



HAL
open science

La représentation en droit de la distribution

Nicolas Ferrier

► **To cite this version:**

Nicolas Ferrier. La représentation en droit de la distribution. La représentation en droit privé, 6e journée franco-allemande, Droit comparé et européen (26), société de législation comparée, 2016, 978-2-36517-065-9. hal-02334804

HAL Id: hal-02334804

<https://hal.science/hal-02334804>

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.

La représentation en droit de la distribution

Nicolas Ferrier

Agrégé des Facultés

Professeur à l'Université de Montpellier

Directeur du Master 2 Droit de la distribution et des contrats d'affaires

L'étude de la représentation sous l'angle de la distribution est une démarche à la fois naturelle et nécessaire.

Elle est naturelle parce que les opérations de distribution reposent pour partie sur la technique de la représentation.

La distribution désigne habituellement la fonction économique permettant l'écoulement des produits d'un producteur ou fournisseur auprès d'un consommateur, par le biais d'un intermédiaire, le distributeur. Ce recours à l'intermédiation, au sens le plus neutre du terme, s'impose au fournisseur pour des raisons évidentes qui tiennent essentiellement au fait que, d'un côté, il n'a pas toujours les moyens ou la compétence pour aller à la recherche de la clientèle ou pour répondre personnellement et directement à toutes ses demandes, ne serait-ce que parce qu'il ne peut être partout à la fois ; alors que, d'un autre côté, il recherche souvent une présence maximale sur le territoire, à travers le meilleur maillage territoriale possible, qui conditionne sa réussite.

La fonction du distributeur varie selon le mode de commercialisation adopté par le fournisseur. De ce point de vue, la représentation apporte une solution juridique à un problème stratégique de développement. Autrement dit, elle est, pour le fournisseur, une technique juridique d'organisation de la commercialisation de ses produits, voire de son réseau, par le biais de ce que l'on désigne parfois des diffuseurs par opposition aux acheteurs revendeurs¹.

Plus précisément, la représentation permet la mise en place d'une activité de prospection d'une clientèle par l'intermédiaire de VRP² ou d'agents commerciaux. Elle permet également la mise en place d'une activité de vente proprement dite, par l'intermédiaire, outre des catégories précédentes, de commissionnaires, dans le cas où le fournisseur veut conserver sur la diffusion de ses produits une plus grande maîtrise que celle offerte par le recours à des acheteurs-revendeurs. Au-delà, la représentation donne un moyen pour le fournisseur d'assurer un ancrage fort sur un territoire par le biais de succursales en recourant alors à des gérants.

L'étude de la représentation est par ailleurs nécessaire pour une vue complète de la représentation en droit positif français. En effet, ici, comme sur d'autres questions, la distribution a vivifié la « théorie générale », en l'occurrence de la représentation, en révélant ses imprécisions ou lacunes et, ce, en raison des questions spécifiques qu'elle soulève ou des réponses particulières qu'elle apporte parfois.

On peut déjà relever qu'en droit de la concurrence, la représentation soulève des questions spécifiques, tenant notamment au point de savoir si l'accord entre le représentant et le représenté peut ou non caractériser une entente entre entreprises distinctes, susceptible alors de constituer une pratique anticoncurrentielle relevant de l'article 101 § 1 du T. FUE et de l'article L. 420-1 du Code de commerce. En effet, la représentation est ici abordée à travers le concept « d'agence », la relation entre l'agent et le représenté, échappant en principe au droit des ententes³, sauf exception⁴.

¹ D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, Lexisnexis, 7^e éd. 2015, n° 62 et s.

² L'acronyme désigne les voyageurs, représentants, placiers.

³ Selon les lignes directrices accompagnant le règlement d'exemption 330-2010 sur les restrictions verticales, l'agent désigne 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... ». Elles ajoutent « Dans le cas des contrats d'agence (...), la fonction de vente ou d'achat de l'agent fait partie intégrante des activités du commettant » et ajoute que « aucune des obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relève de l'article 101, paragraphe 1. » (point 18).

Pour s'en tenir à une approche de droit des contrats, on rappellera que le modèle de la représentation conventionnelle du Code civil est le mandat, qui correspond traditionnellement à un service d'ami, gratuit⁵ et non professionnel, par lequel le représentant, qui est révocable *ad nutum*⁶, accomplit un acte juridique dont tous les effets se réalisent directement entre le représenté et le tiers contractant.

Cette définition permet, d'emblée, d'écarter du champ de l'étude le courtier, qui n'accomplit pas d'actes juridiques mais est seulement chargé de rapprocher les futurs contractants éventuels ; et, bien sûr, les acheteurs-revendeurs agissant pour leur propre compte.

Pour autant, cette présentation du mandat traditionnel ne rend pas compte, dans le domaine de la distribution, des différentes formes de représentation. D'abord, en raison de la professionnalisation du mandat qui déjà appelle quelques adaptations. Mais le phénomène est connu depuis longtemps et ne présente au demeurant rien de spécifique au secteur de la distribution⁷. En revanche, l'objet ou la finalité de la représentation présentent ici une réelle spécificité puisque la mission du représentant consiste à rechercher, développer ou exploiter une clientèle. Par cette activité orientée vers une clientèle, celui que l'on désignera comme un représentant de commerce, au sens large⁸⁹, est dans une situation particulière : durant l'exécution du contrat, sa dépendance est souvent accrue par rapport aux autres mandataires en raison des instructions qu'il reçoit, de l'exclusivité à laquelle il est soumise et de l'enseigne sous laquelle il exerce son activité ; à la fin de la relation, les conséquences d'une révocation *ad nutum* sans indemnité peuvent sembler choquantes car il a développé une clientèle de laquelle il ne peut plus désormais tirer profit.

Le droit commun du mandat s'est ainsi révélé inadapté et a appelé plusieurs réponses, d'où il ressort aujourd'hui de multiples statuts. A cet égard, la confrontation de la technique de la représentation et de l'activité de distribution impose un constat, celui d'une dispersion de la qualification de représentant (I) : les représentants de commerce ne peuvent en effet se ramener au seul mandat de droit commun. Ce constat conduit alors à s'interroger sur la possibilité de dégager les éléments de régime unitaire de ces différents représentants de commerce malgré leurs dissemblances, autour d'un objet commun que constitue la clientèle (II). Et cette interrogation conduira à envisager un éventuel dépassement de la catégorie de représentant de commerce, en se demandant si la ligne de clivage, parmi les distributeurs, tient effectivement à la qualité de représentant. Certains en doute au motif que le problème ne serait pas spécifiquement celui du distributeur représentant de commerce mais celui de tout distributeur amené à développer une clientèle dont il perdrait en fin de relation le bénéfice au profit de son cocontractant.

I. LA DISPERSION DE LA QUALIFICATION

La notion de représentant de commerce semble renvoyer à une catégorie générique de mandataires dont le point commun est le contact avec une clientèle. Mais cette catégorie englobe des intermédiaires pour lesquels la conclusion d'actes juridiques ne se vérifie pas nécessairement, rendant douteuse la qualité de représentant malgré une qualification légale en ce sens. Au-delà, par sa généralité, la catégorie masque l'existence de situations très différentes en son sein. S'observent ainsi un élargissement de la notion (A) et un éclatement de la catégorie (B).

A. L'élargissement de la notion

⁴ Les lignes directrices réservent l'hypothèse dans laquelle l'agent prend en charge un risque commercial ou financier en relation avec les activités pour lesquelles il a été désigné. Ainsi, n'est pas un agent au sens des lignes directrices celui qui supporte les risques liés aux contrats conclus pour le compte du mandant, ou liés aux investissements propre au marché en cause ou encore liés aux activités menées sur ce marché, sauf si les coûts et frais engagés pour ces activités lui sont intégralement remboursées (point 16).

⁵ C. civ., art. 1986.

⁶ C. civ., art. 2004.

⁷ Sur ce phénomène, Ph. Pétel, Les obligations du mandataire, préf. M. Cabrillac, Bibl. dr. entr., t. 20, 1988.

⁸ En ce sens, Vocabulaire Capitant, V° Représentant – de commerce

⁹ En effet, dans un sens étroit, le représentant de commerce vise seulement le salarié (Vocabulaire Capitant, *op. cit.*), principalement le VRP.

1°. L'élargissement avéré

Le représentant de commerce puise ses racines dans le mandat civil. L'inadaptation du régime général a toutefois conduit à rechercher des règles protectrices particulières impliquant un élargissement de la notion de mandat dans deux directions.

a) L'élargissement de la notion de mandat d'intérêt commun

La qualification de mandat d'intérêt commun conduit à écarter la révocabilité *ad nutum* du mandataire¹⁰ ou, plus exactement, à accorder une indemnité de rupture au mandataire révoqué sans juste motif¹¹. On comprend alors que les juges aient sollicité la notion au profit de certains représentants de commerce¹². Mais ce faisant, la notion de mandat d'intérêt commun s'en est trouvée profondément élargie ou, mieux, a changé de nature. Traditionnellement, le mandat d'intérêt commun se caractérisait par des droits concurrents du mandant et du mandataire sur la chose objet du mandat¹³, tels deux coindivisaires dont l'un donne mandat à l'autre d'accomplir un acte sur le bien indivis. Or, afin d'en étendre le bénéfice à certains représentants de commerce, les juges ont admis cette qualification lorsqu'il y a pour le mandant et le mandataire « intérêt à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle »¹⁴. Autrement dit, l'intérêt commun suppose que le profit du mandataire et celui du mandant se trouvent liés dans et par l'accroissement de la clientèle, peu important que seul le mandant ait un « droit » sur la clientèle. Le régime du mandat d'intérêt commun présente toutefois un caractère seulement supplétif, ce qui est de nature à limiter la protection des représentants de commerce susceptible d'en bénéficier et explique pour partie la création de statuts impératifs, aboutissant toutefois à un élargissement de la notion de mandat.

b) L'élargissement de la notion de mandat

Cet élargissement résulte de la création de deux statuts spéciaux.

En premier lieu, celui de VRP. Au gré d'un vaste mouvement de prolétarianisation des années 30, un statut dit de VRP fut créé au profit de certains représentant de commerce par une loi du 18 juillet 1937 aujourd'hui codifiée aux articles L. 7313-1 et s. du Code du travail. Bien que le statut soit réservé à celui qui exerce « une profession de représentant »¹⁵, la formule ne doit pas s'interpréter dans son sens littéral. Le VRP n'est pas nécessairement un représentant au sens strict du terme, puisque la qualification n'exige pas la réalisation d'actes juridiques, mais la prise d'ordre et leur transmission à l'employeur, ce qui se situe en amont de la conclusion de contrats. Selon une analyse largement partagée¹⁶, la jurisprudence retient que la

¹⁰ La rupture du mandat d'intérêt commun n'est possible « que par le consentement mutuel des parties ou pour une cause légitime reconnue en justice ou encore suivant les clauses et conditions spécifiées au contrat » (Cass. com., 3 juin 1997 : Bull. civ. 1997, IV, n° 172).

¹¹ Cass. 1^{er} civ., 2 oct. 2001 : Bull. civ. I, n° 239.

¹² J. Ghestin, *Le mandat d'intérêt commun*, in *Mél. Derruppé*, Litec, 1991, p. 105. – Ph. Grignon, *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution*, in *Mél. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 127.

¹³ Cass. civ., 13 mai 1885 : D. 1885, I, 351.

¹⁴ Cass. com., 8 octobre 1969 : Bull. civ. IV, n° 284 ; D. 1970, 143, note J. LAMBERT ; JCP 1970, éd. G, II, 16339, note J. HÉMARD.

¹⁵ C. trav., art. L. 7313-3 : « Est voyageur, représentant ou placier, toute personne qui (...) 2° Exerce en fait d'une façon exclusive et constante une profession de représentant... ».

¹⁶ A. de THEUX, *Le droit de la représentation commerciale. Étude comparative et critique du statut des représentants salariés et des agents commerciaux*, t. 1, 1975, Bruxelles, n° 68. – Ph. Grignon, *Rép. trav.*, V° VRP, n° 22. – L. et J. Vogel, *Traité de droit économique*, t. 2, Droit de la distribution, 2015, n° 638.

qualification suppose une simple activité de prospection ou démarchage d'une clientèle avec prise de commandes, que celles-ci engagent ou non l'employeur¹⁷.

Le même constat prévaut, en second lieu, à propos de l'agent commercial, dont le statut résulte initialement d'un décret du 23 décembre 1958 ayant consacré la jurisprudence en matière de mandat d'intérêt commun, et actuellement d'une loi du 25 juin 1991 transposant une directive du 18 décembre 1986 et insérée aux articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce. En droit français, l'agent commercial désigne ainsi un mandataire, chargé de négocier et éventuellement conclure des contrats pour le compte d'autrui. A l'origine, la conclusion de contrats n'était pas une condition de qualification. Il en résultait, là encore, que l'agent commercial n'était pas par essence un mandataire au sens strict du terme, sa mission pouvant consister en la simple négociation de contrat. Mais sur ce dernier point, la jurisprudence a évolué, contrariant ainsi l'élargissement de la notion.

2°. *L'élargissement contrarié*

Depuis quelques années, la jurisprudence affirme que l'intermédiaire qui se voit refuser tout pouvoir de conclure ne peut être qualifié d'agent commercial, alors même qu'il serait chargé de prospecter et négocier des contrats¹⁸. Le pouvoir de conclure, même simplement accessoire, devient, curieusement, une condition essentielle.

Si la solution permet désormais d'affirmer que l'agent commercial est un véritable mandataire, elle est discutable à plusieurs titres. D'abord, elle n'est pas conforme à l'esprit de la législation, qui tend à protéger celui qui a développé une clientèle et en perd désormais le profit. Or le développement de la clientèle trouve sa cause moins dans l'activité de conclusion que dans celle de prospection et négociation. A cet égard, la formule « *négocie et éventuellement conclut* » ne devrait pas signifier que l'agent doit avoir le pouvoir de conclure, ne serait-ce qu'éventuellement, mais plutôt qu'il doit éventuellement avoir le pouvoir de conclure. Enfin, la solution risque en pratique de réduire à l'excès la catégorie des agents commerciaux car il est rare que l'agent ait à la fois le pouvoir de négocier et celui de conclure, le mandant ayant plutôt intérêt à lui accorder soit l'un, soit l'autre.

B. *Le fractionnement de la catégorie*

Le fractionnement de la catégorie des représentants de commerce repose sur le degré de transparence ou de dépendance du représenté.

1°. *Le degré de transparence du représentant*

Conformément au droit commun de la représentation, la catégorie des représentants de commerce se scinde en deux espèces. D'un côté, les mandataires qui agissent au nom du mandant, d'un autre les commissionnaires qui agissent en leur nom propre.

Le critère de distinction et les conséquences qui en résultent sont connus. Les mandataires sont transparents en ce sens qu'ils ne sont pas juridiquement liés aux tiers contractants c'est-à-dire aux clients, ils n'ont pas

¹⁷ Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-434.74 ; Cass. soc., 12 juill. 2007, n° 06-40.248 ; Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-44.978. Plus ambiguë toutefois, Soc., 12 janvier 2011, n° 09-70191, qui, pour rejeter la qualification, relève l'absence à la fois de prise d'ordre et de pouvoir de conclure.

¹⁸ Cass. com., 24 sept. 2003, n° 02-12.265 ; Cass. com., 20 mai 2008, n°s 07-13.488 et 07-12.234 ; CA Paris, 28 sept. 2011, n° 2009/014670 ; CA Paris, 28 févr. 2013, n° 11/07982.

la qualité de commerçant et sont dépourvus de fonds de commerce ; les commissionnaires sont opaques en ce sens que les effets personnels - à la différence des effets réels - des contrats qu'ils concluent se réalisent directement entre eux et les clients, ils ont la qualité de commerçants et sont titulaire d'un fonds de commerce.

Appliquée aux opérations de distribution, la distinction soulève cependant deux difficultés, liées au critère de l'action au nom d'autrui.

La première tient à la qualification de mandataire civil reconnue à l'agent commercial. Si la solution est admise de manière générale et découle de la définition classique du commerçant, elle est discutée¹⁹. Déjà, on observera qu'elle résulte non des critères légaux de commercialité tenant à l'accomplissement d'actes de commerce à titre habituel, mais d'un critère prétorien tenant à l'exigence d'action en nom propre. Or, s'appuyant précisément sur les seuls critères légaux, certains auteurs se demandent si le rejet de la qualité de commerçant est justifié, dès lors que l'agent commercial accomplit de manière habituelle des actes de commerce. On relèvera d'ailleurs que d'autres pays retiennent la qualité de commerçant, telle l'Allemagne même si, il est vrai, elle lui refuse dans le même temps la qualité de mandataire...

La seconde tient à la notion d'action au nom d'autrui dont le critère n'est pas toujours aisé à mettre en œuvre, comme l'illustre la célèbre affaire *Chattawak*²⁰. On rappellera qu'en l'espèce, la question était de savoir si le distributeur sous enseigne *Chattawak* agissait en qualité d'agent commercial ou de commissionnaire-affilié. Le débat consistait précisément à déterminer si le distributeur agissait en son nom ou au nom d'autrui. Dans l'ultime décision rendue dans cette affaire, la Cour de cassation se contente de reprocher aux juges du fond de ne pas avoir recherché qui, du distributeur ou du fournisseur, avait juridiquement la qualité de vendeur. Autrement dit, il appartenait à la cour d'appel de déterminer au nom de qui agissait le distributeur puisque, selon la jurisprudence, le vendeur est celui qui agit en son nom, même s'il agit pour le compte d'autrui²¹. En l'espèce, aucune réponse n'est donc apportée, alors que la notion d'action au nom d'autrui renvoie à deux conceptions qui peuvent entrer en contradiction. L'une, juridique, qui revient à se demander si les parties ont ou non souhaité que le fournisseur soit juridiquement lié au client ; l'autre, factuelle, qui conduit à considérer que l'activité exercée exclusivement sous l'enseigne du fournisseur, alors que les factures font apparaître le seul nom du fournisseur, se réalise, au moins de fait, au nom de ce dernier qui serait donc un commettant²².

2°. Le degré d'autonomie du représentant

L'appréciation du degré d'autonomie du représentant de commerce se présente de prime abord sous la forme d'une alternative assez simple : il est soit un mandataire, soit un salarié, selon qu'il est ou non placé dans un état de subordination juridique.

On ne reviendra pas sur la difficulté de mettre en œuvre ce critère, la discussion est connue²³. En tout état de cause, cette présentation est un peu fruste, car il existe des « zones grises », des représentants de commerce situés à mi-chemin du salariat et de l'indépendance et soumis de ce fait à des statuts spécifiques.

On a déjà évoqué le VRP, sous l'angle du pouvoir de représentation. S'il est qualifié légalement de salarié, nul n'ignore qu'historiquement, il s'agit d'un représentant de commerce indépendant. Le rappel est important car il montre que s'il est titulaire d'un contrat de travail, le VRP ne peut être ramené à un salarié

¹⁹ En ce sens, J.-J. Hanine, *L'agent commercial est-il un commerçant ?* : LPA 3 juill. 1992. – J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1998, p. 146. Nuancés, M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, 4^e éd. Dalloz, 2015, n° 763.

²⁰ Pour cette seule affaire : Paris, 13 sept. 2006 : RG n°04/10715 ; Cass. com., 26 février 2008, n° 06-20.772 ; CA Paris, 9 avril 2009 : RG n° 08/07996 et enfin Cass. com., 29 juin 2010 : *Bull. civ.* 2010, IV, n° 114.

²¹ Par ex. CA Dijon, 6 décembre 2011, n° 10/01115.

²² V. notre article, *Le contrat de commission-affiliation va-t-il remplacer le contrat de franchise ?*, in *La crise du contrat de franchise*, ss. dir. D. Mainguy, éd. Lextenso, 2015.

²³ On relèvera seulement que cette présentation sous forme d'alternative est maladroite car nul ne conteste qu'un salarié puisse agir en qualité de mandataire. La raison est simple, qui tient au fait que le critère du mandat et du salariat ne se situe pas sur le même plan. Alors que le premier s'attache à l'objet de l'activité (l'accomplissement d'acte juridique), le second s'attache aux modalités d'exercice de l'activité (la dépendance juridique).

de droit commun, duquel il se distingue dans le contenu des règles qui lui sont applicables précisément par une dépendance moindre à l'égard de l'employeur.

Deux autres statuts, contemporains au précédant, l'un résultant d'une loi du 21 mars 1941 et l'autre d'une loi du 3 juin 1944, reposent également sur une application du droit social à des représentants, mais cette fois sans requalification en salarié. Ces statuts s'appliquent à certains travailleurs qui, sans être placés dans un état de subordination juridique, sont dans un état particulier de dépendance économique. Il s'agit du statut de « gérant de succursale » et celui, beaucoup plus spécial, de « gérant de maison d'alimentation », visés respectivement aux articles L. 7321-1 et s. et L. 7322-1 et s. du Code du travail. Le second concerne des gérants de succursale au sens strict, mais dans le domaine restreint du commerce alimentaire²⁴. En revanche, le premier, malgré sa dénomination trompeuse, concerne une catégorie bien plus large que les seuls gérants de succursale au sens strict puisqu'il peut également bénéficier à des locataires-gérant²⁵, des concessionnaires²⁶ ou des franchisés²⁷. En effet, sont notamment visés tous ceux qui commercialisent les produits d'un fournisseur, de manière exclusive ou quasi exclusive, dans un local fourni ou agréé et aux conditions et prix imposés²⁸.

Plus récemment, un statut a été créé, dans le Code de commerce, au profit de certains gérants de fonds de commerce. Les articles L. 146-1 et suivant dudit code organisent ainsi un régime protecteur au profit de celui qui, moyennant une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, est chargé de gérer un fonds pour le compte d'un mandataire lequel supporte les risques d'exploitation, fixe la mission et laisse toute latitude au gérant de déterminer ses conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans son activité à ses frais et sous sa responsabilité. Ce statut, qui vise de véritables gérants de fonds, a été conçu pour accorder une protection particulière à certains représentants non salariés placés dans un état de dépendance, tout en évitant que cette protection ne repose sur l'application du statut social très favorable des « gérants de succursale »²⁹.

En conclusion, le représentant de commerce peut relever de plusieurs qualifications. La réflexion mérite alors d'être poursuivie au stade des régimes juridiques qui y sont attachés, afin notamment de se demander si, au-delà des différences, n'apparaissent pas des traits communs. Autrement dit, la mise en évidence des multiples qualifications invite à s'interroger sur la coexistence de régimes distincts, en s'interrogeant en particulier sur l'hypothèse d'une unification.

II. L'UNIFICATION DE REGIME

Par-delà leurs différences, les multiples statuts de représentants de commerce poursuivent une finalité commune qui tient à la protection de celui dont l'activité consiste à développer une clientèle. Mais si l'objectif est partagé, le contenu des règles diffère pour partie, révélant une forme d'éclatement des régimes (A).

Au demeurant, la question aujourd'hui n'est plus seulement celle de l'éclatement des régimes au sein des représentants de commerce. Des auteurs militent en faveur d'une extension du régime dépassant cette seule catégorie et conduisant à se demander si, dans le domaine de la distribution, le prisme de la représentation est réellement pertinent (B).

²⁴ C. trav., art. L. 7322-2 : « Est gérant non salarié toute personne qui exploite, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des commerces de détail alimentaire ou des coopératives de consommation lorsque le contrat intervenu ne fixe pas les conditions de son travail et lui laisse toute latitude d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer à ses frais et sous son entière responsabilité ».

²⁵ Cass. soc., 23 octobre 1968 : Bull. civ. 1968, V, n° 455 ; Cass. soc., 4 novembre 2015, n° 14-21849.

²⁶ Cass. soc., 16 février 1983 : Bull. civ. 1983, V, n° 88.

²⁷ Cass. soc., 4 décembre 2001 : Bull. civ. 2001, V, n° 373 ; Cass. soc., 16 septembre 2015, n° 14-17371.

²⁸ C. trav., art. L. 7321-2 : « Est gérant de succursale toute personne (...) 2° Dont la profession consiste essentiellement a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise... ».

²⁹ V. notre article, *Le statut de gérant-mandataire issu de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005*, Petites affiches 26 mai 2006, p. 4.

A. L'éclatement des régimes

Tous les représentants de commerce ne sont pas soumis au même régime. Pour autant, au-delà de leur contenu respectif, ces différents dispositifs s'organisent autour de règles qui s'expliquent, pour les unes, par la création d'une clientèle ; pour les autres, par la perte, du fait de la rupture de la relation, d'une rente de situation créée par l'exploitation de la clientèle.

1°. Les règles fondées sur l'activité de création d'une clientèle

Parmi les règles fondées sur l'activité de création d'une clientèle, certaines sont communes à tous les représentants de commerce, d'autres spécifiques à certains d'entre eux.

a) Les constantes

D'abord, tout représentant de commerce agit par hypothèse pour le compte du représenté. Il en résulte une obligation de loyauté, inspirée du droit commun du mandat mais qui prend ici une importance particulière du fait que le représentant de commerce est chargé d'exploiter ou rechercher une clientèle en vue de placer les produits du fournisseur. Le risque est alors que le représentant profite de sa situation pour détourner la clientèle vers des concurrents ou même qu'il délaisse la zone qu'il est pourtant chargé de prospecter en favorisant ainsi l'expansion des concurrents. Aussi est-il soumis à une obligation légale de non-concurrence pendant l'exécution du contrat l'empêchant, sauf autorisation du mandant, d'agir pour des concurrents de celui-ci.

L'action pour le compte du représenté impose également d'appliquer les instructions reçues du mandant, dont le respect est ici particulièrement important pour le fournisseur dans la mesure où est ici en jeu sa politique de développement et donc son attractivité auprès de la clientèle. Au demeurant, dans certains cas, le respect des instructions permet au représentant de ne pas supporter d'éventuelles pertes que le contrat mettrait à sa charge. On sait, en effet, que, par dérogation aux articles 1999 et 2000 du Code civil³⁰, le contrat peut faire supporter au représentant les frais et pertes occasionnés par sa mission³¹. Or la jurisprudence a affirmé, notamment en matière de contrat de pompiste de marque, que cet aménagement conventionnel est sans portée à l'égard des pertes ou frais qui trouvent leur origine dans une décision du représenté³². Autrement dit, les pertes subies par le représentant du fait de l'application des instructions du représenté restent à la charge de celui-ci.

Ensuite, tout représentant de commerce agit à titre onéreux, sa rémunération étant le plus souvent fonction du volume d'opérations réalisées. Dans ce cas, et selon la même logique que ce qui vient d'être exposé, le représentant conserve son droit à rémunération lorsque la non-réalisation du fait générateur de la commission est imputable à la faute du mandant. Ainsi, lorsque le droit à commission est conditionné au paiement par le client, le représentant peut prétendre à sa rémunération si le défaut de paiement s'explique par la mauvaise exécution du contrat par le mandant³³.

³⁰ Art. 1999, al. 1^{er} : « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis » ; art. 2000 : « Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable ».

³¹ Cass. com., 4 décembre 1990 : *Bull. civ.* IV, n° 311.

³² Cass. com., 17 décembre 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 393.

³³ C. com., art. L. 134-10 pour l'agent commercial ; Cass. soc., 8 octobre 1981 : *Bull. civ.* V, n° 771 pour le VRP.

b) Les variables

D'abord, il a été rappelé que le représentant de commerce peut être dans un état de dépendance plus ou moins élevé. Son degré de sujétion, qui s'exprime à travers le respect d'instructions ou la reddition de compte, conditionne, non seulement sa qualification (salarié, VRP, agent commercial, gérant de succursale...), mais parfois le contenu même du régime qui lui est applicable. Ainsi, les gérants de succursales au sens de l'article L. 7321-1 du Code du travail ne bénéficient des règles protectrices en matière de conditions de travail prévue dans ce code qu'autant que ces conditions sont effectivement imposées par le mandant. Concrètement, ils n'auront droit, par exemple, aux congés-payés ou au paiement d'heures supplémentaires que s'ils ne fixent pas librement leurs jours ou horaires de travail³⁴.

Ensuite, le contrat peut prévoir une exclusivité à la charge du représentant. Il en résulte une dépendance nécessairement accrue du représentant, qui explique certaines règles protectrices, principalement de trois types :

- celles découlant du statut de gérant de succursale prévu à l'article L. 7321-1 du Code de commerce dont l'application est conditionnée à une obligation d'exclusivité ou quasi-exclusivité à la charge du représentant³⁵,

- celles découlant du statut de VRP, l'exclusivité d'activité ouvrant droit à une rémunération minimale³⁶,

- celles découlant du statut de gérant-mandataire de fonds de commerce au sens de l'article L. 146-1 du Code de commerce qui, sans requérir expressément une exclusivité, l'exige implicitement en visant l'activité de gérance de succursale, en accordant un droit à information inspiré de l'article L. 330-3 du Code de commerce³⁷ qui suppose une relation d'exclusivité, et en lui reconnaissant un droit à rémunération minimale inspiré de celui du VRP sous exclusivité.

Enfin, le contrat peut confier au représentant un secteur géographique ou un type de clientèle déterminé. Dans ce cas, la loi accorde aux agents commerciaux un droit à commissionnement indirect pour toutes les opérations réalisées sur le secteur, même s'ils n'en sont pas directement à l'origine³⁸. La solution repose sur une présomption selon laquelle l'opération s'est réalisée nécessairement grâce aux initiatives de l'agent. On s'étonnera alors de ne pas retrouver la même règle au profit des VRP auxquels un secteur est accordé.

2°. Les règles fondées sur la perte d'une rente de clientèle

A l'issue de la relation, le représentant de commerce, du moins lorsqu'il est juridiquement transparent - c'est-à-dire mandataire -, ne peut plus exploiter la clientèle puisqu'elle reste attachée au mandant et ne perçoit plus de rémunération pour les opérations réalisées avec elle. Autrement dit, il perd une rente de situation dont il bénéficiait jusqu'alors du fait de l'exploitation d'une clientèle que le représenté conserve seul désormais. L'application du seul droit commun du mandat rend cette solution encore plus sévère pour le représentant, puisqu'elle permet sa révocabilité *ad nutum*, sans motif ni indemnité.

³⁴ Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-13.011 ; Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 12-14.552.

³⁵ V. supra.

³⁶ V. accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975, art. 5 et 5-1.

³⁷ 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* ». Comp. C. com., art. L. 330-3, al. 1^{er} : « *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* ».

³⁸ C. com., art. L. 134-6, al. 2. Mais lorsqu'il n'a pas participé à l'opération, l'agent commercial ne peut prétendre à commission qu'en cas d'intervention directe ou indirecte du mandant dans la conclusion de cette opération avec un tiers (Cass. com., 1^{er} juill. 2008 : *Bull. civ. IV*, n° 131 ; CJCE, 17 janv. 2008, aff. C-19/07 : *RJDA* 6/2008, n° 637).

On aurait pu objecter que le représentant a été rémunéré en cours d'exécution précisément pour son activité de prospection. Mais il a été opposé que la rémunération du représentant en cours d'exécution le rétribue pour ce qu'il fait, non pour la clientèle qu'il apporte ou développe et que les anglo-saxons désignent par « goodwill »³⁹.

Précisément pour remédier à cette situation très défavorable au représentant, des régimes spéciaux ont été créés dont l'objectif commun est d'assurer une protection de ceux qui ont consacré leur activité à la création ou l'exploitation de la clientèle d'autrui et qui, à l'issue du contrat, en perd le bénéfice au profit du représenté.

Pourtant, malgré cette finalité commune, ces règles protectrices, qui prennent la forme d'une indemnité de rupture, varient à deux égards :

- Elles varient, en premier lieu, selon leur source. Ainsi, l'indemnisation du représentant de commerce a d'abord été reconnue sur le fondement du mandat, en application de la théorie du mandat d'intérêt commun⁴⁰. La solution est alors issue du droit civil même si elle s'est construite au prix d'une déformation de la notion traditionnelle de mandat d'intérêt commun⁴¹. A partir de là, l'indemnisation a été recherchée dans deux directions.

En direction d'abord du droit social, avec le statut de VRP dont l'élément essentiel est précisément l'indemnité dite de clientèle⁴², très critiquée à l'époque par une doctrine soulignant le paradoxe de reconnaître à un salarié un droit sur une clientèle⁴³ ; ainsi que le statut des « gérants de succursale » qui relève également du droit social et permet l'obtention d'une indemnité de licenciement qui a le même objet que l'indemnité de clientèle⁴⁴.

En direction ensuite du droit commercial, avec le statut d'agent commercial⁴⁵ ; ainsi que celui du gérant de fonds de commerce⁴⁶ inspiré sur ce point du précédent, pris dans sa version initiale issue du décret de 1958⁴⁷.

En réalité, ce clivage doit être nuancé car, même pour les agents commerciaux, l'influence est d'une certaine manière à rechercher du côté du droit social dès lors que le régime a été construit par réaction au statut protecteur des VRP. Le constat s'impose davantage encore pour les gérants de fonds de commerce, dont le statut s'inspire à la fois de celui de l'agence commerciale et de celui de la gérance de maison d'alimentation visé à l'article L7322-2 du Code du travail.

- Elles varient, en second lieu, en fonction du fondement de cette indemnité, comme l'illustre la comparaison de l'indemnité du VRP et de l'agent commercial. Pour le premier, l'indemnité correspond à l'apport personnel de nouveaux clients et tient compte, le cas échéant, du fait qu'il peut continuer à l'issue du contrat à exploiter cette clientèle⁴⁸. Pour le second, l'indemnité correspond au préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant et ne tient donc pas compte de la clientèle personnellement

³⁹ V. par ex. The Principle of european law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), *Sellier European Law Publishers, Bruylant, Staempfli Publishers Ltd Berne, 2006*, art. 1 : 305 : « Indemnity for Goodwill ». Rappr. T. Revet, La force de travail, préf. F Zenati, Litec, Bibl. dr. entr., t. 28, 1992, n° 260.

⁴⁰ Cass. 1^{er} civ., 2 octobre 2001, préc.

⁴¹ V. supra.

⁴² C. trav., art. L. 7313-13 al. 1^{er} : « 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 ».

⁴³ V. not. G. Ripert, *Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce : DH 1939*, chron. p. 3.

⁴⁴ Refusant, pour cette raison, un tel cumul au profit d'un VRP, Cass. soc., 21 mars 1990 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 141.

⁴⁵ C. com., art. L. 134-12, al. 1^{er} : « En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi ».

⁴⁶ 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 ».

⁴⁷ L'article L. 146-4 C. com. prévoit une indemnité « de résiliation », à l'instar du décret de 1958 mais à la différence de l'article L. 134-12 C. com. qui prévoit une indemnité « de cessation », incluant donc, selon la jurisprudence, le non-renouvellement du contrat.

⁴⁸ Cass. soc. 23 nov. 1999 : *Bull. civ.* V, n° 454. La même solution prévaut en droit allemand pour l'agent commercial.

développée par l'agent⁴⁹, et ne devrait pas prendre en considération le fait qu'il peut continuer à l'issue du contrat à prospecter cette clientèle pour des concurrents⁵⁰.

Eu égard à sa finalité, la protection ainsi accordée ne devrait plus se justifier lorsque la clientèle reste attachée au représentant de commerce. L'hypothèse vise en particulier le commissionnaire, titulaire d'un fonds de commerce⁵¹ et donc d'une clientèle dont, sauf clause de non-concurrence, il conserve le bénéfice à l'issue du contrat et qui ne mériterait alors pas d'indemnité comme l'affirme d'ailleurs la jurisprudence⁵².

L'analyse est cependant contestée en raison de son caractère excessivement juridique, qui aboutirait à une solution injuste dès lors que, dans les faits, la rupture du contrat placerait le commissionnaire dans une situation proche de celle d'un mandataire. Cette critique s'inscrit en réalité dans un courant beaucoup plus large qui prône un régime protecteur bien au-delà des seuls représentants de commerce⁵³.

B. Le dépassement du domaine ?

La question porte ici sur une éventuelle transposition du régime des représentants de commerce au-delà de son domaine naturel, selon une opinion qu'il faut exposer avant d'en apprécier la pertinence.

1°. Exposé

Certains distributeurs agissant en leur nom seraient, en cas de rupture du contrat, dans une situation analogue à celle des représentants de commerce juridiquement transparents. Sont d'abord visés, les courtiers et les commissionnaires qui ont ceci de commun d'agir pour le compte d'autrui. Au-delà, sont également visés les concessionnaires ou franchisés chargés de commercialiser les produits du promoteur, sous l'enseigne de ce dernier mais pour leur propre compte.

Bien qu'il s'agisse de commerçants indépendants, ces distributeurs agissent sous l'enseigne d'autrui, souvent de manière exclusive, de sorte qu'à l'issue du contrat, ils perdraient le bénéfice de la clientèle attachée à cette enseigne c'est-à-dire au fournisseur⁵⁴. A l'image des représentants de commerce juridiquement transparents, ils mériteraient donc d'être indemnisés du fait de la perte d'une rente de situation qu'ils ont pourtant contribué à créer en développant une clientèle que, pour partie, ils ne pourront plus exploiter.

De lege lata, cette protection peut résulter du statut de gérant de succursale de l'article L. 7321-1 du Code du travail, dès lors que les conditions se vérifient. Mais, ce dispositif particulier ne suffirait pas. Aussi, des auteurs militent pour la reconnaissance d'un régime protecteur fondé principalement, soit sur la théorie de

⁴⁹ Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-16.937 ; Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21386.

⁵⁰ En ce sens, J.-M. Leloup, Rép. com., V° Agent commercial, n° 88. – M. Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, 3^e éd. 2015, n° 1016. *Contra*. F.-J. Pansier, Agents commerciaux, J.-Cl. Contrats distribution, Fasc. 3510, 2004, n° 91. Plus nuancé J.-J. Hanine-Roussel, J.-Cl. Contrats distribution, Fasc. 3515, 2013, n° 60.

⁵¹ V. supra

⁵² Cass. com., 10 févr. 1970 : D. 1970, p. 392.

⁵³ V. not. J. Beauchard, *La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé en fin de contrat*, in *Mél. Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, spéc. p. 48. – A. Brunet, *Clientèle commune et contrat d'intérêt commun*, in *Mél. Weill*, 1983, p. 85 et s. – A. Constantin, Le rôle de la notion d'intérêt commun dans la rupture du contrat de concession commerciale, Petites affiches 14 sept. 1998, p. 9 – D. Mazeaud, Durées et ruptures, RDC 2004, 129 – S. Lequette, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012, spéc. n° 561 – Ph. Le Tourneau et M. Zoïa, Franchisage, J.-Cl. Contrats distributions, fasc. 1045, 2011, n° 134 – F.-X. Licari, *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 2007, n° 785, p. 93.

⁵⁴ Certains allant jusqu'à considérer que le concédant ou franchiseur agissent au nom d'autrui (F. X. Licari, art. préc.)

l'enrichissement sans cause⁵⁵, ce que la Cour de cassation avait semblé admettre au profit d'un franchisé⁵⁶, avant de l'écarter⁵⁷ ; soit sur la notion d'intérêt commun telle qu'elle a été sollicitée pour les représentants de commerce⁵⁸ et que reprend expressément le dispositif sur l'agence commerciale, mais qui serait étendue à d'autres catégories de distributeurs. Cette extension fondée sur l'intérêt commun s'opèrerait, soit au titre d'une nécessaire analogie avec les agents commerciaux⁵⁹, soit au titre d'une nouvelle catégorie générique de contrat, qualifiée de contrat-coopération, reposant précisément sur un intérêt commun⁶⁰.

2°. Appréciation

Il n'est pas possible ici de présenter en détail l'ensemble des propositions doctrinales en faveur d'une indemnisation des distributeurs en fin de contrat. L'appréciation se limitera au domaine de protection et son présumé.

La protection s'étendrait aux contrats de distribution qualifiés d'intérêt commun. Bien que la notion d'intérêt commun a donné lieu à plusieurs études, pour certaines particulièrement riches et approfondies, elle nous paraît, du moins dans le domaine des contrats de distribution, encore trop fuyante et accueillante. Ainsi, Madame Lequette⁶¹, qui a consacré sa thèse au contrat-coopération dont le critère distinctif serait l'intérêt commun, range sous cette nouvelle catégorie qu'elle propose des contrats aussi différents que la franchise, la concession, à quoi on pourrait sans doute ajouter la location-gérance.

La protection a comme présumé l'idée selon laquelle, à l'instar du représentant juridiquement transparent, le distributeur commerçant est dépouillé d'une clientèle à l'issue du contrat. Pourtant, la situation n'est pas identique car ce dernier est titulaire d'un fonds de commerce, et donc d'une clientèle, qu'il conserve en fin de contrat. Au demeurant, si une clientèle s'éloigne de lui, il s'agit, par hypothèse, de celle attachée à l'enseigne et donc au fournisseur, de sorte que l'on comprend mal pourquoi le distributeur devrait être indemnisé du fait de ne plus pouvoir en tirer profit. On objectera que le représentant de commerce est lui-même indemnisé pour une clientèle qui ne lui appartient pas et, qu'en pratique, la différence avec les distributeurs commerçants est plus de degré que de nature, les uns perdent tout le bénéfice de la clientèle, les autres une partie seulement⁶². Il nous semble toutefois qu'il demeure une différence fondamentale tenant à l'économie respective des opérations. Là où le représentant de commerce exerce avant tout une activité de prospection, le distributeur achète pour revendre à son compte. Certes, dans les deux cas, l'activité contribue au développement de la clientèle du fournisseur. Mais pour le représentant de commerce, il s'agit de l'objet même de son activité, tandis que pour le distributeur, il ne s'agit que d'une conséquence - certes espérée, mais indirecte - d'une activité qu'il développe pour son propre compte.

L'activité de prospection, mieux que celle de représentant de commerce, apparaît alors déterminante⁶³. C'est autour d'elle que l'identification des distributeurs méritant une indemnité dite de clientèle pourrait s'établir. Cette analyse aboutirait, d'un côté, à inclure dans ce régime de protection d'autres intermédiaires que les seuls représentants de commerce transparents, dès lors que leur activité consiste à prospecter. Mais, d'un autre côté, elle conduirait à en exclure les représentants qui n'aurait pas cette mission. Ainsi, selon la nature de leur mission, les courtiers, les commissionnaires et peut-être même les mandataires, mériteraient ou non protection. En tout état de cause, seraient exclus d'une telle protection les distributeurs dont l'activité consiste seulement à exploiter leur propre fonds de commerce sous l'enseigne d'autrui.

⁵⁵ En ce sens, T. Revet, thèse préc. ; T. Revet et F. Zenati, Cours de droit civil, Théorie générale - quasi-contrats, PUF, 2014, n° 241.

⁵⁶ Cass. com., 9 oct. 2007, n° 05-14118.

⁵⁷ Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-21.978 et 11-25.175.

⁵⁸ V. supra

⁵⁹ En ce sens, F. X. Licari, art. préc.

⁶⁰ V. surtout la puissante démonstration de S. Lequette, thèse préc.

⁶¹ S. Lequette, thèse préc.

⁶² En ce sens, S. Lequette, thèse préc., n° 561.

⁶³ Rapp. d'ailleurs, S. Lequette, thèse préc., n° 558 et 561, qui fonde l'analogie entre l'agent commercial et les franchisés ou concessionnaires précisément sur l'activité de prospection d'une clientèle qui serait de ce fait économiquement commune et justifierait donc pour tous l'indemnisation de rupture. Pour autant, l'analyse nous paraît discutable du fait que le contrat de franchise ou de concession n'a pas véritablement pour objet une activité de prospection.