sollicité l'intervention du législateur, en vue de créer un statut protecteur spécifique qui, espéraient-ils, mettrait fin à ce qu'ils considèrent comme des excès de soumission au droit social. C'est dans ce contexte qu'est intervenu le nouveau dispositif dont l'objectif était, selon le rapporteur du projet de loi 28: « de lever l'insécurité juridique liée au risque de requalification du contrat », « combler un vide juridique », « consolider la gérance-mandat », « sécuriser la relation entre mandant et mandataire qui est parfois un peu floue » en évitant notamment que les gérants-mandataires soient considérés comme des salariés, alors qu'ils n'entretiennent pas avec leur mandant une relation de subordination.

La volonté de créer un statut de gérant de fonds de commerce échappant au droit social se manifeste, notamment, par l'insertion du dispositif dans le Code de commerce, et non dans le Code du travail comme c'est le cas des « gérants de succursales » soumis au droit social au titre des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail. Elle se manifeste, de manière plus substantielle, par une protection moindre que celle d'un salarié.

Pour autant, l'analyse des articles L. 146-1 et suivants du Code de commerce révèle que le statut de gérant-mandataire de fonds de commerce s'inspire sur plusieurs points, non seulement du statut de gérant de succursale des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail, mais également de celui de l'agent commercial.

Cet emprunt concerne à la fois la qualification du gérant-mandataire de fonds de commerce (A) et son régime juridique (B).

A. La qualification juridique

L'inspiration du droit social sur la qualification de gérant-mandataire de fonds de commerce se manifeste tant à l'égard du gérant non-salarié de maison d'alimentation de détail

²⁷ Pour une critique de cette application extensive, FERRIER D., Pour une juste application du droit social aux distributeurs, D. 2017, p. 2495 ; MAINGUY D., Faut-il brûler le droit de la distribution ?, D. 2013, p. 1224.

²⁸ POIGNANT S. et CHATEL L., Rapport sur le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises, n° 2429, 29 juin 2005.

visé à l'article L. 7322-1 du Code du travail que du gérant de succursale visé à l'article L. 7321-1.

1. L'emprunt à l'article L. 7322-1 du Code du travail

La définition du gérant-mandataire reprend celle du gérant non-salarié de maison d'alimentation de détail visé à l'article L. 7322-1 du Code du travail sur deux points. D'abord, l'un et l'autre sont rémunérés sous forme de commission proportionnelle au chiffre d'affaires, le Code du travail exigeant une rémunération sous forme de remises proportionnelles aux ventes réalisées par le gérant. Ensuite, l'un et l'autre bénéficient d'une autonomie identique, dans la mesure où l'article L. 146-1 du Code de commerce reprend littéralement la formule de l'article L. 7322-2 du Code du travail en précisant que le gérant doit avoir « toute latitude pour déterminer ses conditions de travail, embaucher du personnel et se substituer des remplaçants à ses frais et sous son entière responsabilité ».

On ajoutera que l'article L. 146-1 du Code de commerce écarte du nouveau statut les gérants non-salariés de maisons d'alimentation de détail. Il peut paraître paradoxal de présenter cette exclusion comme une illustration de ce que le droit social a servi ici d'inspiration. Mais si le législateur prend soin d'écarter le gérant visé à l'article L. 7322-1 du Code du travail, c'est bien qu'il a conscience de la proximité des deux statuts dont il cherche ainsi à prévenir les risques de conflit.

2. L'emprunt à l'article L. 7321-1 du Code du travail

La définition du gérant-mandataire de fonds de commerce est également proche de celle du gérant de succursale visé à l'article L. 7321-1 du Code du travail, à tel point d'ailleurs qu'il existe un risque de conflit de qualification, spécialement lorsque le gérant qui exploite la succursale aux risques du mandant, a toute liberté pour embaucher du personnel ou se substituer un tiers, et pratique des prix et des normes de commercialisation définis par le mandant²⁹. C'est précisément la raison pour laquelle le législateur est intervenu une seconde fois en 2010, en complétant l'article L. 146-1 du Code travail³⁰. Désormais, un nouvel alinéa dispose : « La mission précise, le cas échéant, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué par le mandant. Ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat ». Le texte tend vraisemblablement à résoudre le problème d'une concurrence entre les statuts, puisqu'il précise que l'imposition des normes de commercialisation n'exclut pas l'application de l'article L. 146-1 du Code de commerce. Il nous paraît toutefois douteux que cette disposition suffise à modifier l'état actuel de la jurisprudence. En effet, les deux statuts étant susceptibles d'entrer en concurrence, l'indication suivant laquelle l'imposition des normes de commercialisation n'exclut pas l'article L. 146-1 du Code de commerce n'a *a priori* aucune incidence sur l'application de l'article L. 7321-1 du Code du travail : l'application du premier texte n'exclut pas celle du second.

B. Le régime juridique

Concernant, en second lieu, le régime de la gérance-mandat de fonds de commerce, le droit social est une source d'inspiration, directe ou indirecte, à trois égards.

²⁹ Sur ce risque, v. notre article, préc., n^{os} 38 et s. Adde CESARO J.-F., « Gérants de succursales », *JCl. Travail Traité*, fasc. 4-5, 2009, n^o 33 ; DISSAUX N., art. préc.

³⁰ L. n^o 2010-853, 23 juill. 2010, art. 30. Sur cette modification, v. AUZERO G., « Le législateur à nouveau au chevet de la gérance mandat », *RDT* 2010, p. 642 ; *Lettre distr.* sept. 2010 et nos obs.

1. Le droit à une commission minimale

Le gérant-mandataire bénéficie d'un droit à commission minimale garantie, qui tient compte de l'importance de l'établissement et de ses modalités d'exploitation³¹. Ce régime est inspiré de celui du gérant non-salarié de succursale de maison d'alimentation de détail qui, en raison de sa soumission au droit du travail, bénéficie également d'un droit à rémunération minimale garantie.

L'analogie amène alors à se demander si les exceptions au droit à commission minimale garantie dégagées par la jurisprudence à propos du gérant non-salarié de maison d'alimentation sont transposables au gérant de fonds de commerce. La question se pose, notamment, en cas de déficit de gestion, pour lequel la responsabilité du gérant non-salarié de maison d'alimentation peut être engagée et le priver du droit à rémunération minimale s'il a commis une faute lourde³². La solution est-elle transposable ? Un raisonnement *a fortiori* conduit à répondre par l'affirmative. Il serait pour le moins curieux que les gérants-mandataires de fonds de commerce visés dans le Code de commerce bénéficient d'une protection supérieure à celle des gérants non-salariés expressément soumis au droit social. D'autant que si l'on fonde le régime spécifique de responsabilité des gérants non-salariés de maison d'alimentation de détail par rapport aux salariés de droit commun sur le degré d'autonomie, il est logique de retenir un même niveau de responsabilité à l'égard des gérants-mandataires visés par le nouveau statut, puisqu'ils bénéficient d'une autonomie analogue. Si l'on poursuit la logique, il faut même admettre qu'en cas de déficit de gestion, le gérant-mandataire de fonds de commerce engage sa responsabilité pécuniaire de manière illimitée, quelle que soit la gravité de sa faute. En effet, l'exigence d'une faute intentionnelle des gérants non-salariés de maisons d'alimentation de détail s'explique par l'influence en la matière des règles de responsabilité propres aux salariés de droit commun. Dans la mesure où le nouveau statut commercial s'inspire seulement du droit social et ne réalise pas une soumission *stricto sensu* au droit social, rien ne justifie de conditionner la responsabilité illimitée de ces derniers à l'existence d'une faute intentionnelle, dérogatoire du droit commun et propre au droit social.

En définitive, le droit des gérants-mandataires à une commission minimale ne devrait pas empêcher l'application des règles du droit commun de la responsabilité civile et, notamment, le principe de la réparation intégrale du préjudice causé au mandant qui justifie que le droit à une commission minimale soit ici écarté.

2. Le renvoi à un accord-cadre

Il est prévu que le droit à commission minimale soit fixé par un accord-cadre conclu entre le mandant et ses gérants-mandataires³³. Par son caractère collectif, mais également par son objet, l'accord-cadre se rapproche des conventions et accords collectifs de travail visés au livre II du Code du travail. Il se rapproche surtout de l'accord collectif visé à l'article L. 7322-3 du Code du travail qui, lui aussi, doit prévoir le minimum de la rémunération garantie.

À la lecture du projet de loi de 2005, le rapprochement était d'ailleurs encore plus net. En effet, il était prévu que les conditions des contrats de gérance-mandat soient déterminées par des accords collectifs soumis au droit des conventions et accords collectifs de travail régis par l'actuel livre III du Code du travail, ce qui visait notamment l'obligation de négocier. À

³¹ C. com., art. L. 146-3.

³² Cass. soc., 18 oct. 1972, n° 71-11758 : *Bull. civ. V*, n° 555 ; Cass. soc., 31 mai 1989, n° 87-16253 : *Bull. civ. V*, n° 416 ; Cass. soc., 4 déc. 1990, n° 88-18497 : *Bull. civ. V*, n° 610.

³³ C. com., art. L. 146-3.

cet égard, la Commission des lois de l'Assemblée nationale estimait nécessaire un renvoi à une négociation collective qui aurait permis aux gérants-mandataires de faire valoir des conditions qu'aucun d'eux pris individuellement n'aurait pu obtenir. Pourtant, l'exigence d'une négociation collective ne se retrouve pas dans le texte définitif, ce qui souligne, là encore, qu'il s'agit de s'inspirer seulement du droit social, et non de le transposer intégralement.

À défaut d'accord-cadre, il est prévu que le ministre des PME fixe la commission minimale. Là encore, le dispositif s'inspire du régime des gérants non-salariés de succursales de maisons d'alimentation de détail, avec ici une nuance, sans doute purement formelle, résultant de la recodification du Code du travail : l'ancien texte donnait pouvoir au ministre, alors que le nouveau vise l'autorité administrative.

3. Le droit à une indemnité de rupture

Le gérant-mandataire bénéficie, sous certaines conditions, d'une indemnité de rupture, qui s'inspire du régime de l'agence commerciale et illustre l'influence du droit social sur le régime de protection. Il s'agit toutefois d'une influence seulement indirecte car elle se fait par l'intermédiaire de l'agent commercial, sorte de pont entre deux rives : le droit social d'un côté (qui inspire l'agence commerciale) et le gérant de fonds de commerce de l'autre (inspiré par l'agence commerciale). L'influence se révèle sur trois points :

- s'agissant, d'abord, de l'ouverture du droit à indemnité, le gérant-mandataire, comme l'agent commercial, n'a droit à aucune indemnité lorsqu'il résilie lui-même le contrat, ce qui est logique puisque le contrat n'est alors pas « résilié par le mandant ». Par ailleurs, le gérant-mandataire n'a aucun droit à indemnité lorsque le contrat, arrivé à son terme, n'est pas renouvelé ou reconduit³⁶. Dans ce cas, il n'y a pas résiliation au sens juridique du terme. En effet, alors que la résiliation désigne l'acte volontaire mettant fin au contrat, le non-renouvellement par le mandant ne met pas fin au contrat mais empêche seulement le prolongement de relations contractuelles au-delà de son terme. La solution est donc différente de celle applicable à l'agent commercial depuis 1991 ;

- s'agissant, ensuite, de la perte du droit à indemnité, le gérant-mandataire, comme l'agent commercial, n'a aucun droit à indemnité s'il a commis une faute grave à l'origine de la résiliation par le mandant. Sur amendement proposé au Sénat, le législateur a finalement opté pour la faute grave plutôt que la faute lourde, afin de distinguer le gérant de fonds de commerce soumis au nouveau statut du gérant salarié de droit commun qui, comme tout salarié, n'engage sa responsabilité pécuniaire à l'égard de l'employeur qu'en cas de faute lourde³⁷. Cette précaution du législateur souligne de manière indirecte l'attraction naturelle du droit social en la matière.

La difficulté sera de déterminer concrètement les comportements constitutifs d'une faute grave. Compte tenu de la proximité des dispositifs et par souci de sécurité juridique, il serait souhaitable que les juges transposent aux gérants-mandataires les solutions dégagées pour les agents commerciaux. Cette transposition, qui favoriserait la prévisibilité des solutions, illustrerait là encore l'influence du régime de l'agence commerciale ;

- s'agissant, enfin, du montant de l'indemnité, il est, à la différence de celui de l'agent commercial, déterminé par le législateur. Sauf conditions plus favorables fixées par les parties, l'indemnité est égale au montant des commissions acquises, ou à la commission minimale

³⁶ CA Agen, 30 juin 2014, n° 13/00450.

³⁷ V. Amendement Sénat n° 32, présenté par CORNU G., séance 14 juin 2005.

garantie, pendant les six mois précédant la résiliation ou pendant la durée d'exécution du contrat si celle-ci a été inférieure à six mois. On relèvera que son montant sera donc généralement inférieur à l'indemnité accordée à l'agent commercial, habituellement fixée par les juges à deux années de commissions brutes calculées sur la moyenne des trois dernières années d'exécution du contrat. Sur ce dernier point, le régime de l'agent commercial se révèle plus protecteur.

En définitive, le droit social apparaît ici comme un modèle de protection des intermédiaires de commerce difficile à dépasser. Cela se vérifie de manière certaine lorsqu'il s'agit de s'en inspirer ouvertement, mais également de manière moins évidente lorsqu'il s'agit d'y échapper par un régime alternatif.