

# ÉTUDES ET COMMENTAIRES



## Faut-il brûler le droit de la distribution ?

par Daniel Mainguy, Professeur à la faculté de droit de Montpellier

**L'essentiel >** Banal texte de protection tiré d'une économie de guerre, la loi du 21 mars 1941, devenue l'article L. 7321-2 du code du travail, est devenue un « monstre juridique », susceptible par l'interprétation large, très large même, que la jurisprudence sociale promeut, de remettre en cause tous les équilibres du droit des contrats de distribution puisque, désormais, tous les exploitants d'un point de distribution sont susceptibles de se voir appliquer la « co-qualification » de gérant de succursale. Cette interprétation large est-elle nécessaire alors que nul ne réclame une telle protection ? Le droit de la distribution est-il si pauvre ? Faut-il, donc, brûler, le droit de la distribution ?

1222

1 - En 1986, le professeur Bernard Teyssié publiait un article intitulé « Faut-il brûler le code du travail ? » pour rendre compte de décisions qui parvenaient, *via* des mécanismes de droit commun des contrats, à détourner les règles spéciales du droit du travail, du licenciement notamment <sup>1</sup>, ainsi que pour promouvoir les ressorts du droit du travail.

Vingt-cinq ans plus tard, la question inverse se pose : faut-il brûler le droit de la distribution ? Faut-il le brûler face à l'application quasi systématique de certaines règles du droit du travail et notamment de la loi du 21 mars 1941, devenue l'ex-article L. 781-1 du code de travail de 1973, puis L. 7321-1 dans le nouveau code du travail, règles qui sont en mesure de rendre inutile cette branche originale du droit des affaires qu'est le droit de la distribution ?

Elles assurent à un distributeur la possibilité de se voir appliquer les règles du droit du travail, quand bien même le contrat qu'il aurait conclu, un contrat de distribution notamment, n'aurait rien à voir avec un contrat de travail. Elles retrouvent depuis quelques années une nouvelle jeunesse. Nouvelle parce que ce texte de 1941 a connu une première vague d'application à compter de 1972 <sup>2</sup>, puis une deuxième à la fin des années 1990

et jusqu'en 2001 ; une troisième, peut-être, récemment, à travers une vague importante de décisions, assez souvent de cassation au regard des ratios traditionnels de la Cour de cassation, ce qui montre une certaine distinction entre l'analyse faite par la Cour de cassation et les cours d'appel <sup>3</sup>.

L'enjeu est de taille : il s'agit en effet de la question de l'autonomie des règles du droit des contrats commerciaux, des rapports entre fournisseurs et distributeurs, ou au contraire leur « soumission » au droit du travail, soit sur le fondement du constat - à démontrer - d'un besoin majeur de protection de ces distributeurs qui ne serait pas assuré par les règles traditionnelles applicables, soit sur celui de l'impérialisme triomphant, aveugle et définitif du droit du travail et de la logique imperturbable de l'autonomie des raisonnements du droit du travail.

A s'en tenir à cette situation, il faudrait brûler, donc, quarante ans de droit de la distribution <sup>4</sup>. La Commission européenne s'en était d'ailleurs inquiétée en 2006 <sup>5</sup> pour stigmatiser le caractère hybride, source d'instabilité juridique majeure, de cette catégorie d'activité. Si, en effet, les salariés économiques indépendants méritent très vraisemblablement un traitement particulier <sup>6</sup>, il n'est pas certain, et c'est un euphémisme, que

(1) B. Teyssié (dir. et avant-propos), *Faut-il brûler le code du travail ?* Propos autour d'un autodafé, Dr. soc. 1986. (2) Soc. 13 janv. 1972, n° 71-13.234 et n° 71-13.529, D. 1972. 425. (3) Soc. 20 févr. 2013, n° 11-26.855 ; 5 déc. 2012, n° 11-22.168 et n° 11-20.460, D. 2012. 2970, et 2013. 740, obs. D. Ferrier ; RDT 2013. 101, obs. G. Auzero ; 4 avr. 2012, n° 10-18.154 ; n° 10-25.873 ; 16 févr. 2012, n° 10-23.541 ; n° 10-12.854 ; 15 févr. 2012, n° 10-24.197 ; n° 10-23.561 ; 18 janv. 2012, n° 10-23.921 ; 16 janv. 2002, n° 00-41.487 ; 11 janv. 2012, n° 10-23.821, D. 2013. 740, obs. D. Ferrier. (4) J.-M. Mousseron et alii, *Droit de la distribution*, Litec, 1975. (5) COM(2006) 708 final. (6) Comp. P.-H. Antonmattéi et J.-C. Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* Rapp. à M. le ministre du travail, nov. 2008.

ce traitement implique une défiguration d'autres situations qui leur sont très éloignées ou un élargissement considérable et risqué d'un texte existant, d'écriture maladroite.

2 - Ces règles, insérées dans un titre VIII du livre VII du code du travail intitulé « gérants de succursales », inchangées depuis 1941, ont été légèrement modifiées à l'occasion de la recodification de 2008. Ainsi, l'article L. 781-1 du code du travail imposait une vision particulière de l'application des règles du code du travail à des hypothèses qui n'en relèvent pas : « Les dispositions du présent code qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs sont applicables aux catégories de travailleurs particuliers ci-après ». L'article L. 7321-1 nouveau le présente de manière différente : « Les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre ». L'ancien texte appliquait le droit du travail à toute situation correspondant à la description fournie ensuite. Le nouveau s'en tient à une catégorie particulière, et originale, celle des « gérants de succursales ». En effet, traditionnellement, l'article L. 781-1 concernait ce que l'on appelait les « gérants non salariés de succursales » et l'article L. 782-2, issu d'une loi du 3 juillet 1944, les gérants non salariés de succursales de magasins d'alimentation, lesquels se voyaient appliquer les conditions du premier ; désormais ce sont deux chapitres distincts, mais l'esprit est identique.

Les descriptions ont également évolué, du moins dans la forme. Le texte nouveau répute « gérant de succursales » toute personne : « 1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ; 2° Dont la profession consiste essentiellement : a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ; b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise »<sup>7</sup>.

3 - L'un comme l'autre de ces textes sont peu clairs, imprécis et susceptibles d'interprétations variées. L'essentiel de la difficulté consiste en effet en une question majeure d'interprétation.

(7) L'art. L. 781-1 concernait : « 1° les personnes qui, dans une entreprise industrielle ou commerciale, sont chargées par le chef d'entreprise ou avec son agrément de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ; 2° les personnes dont la profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises ou denrées de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle ou commerciale, soit à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise ».

Il n'est d'abord pas question, en effet, d'ignorer le texte de l'article L. 7321-2 du code du travail ou de proposer une interprétation qui en nierait l'existence ou la portée. Il est en revanche question d'observer, d'une part, que l'interprétation choisie par la Cour de cassation, large ou stricte, dépend de la Cour de cassation elle-même en fonction de la politique judiciaire qu'elle se choisit, et de mesurer, d'autre part, les avantages ou les inconvénients inhérents à une interprétation large, au regard de l'ensemble des dispositions applicables à ces contrats de distribution.

Cette difficulté d'interprétation se présente alors en deux directions. La première est particulière : on peut aisément observer que les termes utilisés par l'article L. 7321-2 sont particulièrement imprécis. La notion de « gérant de succursales » est un exemple d'oxymoron au regard de la notion de succursales en droit des sociétés, le terme « essentiellement » un modèle de standard juridique, les notions de « quasi-exclusivité », de « conditions et prix imposés » particulièrement ambivalentes, etc. Ces imprécisions posent problème pour plusieurs raisons. La valeur, d'abord, de la loi, générale et cardinale en droit français depuis la Révolution française, tant vantée que comparée à l'imprécision de la jurisprudence, est ici contredite de manière magistrale. Surtout, ces textes s'appliquent sous la forme d'exceptions : le principe est celui de la liberté contractuelle, notamment entre commerçants indépendants, de sorte que l'application des règles du droit du travail, droit d'exception par excellence, à des contrats reposant sur ce principe devrait voir s'appliquer un principe d'interprétation stricte, qui n'est guère encouragé par l'imprécision des termes utilisés.

La seconde difficulté d'interprétation est générale en ce sens qu'elle ne dépend pas du texte lui-même, qui est ce qu'il est, que le juge saisit dans sa substance et qui, pour cette raison, dépend de la *volonté du juge*. Maître de l'interprétation et finalement du sens conféré à un texte de loi imprécis, le juge doit ainsi se poser cette question majeure : ces textes ont-ils vocation à s'appliquer de manière stricte, c'est-à-dire à des situations dans lesquelles la relation visée est relativement proche d'une situation de droit du travail, la différence reposant sur un montage à peine habile, voire une fraude, ou bien au contraire de manière large, les règles du droit du travail ayant vocation à s'appliquer à toute situation ressemblant de près ou de loin à la description légale et, en fin de compte, aux impératifs de protection *juridique* d'un opérateur sous domination *économique* ? C'est bien la question de l'impérialisme du raisonnement social qui est en jeu, relativement peu discutée d'ailleurs, sinon par les avocats. Si les applications jurisprudentielles de ces textes sont parfois

relevées et commentées, les études doctrinales sont finalement assez maigres et pour l'essentiel explicatives ou descriptives<sup>8</sup>.

4 - Or nous voudrions montrer ici à quel point l'application de ce texte est, dans son principe, contradictoire avec les règles du droit applicables aux contrats de distribution comme dans ses modalités. La généralisation de l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail par une interprétation large ne s'impose nullement et elle est même assez récente. Ainsi, la première application importante de la loi du 29 mars 1941 date de 1972<sup>9</sup>, mais c'est essentiellement au cours des années 1990 qu'une interprétation large, voire très large, a semblé s'imposer. On peut montrer qu'elle emporte le risque d'une application totale, c'est-à-dire qu'elle est en mesure d'emporter tout les contrats de distribution sur son passage (I), qu'elle ignore les règles propres des contrats de distribution (II) en s'appuyant sur une méthode discutable (III).

### I - La généralisation de l'interprétation large de l'article L. 7321-2 du code du travail

5 - On peut observer que la Cour de cassation a, progressivement, retenu la solution la plus large possible de l'article L. 7321-2 du code du travail et l'a généralisée.

Pour résumer le résultat de cette interprétation, la jurisprudence de la chambre sociale aboutit à appliquer à pratiquement tous les contrats de distribution les règles du droit du travail, non point comme une requalification, mais comme une « co-qualification », ou « co-application », quand bien même le distributeur serait une personne morale, sans qu'il soit besoin de démontrer la fictivité de cette personne morale, quand bien même celle-ci exploiterait une pluralité de fonds de commerce et, bien entendu, sans qu'il soit besoin de démontrer que le fournisseur avait choisi d'organiser une fraude au droit du travail par l'organisation d'un tel contrat de distribution. Ainsi, d'un texte finalisé, la Cour de cassation est conduite à ignorer même le texte de la loi, par exemple sur la question de la pluralité de locaux où le texte évoque « un local », voire à écarter tout argument fondé sur l'absence d'exclusivité<sup>10</sup>.

6 - La généralisation de l'interprétation de ce texte risque alors d'emporter tous les contrats de distribution. Ainsi, s'agissant des quatre conditions posées par les textes visés, si la Cour de cassation considère, depuis 1988<sup>11</sup>, qu'elles sont cumulatives, elle considère dans le même temps, et notamment depuis une série d'arrêts importants de 2001<sup>12</sup>, que ces conditions sont des conditions suffisantes à son application, en ce sens qu'il n'est point nécessaire de démontrer qu'il existe, par exemple, un lien de subordination entre le fournisseur et le distributeur. Il suffit donc que les conditions posées par l'article L. 7321-2 soient rassemblées, dans la logique d'interprétation large retenue par la Cour, pour qu'une personne physique, se transmute, *ipso facto*, de gérant d'une entreprise indépendante de distribution, en gérant salarié d'une succursale du fournisseur, qu'il s'agisse du dirigeant de la personne morale ou, par itération, d'un salarié de celle-ci.

De même, s'il s'agissait, au départ, d'appliquer ce texte à des catégories particulières de mandataires ou de gérants, comme les dépositaires-vendeurs<sup>13</sup> ou locataires-gérants<sup>14</sup>, notamment de stations-service, il s'agit aujourd'hui de l'appliquer à toute une série de contractants, dont le service de portage de journaux<sup>15</sup>, la franchise<sup>16</sup>, catégorie très visée par cette application, mais, curieusement, sans inquiéter les réseaux de concession ou de distribution exclusive<sup>17</sup>, sinon de manière isolée<sup>18</sup>, sans doute en raison des choix tactiques des « gérants » de ces hypothétiques « succursales ».

7 - Une telle interprétation, un tel élargissement ne sont pas satisfaisants. En effet, les quatre conditions sont susceptibles d'être satisfaites dans tous les contrats de distribution.

Tous les contrats de distribution sont en mesure d'assurer en effet, au distributeur, l'exercice d'une activité professionnelle particulière. Tous ces contrats contiennent une forme d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, par exemple sous la forme d'un approvisionnement ou d'une fourniture. Tous les contrats de distribution, enfin, « imposent » des conditions de vente ou de services, voire des prix, au sens de l'interprétation de l'article L. 7321-2 du code du travail, c'est-à-dire que des prix simplement conseillés sont considérés comme imposés, quelles qu'en soient les raisons.

(8) V. J.-F. Cesaro, Gérants mandataires de succursales, J.-Cl. Travail Traité, fasc. 4-5; N. Ferrier, Contrat de gérance-mandat, J.-Cl. Commercial, fasc. 323; Y. Chalaron, Rép. trav., v° Gérants de succursales, 1997, n° 2; M.-E. André, Gérants mandataires de succursales, J.-Cl. Contrats distribution, fasc. 1270; D. Ferrier, Droit de la distribution, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2012, nos 152 s.; R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Péruzzetto, Droit économique, Lamy, 2012, nos 3647 s. V. cep., J.-M. Mousseron et R. Fabre, La loi du 21 mars 1941: une loi en expansion?, JCP 1978, Cah. dr. entr., n° 2, p. 4. En outre, le premier traité de droit de la distribution (J.-M. Mousseron et alii, op. cit.) consacre quelques toutes petites lignes à cette question (n° 259, p. 206-207). Adde: J. Ghestin et P. Langlois, note sur Soc. 24 janv. 1993, n° 89-45.262, D. 1993. 414. (9) Soc. 13 janv. 1972, préc. (10) Comp. Soc. 5 déc. 2012, préc. (11) Soc. 22 déc. 1988, n° 85-44.516, Bull. civ. V, n° 700: cassation de l'arrêt d'appel car « les époux X... avaient soutenu qu'ils n'avaient pas en fait, la liberté de fixer les horaires de la station, ni ensuite, celle de déterminer les conditions de travail, d'hygiène et de sécurité dans l'établissement, ni, enfin, celle d'adopter leur propre politique publicitaire ». (12) Soc. 4 déc. 2001, n° 99-41.265, D. 2002. 1934, note H. Kenfack, et 3007, obs. D. Ferrier; Dr. soc. 2002. 158, note A. Jeammaud; JCP 2002. I. 148, n° 20, obs. A. Constantin; CCC 2002. Comm. 55, obs. L. Leveneur. (13) V. Soc. 1<sup>er</sup> mars 1973, n° 71-14.783, JCP 1974. II. 17687, note H. Meyzonnade. (14) Soc. 23 oct. 1968, Bull. civ. V, n° 455. (15) Soc. 9 oct. 1997, n° 95-43.505. (16) V. Soc. 4 avr. 2012, n° 10-18.154, préc.; 4 déc. 2001, n° 99-41.265, préc.; 8 avr. 1992, n° 89-42.101 (non-application de l'art. L. 787-1); Com. 3 mai 1995, n° 93-12.981, D. 1997. 10, note L. Amiel-Cosme, et 57, obs. D. Ferrier; JCP E 1995. II. n° 748, note L. Leveneur. (17) Comp. Com. 21 juin 1983, n° 81-16.829, Bull. civ. IV, n° 182; Soc. 16 juin 1983, n° 81-40.562, Bull. civ. IV, n° 346: fiction-application à un contrat de « concession » conclu avec un locataire gérant de station-service. (18) Soc. 16 févr. 1983, n° 82-10.224, Bull. civ. V, n° 88.

Par conséquent, tous les contractants de tous les fournisseurs se trouvent potentiellement dans la situation de conclure un contrat commercial avec un commerçant indépendant, le plus souvent organisé à travers une société commerciale, et de se retrouver dans celle de devoir répondre des obligations d'un employeur, le plus souvent après la rupture du contrat.

Pire encore, que le législateur innove, en identifiant un régime juridique particulier, précisément pour offrir une alternative à celui de l'article L. 7321-2, située entre le salariat et l'entrepreneuriat, comme ce fut le cas du régime de la gérance-mandat (art. L. 146-1 s. c. com.); peu importe, la chambre sociale applique l'article L. 7321-2 à ce régime particulier<sup>19</sup>. M. Dissaux constate ainsi que « l'application du code du travail aux gérants-mandataires de droit commun a délibérément été exclue en 2005 », mais observe, impuissant, que l'attraction du droit du travail est particulièrement forte, tellement d'ailleurs que la Cour de cassation, certes la deuxième chambre civile, a appliqué en novembre 2012 l'article L. 7321-2 au gérant-mandataire<sup>20</sup>, malgré la lettre de la loi elle-même.

8 - Or cette généralité du champ d'application de la règle n'est pas nécessaire, au sens où elle ne s'impose pas du texte lui-même ou de son origine. On oublie parfois un peu vite en effet que, derrière l'article L. 7321-2 ou L. 781-1 du code du travail et leur technique d'identification alphanumérique sérieuse et banale, se cache la vieille loi du 21 mars 1941 : la source légale de ce texte ne relève pas des lois de la République, mais de l'histoire sombre d'un Etat dominé par une devise, « Travail, Famille, Patrie », aux accents nationalistes et paternalistes qui, outre le 1<sup>er</sup> mai, célébrait le droit du travail sous diverses formes, y compris par son application à des situations extérieures à son domaine ordinaire. Elle fut d'ailleurs complétée par une loi du 3 juillet 1944, là encore un moment bien peu opportun pour légiférer. En d'autres termes, quand bien même la loi aurait été codifiée, en 1973, puis recodifiée et modifiée (légèrement) en 2008, c'est bien la même loi, le même esprit qui président à son application, même s'il est en général difficile de mesurer la réalité de l'intention du législateur.

Or cette intention, à la supposer identifiable, reposait, en 1941, sur des circonstances et des objectifs particuliers. Elle avait pour but de renforcer, avec l'état d'esprit de ses auteurs, une loi de 1932 qui, elle-même, visait à protéger la main-d'œuvre nationale par le bénéfice des avantages sociaux existants. La loi de 1941 avait essentiellement été adoptée pour protéger les veuves de la première guerre mondiale qui vendaient des billets de loterie dans de petites guinguettes, et d'autres petits emplois de ce type, dépositaires d'entreprises de nettoyage et correspondants d'entreprises de transport<sup>21</sup>.

Comment donc une loi aux objectifs si spécifiques pourrait-elle avoir pour effet de détruire le droit de la distribution ?

C'est là toute la « magie » de l'interprétation souveraine de la Cour de cassation, de sa chambre sociale tout particulièrement, qui a choisi une interprétation large. Rappelons en effet que l'interprétation d'un texte par une cour souveraine, comme la Cour de cassation, peut être considérée, soit comme un *acte de connaissance*, soit comme un *acte de volonté*<sup>22</sup>. Lorsque l'on considère que l'interprétation est un acte de connaissance, on considère que l'interprétation est contenue dans le texte, soit qu'elle résulte de l'exégèse de celui-ci, soit qu'elle se déduit de l'intention du législateur, soit qu'elle repose sur des interprétations scientifiques concordantes. Si tel était le cas, l'interprétation retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation serait une très mauvaise interprétation : appliquer l'article L. 7321-2 du code du travail à une personne physique, à travers une personne morale franchisée par exemple, n'est en rien une expression, même de loin, de l'intention du législateur. En outre, rechercher cette intention du « législateur », celui de 1941, serait pour le moins ambigu. Lorsque l'on considère, au contraire, que l'interprétation est un acte de volonté, on adhère à la logique dite « réaliste » de l'interprétation qui considère que la norme applicable est le résultat d'une interprétation, libre, d'un texte qui est par nature indéterminé et qui lui assure cette détermination normative<sup>23</sup>. Peu importe alors le prétendu sens du texte ou la supposée intention introuvable du législateur. C'est donc bien, alors, la *volonté* du juge qui est en jeu, et non un besoin impérieux guidé par des contraintes légales hypothétiques et une sorte de logique imperturbable et irrémédiable. Le franchisé distributeur n'est pas dans la situation de la veuve de guerre qui vend des billets de loterie dans une guinguette, et prétendre que, cependant, les mêmes règles s'appliquent dans les deux cas est bien une question de volonté judiciaire.

9 - L'extension à compter de 1972<sup>24</sup> à des exploitants de stations-service démontrait l'existence de cette volonté d'étendre l'application de la loi à des situations qui n'étaient pas celles pour lesquelles elle avait initialement été prévue. Ce mouvement n'avait d'ailleurs rien d'isolé : les praticiens du droit de la distribution savent que ces règles ont, précisément, commencé de croître avec les contentieux nés de l'exécution et de la rupture des contrats de pompiste de marque, pour modeler la question de l'indétermination du prix ou celle des clauses d'exclusivité, sur la base de l'article L. 330-1 du code de commerce. Ce mouvement jurisprudentiel n'avait en outre rien d'illégal ou d'exagéré : rien dans la loi de 1941 ne limite son champ d'application à des professions particulières, sinon par la liste d'exemples cités, suffisamment peu explicites cependant pour autoriser une interprétation large. Au pire, pourrait-on faire observer que le texte, d'exception, aurait pu

(19) V. N. Ferrier, Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005, LPA 2006, n° 105, p. 4 ; N. Dissaux, La gérance-mandat : une troisième voie ? D. 2010. Chron. 667. (20) Civ. 2<sup>e</sup>, 8 nov. 2012, n° 11-23.638, D. 2013. 740, obs. D. Ferrier ; Lettre distrib. déc. 2012. (21) V. J.-M. Mousseron et R. Fabre, préc. (22) V. P. Deumier, Introduction générale au droit, LGDJ, 2011, n° 112 s. ; D. Mainguy, Introduction générale au droit, LexisNexis, 7<sup>e</sup> éd., 2013. (23) V. not. M. Troper, La théorie du droit, le droit, l'Etat, PUF, 2001. (24) Soc. 13 janv. 1972, préc.

être soumis au principe d'interprétation stricte qu'en général on associe à un texte d'exception.

Il serait intéressant, d'ailleurs, d'observer le résultat d'une tentative d'invalidation de la loi, par exemple par une question préalable de constitutionnalité. Ce pourrait être au regard des origines non républicaines de la loi de 1941, à ceci près, cependant, que le texte de la loi de 1941 a été modifié et introduit par des lois de la République, notamment du fait de l'ordonnance de 2008 qui a modifié le texte original et lui a substitué l'article L. 7321-1 du code du travail. Il reste que ce texte, à la fois dans ses dispositions propres et dans son interprétation, pose une question de validité. En effet, les dispositions législatives assurent une présomption d'identification de personnes physiques exerçant une activité professionnelle au régime des salariés. Or le principe de la liberté d'entreprendre, dont le caractère constitutionnel ne fait pas de doute, pourrait être considéré comme profondément violé par l'application de ce texte. C'est encore plus vrai du fait de l'interprétation large du texte par la Cour de cassation <sup>25</sup>.

En effet, le principe de l'application de ce texte suppose que le distributeur ait conclu, sans discuter et sans regretter quoi que ce soit, en commerçant indépendant, le plus souvent à l'abri de l'écran d'une personne morale, laquelle est constituée, le plus souvent là encore, pour des raisons inhérentes aux choix de gestion de ce commerçant. Or l'interprétation large de l'article L. 7321-2 du code du travail aboutit à nier, finalement, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Si donc la question de la validité de l'article L. 7321-2 du code du travail devait se poser, c'est moins la question du texte lui-même qui pose difficulté que l'interprétation proposée par la chambre sociale de la Cour de cassation, eu égard au principe de liberté d'entreprendre, mais aussi au regard d'une logique de sécurité juridique des transactions et de prévisibilité des solutions qui pourrait être considérée, ici, comme bafouée.

10 - Cette question d'interprétation implique, de manière très claire, la rencontre entre les règles du droit des affaires, notamment celles du droit de la distribution, et les règles du droit du travail. En effet, nombre d'activités commerciales sont développées selon des formes et des formules contractuelles relevant des contrats dits de « distribution », selon une grande variété de formules : des formules assez légères, de mandat, de dépôt-vente, de location-gérance, ou bien plus complexes, comme celles relevant de l'approvisionnement ou de la fourniture exclusifs, de la distribution sélective, exclusive, ou de la franchise. Ces contrats sont conclus entre des commerçants, le plus souvent des personnes morales, des commerçants indépendants, parfois organisés en groupes de sociétés. Rien à voir, *a priori*, avec les conditions préalables à l'application des règles du droit du travail impliquant un lien de subordination, un pouvoir de

direction, etc. On est donc passé d'une loi qui visait à protéger les vendeuses de billets de loterie à une interprétation de celle-ci qui s'impose dans des contrats liant des commerçants indépendants.

Point n'est besoin de démontrer l'importance économique de ce secteur qui touche pratiquement tous les domaines de la distribution, y compris de la grande distribution. Ces formules permettent en effet de développer un réseau de contrats, autour d'une tête de réseau, commodément appelée au moins ici le « fournisseur », quand bien même ce fournisseur ne « fournit » que des services ou des méthodes de vente, avec des « distributeurs », commerçants indépendants propriétaires de leur fonds de commerce, employeurs de salariés, maîtres de leur logique d'organisation, etc., dans le but de le développer, et de le développer avec des distributeurs, qui sont des commerçants indépendants.

## II - L'originalité des règles applicables aux contrats de distribution

11 - L'interprétation large de l'article L. 7321-2 du code du travail présente un certain nombre de contradictions majeures qui ignorent, non point au sens de la non-connaissance mais en celui de l'écart volontaire, de branches, pourtant considérables, du droit des affaires, dont les règles du droit de la distribution et des sociétés.

### A - Le « génie » du droit de la distribution

12 - Si, dans les années 1970, l'esquisse balbutiante de règles protectrices des distributeurs évincés contre les rigueurs potentielles de l'exercice de la liberté contractuelle, passait, par une sorte de réflexe pavlovien du juriste français, par la recherche de mécanismes d'ordre public et si possible pénalement sanctionnés, *en raison de l'absence de mécanisme protecteur propre au droit des contrats*, il n'en est plus de même aujourd'hui.

Le droit de la distribution et des contrats d'affaires, voire des contrats « tout court », peut être considéré comme une discipline à améliorer, en évolution sans doute, mais une discipline complète, homogène, qui comprend des dispositifs et des techniques abouties de prise en compte de l'ensemble des relations contractuelles, y compris des mécanismes propres de protection du contractant le plus faible, le distributeur en l'espèce, et il n'est pas certain que les praticiens de cette discipline aient besoin du secours du droit du travail, sauf à totalement dénaturer la philosophie et la technique des règles du droit des contrats.

Le fait que la discipline « droit de la distribution » soit, académiquement, difficile à tracer n'y change rien <sup>26</sup> : le droit de la distribution est certes une sorte d'amalgame des règles

(25) V. cep., sur l'interprétation du critère de la « presque exclusivité » et l'autocontrôle de sa propre interprétation par la chambre sociale au regard de l'art. 6, § 1, Conv. EDH : Soc. 5 déc. 2012, n° 11-20.460, préc. (26) V. L. Vogel, *Droit de la distribution*, LawLex, 2011, n° 1.

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, envisagées autour de relations contractuelles, simples ou complexes, notamment à travers les logiques des réseaux de distribution. La discipline s'enrichit d'ouvrages<sup>27</sup>, de revues, de thèses, d'écoles, dont celle de Montpellier, avec des enseignements, etc. Sans doute ne peut-elle s'enorgueillir d'une ancienneté digne de bénéficier d'études d'histoire du droit, mais elle reste une discipline importante du droit des affaires qui ne peut être balayée d'un revers de main, sans autre justification.

13 - Dès lors, la question mérite d'être posée : les règles du droit des contrats, appliquées aux situations contractuelles des relations de distribution, ont-elles besoin de l'application, large, de règles du droit du travail pour assurer une protection minimale à certains contractants, les distributeurs ? Il faudrait, pour répondre par l'affirmative, vérifier qu'un besoin de « protection » s'impose, faire l'inventaire de ces règles de protection et constater, soit que de telles techniques de protection n'existent pas, soit qu'elles sont absentes, insuffisantes ou inefficaces.

Or, si la plupart des acteurs considèrent que, bien que ces contrats de distribution soient fondés sur les principes du droit des contrats, donc sur ses fondements traditionnels, faits de liberté, de loyauté et d'équilibre, il demeure qu'un besoin de protection de la partie la plus faible économiquement dans ces contrats ne fait guère l'objet de discussion<sup>28</sup> ; c'est une constante du droit français des contrats.

Sur ce constat, l'évolution des règles en droit de la distribution a été considérable et c'est d'ailleurs le sens du développement et de l'intérêt de cette discipline. Le droit de la distribution, discipline composite, articule ainsi tout une série de contraintes, guidées par des intérêts relevant des règles de concurrence, contrainte devenue majeure, ou des objectifs de police économique, avec des logiques de protection. Toute l'évolution du droit de la distribution s'organise autour de réponses à des besoins de protection : protection de la grande distribution naissante contre les fournisseurs et apparition de l'interdiction du refus de vente entre 1952 et 1996 et des discriminations contractuelles jusqu'en 2008, protection des « petits distributeurs » contre la grande distribution dans les années 1970, réglementation de l'urbanisme commercial et enfin, protection des distributeurs contre les fournisseurs dans le domaine de la distribution intégrée, celle des réseaux de distribution, à travers des évolutions législatives et surtout jurisprudentielles.

Cette évolution peut se constater dans l'arsenal législatif. Outre les règles de l'article L. 330-1 du code de commerce sur la durée des clauses d'exclusivité, élargies aux contrats de distribution depuis 1971, on compte également l'article L. 330-3 du code de commerce, règle dite aussi « loi Doubin », dont le développement assure une protection majeure des distributeurs, notamment franchisés, encore renforcée depuis un arrêt du 4 octobre 2011<sup>29</sup>. C'est aussi la question de la rupture des contrats, largement aidée, depuis 2001, par les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce qui, malgré une organisation relativement anarchique, assure les bases d'un contrôle, par exemple de la rupture du contrat à travers la notion de « rupture brutale d'une relation commerciale établie » (art. L. 442-6, I, 5°, c. com.). Tout récemment, la discussion d'un projet de loi visant à réglementer les relations « d'affiliation », notamment dans le secteur de la grande distribution, adopté par l'Assemblée puis par le Sénat en 2011, a été ralentie par les élections présidentielles. Cette évolution s'observe surtout dans les ressources de la jurisprudence, qu'elle soit spécialisée ou généraliste : la jurisprudence spéciale aux contrats de distribution a assuré l'élargissement des règles légales existantes à pratiquement tous les contrats de distribution de manière à embrasser la logique de la « branche » Droit de la distribution au sein du droit des affaires. La jurisprudence générale du droit des contrats, surtout, permet de contrôler des clauses particulières : les clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation, les clauses d'exclusivité, les clauses d'agrément en cas de cession de contrat, etc., mais également les situations générales à travers une mesure du contrat, de son économie, de ses excès ou abus, de l'équilibre général du contrat, à travers l'outil dit de « l'exigence de loyauté dans les contrats », à la base des arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* en 1992<sup>30</sup> et 1998<sup>31</sup>, par exemple. Il faudrait un livre complet pour s'expliquer l'origine de cette situation, mais elle est bien connue des spécialistes de droit des contrats et ordinairement développée dans les ouvrages qui lui sont consacrés.

14 - Il en résulte une jurisprudence plutôt intelligente, équilibrée, qui assure le respect du principe de la liberté contractuelle dans la prise en compte des éventuels déséquilibres qui peuvent en résulter. En effet, rien n'est figé dans cette matière. Par exemple, il ne sert à rien de stigmatiser un partenaire ou un autre, par exemple les « fournisseurs » contre les « distributeurs », tant les situations sont disparates. Ainsi, les « distributeurs » intégrés, franchisés, concessionnaires, distributeurs sélectifs, méritent-ils une protection particulière. C'est tout l'objet, en premier, du contrôle économique réalisé par le droit de la concurrence dont l'importance est devenue

(27) J.-M. Mousseron et *alli*, *op. cit.* ; D. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.* ; J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1998 ; M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *Traité de droit des contrats, les contrats de la distribution*, LGDJ, 1998 ; M. Málaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, Sirey, 2012 ; L. Vogel, *op. cit.* ; R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, *op. cit.*, *Concurrence, distribution, consommation*. (28) *V. par ex.*, F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruylant, 1996. (29) *Com.* 4 oct. 2011, n° 10-20.956, D. 2011. 3052, note N. Dissaux, 2012. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki, et 584, obs. D. Ferrier ; *JCP* 2012. 135, note J. Ghestin ; *RDC* 2012. 9, note T. Génicon ; *RLDA* 2012/98, n° 4876, note D. Mainguy. (30) *Com.* 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 340 ; D. 1995. 85, obs. D. Ferrier ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. Mestre. (31) *Com.* 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. civ.* IV, n° 27 ; D. 1999. 9 ; *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. Mestre, et 646, obs. P.-Y. Gautier.

considérable depuis les années 1980, sous l'influence communautaire notamment. C'est ensuite l'objet du contrôle contractuel, qui peut être *économique* ou *moral* selon les cas. En revanche, les mêmes « distributeurs » sont à leur tour stigmatisés dans la grande distribution afin de protéger les « fournisseurs ». Mais on s'aperçoit, en étudiant la situation, que certains de ces « distributeurs » vilipendés sont en situation de domination à l'endroit de certaines enseignes de distribution *via* les centrales de référencement. Aucune catégorie certaine, du type de celle opposant « salarié » et « employeur », ne peut donc être utilement retenue, sauf à caricaturer la situation et créer des solutions d'opportunité. Certes des critiques surgissent, parfois radicales, comme celle ayant opposé les tenants du mouvement dit de « solidarisme contractuel », prompts à une analyse du « tout moral », et ses opposants. Le point d'orgue, outre les arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* déjà cités, pourrait être un arrêt du 15 janvier 2002<sup>32</sup> sanctionnant un concédant qui avait mis fin à un contrat en raison des difficultés économiques qu'il connaissait tout en distribuant des bénéfices importants à ses actionnaires. Des aménagements ou des évolutions sont souvent proposés et surgissent en jurisprudence, ce qui est le signe d'une matière vivante, dont le débat jurisprudentiel est considéré comme suffisant. En atteste l'échec de la plupart des projets de réglementation particulière depuis les années 1970, sans doute faute de pouvoir se déterminer sur une législation d'ensemble.

A bien des égards, donc, l'ingérence des règles du droit social, si elle devait se généraliser, rendrait sans intérêt les raisonnements du droit de la distribution et inintelligibles les trésors d'imagination qui y sont développés. A quoi sert-il de savoir si la formation du contrat a été loyale, si l'exécution des contrats s'est effectuée de bonne foi, si les clauses rigoureuses retenues dans les contrats de distribution sont valables et équilibrées, si la rupture du contrat est abusive ou brutale, s'il suffit au distributeur d'invoquer l'article L. 7321-2 du code du travail pour obtenir l'application des règles du droit du travail et balayer, d'un coup, tous ces raisonnements, toutes ces précisions ? L'enjeu, en effet, est alors la possibilité d'obtenir, selon la jurisprudence actuelle, l'application des règles du droit du travail : cinq années de salaire, les congés payés, une indemnité de licenciement, etc.

15 - On peut considérer, au contraire, que la liaison imposée entre droit de la distribution et droit du travail ne relève pas d'un ordre naturel des choses et du droit. Le lien existant entre les règles du droit de la distribution et celles du droit du travail, qui repose sur l'appréciation de la dépendance existant, ou pouvant exister, entre le fournisseur et le distributeur, de

manière en effet très différente selon la matière. La dépendance, dans le contrat de travail, est l'essence même de ce contrat, elle est juridique, et prend la forme d'un lien de subordination, présumé. La dépendance économique qui peut exister doit, à l'inverse, être prouvée par le distributeur et s'observe dans des conditions rigoureuses, d'ailleurs rappelée récemment par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 février 2013 : « l'état de dépendance 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>33</sup>. On n'en tire, du reste, guère de conséquences particulières impératives, et pour cause : les règles de droit font une distinction majeure et *a priori* étanche, entre les logiques des activités commerciales, risquées mais indépendantes, et les activités sociales, de subordination. Qu'un point de rencontre existe pour protéger des catégories particulières, comme ce fut le cas en 1941, ou dans d'autres situations, celles des journalistes, des VRP, notamment, ou en cas de fraude, cela relève du choix du législateur. Autre est l'immixtion généralisée des règles du droit du travail dans un domaine qui n'en n'éprouve pas le besoin.

Nul n'a besoin du renfort, non demandé et non désiré, des règles du droit social, sinon dans le strict domaine qui est le sien.

## B - La spécificité des principes du droit des sociétés

16 - La contradiction produite par l'interprétation de l'article L. 7321-2 du code du travail avec les règles du droit des sociétés est tout aussi profonde qu'avec celles du droit de la distribution.

On passera rapidement sur la notion de « succursale » en droit des sociétés. Celle-ci, en effet, se caractérise comme étant un « établissement » dépendant d'un autre, créé pour le même objet et doté d'une certaine autonomie ; la succursale n'a ainsi pas d'indépendance, pas de personnalité juridique propre<sup>34</sup>. La logique de la succursale se détermine ainsi par une forme de décentralisation, elle possède son fonds de commerce et son gérant, le « gérant de succursale » qui dispose donc du pouvoir de traiter avec les tiers, les clients, notamment, ou les fournisseurs<sup>35</sup>. C'est d'ailleurs l'intérêt, *a priori*, du régime particulier de « gérant-mandataire » posé depuis 2005 aux articles L. 146-1 et suivants du code de commerce<sup>36</sup>, par opposition à la situation du gérant salarié.

17 - Or, précisément, la plupart des situations juridiques dans lesquelles l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail

(32) Com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172, D. 2002. 1974, note P. Stoffel-Munck, et 2841, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2002. 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; Chronique droit de la distribution, Cah. dr. entr. 2002/5, p. 20, obs. D. Mainguy. (33) Com. 12 févr. 2013, n° 12-13.603, D. 2013. 494.

(34) CJCE 6 oct. 1976, aff. 14/76, *De Bloos c/ Bouyer*, Rec. CJCE 1497 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 1979, n° 77-13.566, Bull. civ. I, n° 65 ; JCP 1979. II. 19147, concl. Gulphe. (35) CJCE 22 nov. 1978, aff. 33/78, *Somafer SA c/ Saar-Ferogas AG*, Rec. CJCE 2183. V. M. Cabrillac, Unité ou pluralité de la notion de succursale, in *Mélanges Hamel*, 1961, p. 131. (36) V. N. Ferrier, Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005, préc., et La gérance-mandat : une troisième voie ?, préc. V. *infra*.

est envisagée sont des situations de contrats conclus entre opérateurs indépendants où le distributeur est un véritable tiers, investisseur et gérant, exerçant son activité à travers une personne morale.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation considère cependant que le fait que le contractant exerce son activité sous une forme sociale n'est pas un obstacle à l'application de ce texte, nonobstant le fait qu'il expose expressément qu'il s'applique aux *personnes physiques*. En effet, la Cour considère que le fait que le contractant soit une personne morale est finalement indifférent. Assez curieusement, la jurisprudence n'exige pas la démonstration que la personne morale soit fictive pour que l'application du texte puisse « bénéficier » à son dirigeant. Plus exactement, cette question constitue une des difficultés escamotées par le raisonnement judiciaire. Ainsi, la quasi-totalité des décisions assure l'application de l'article L. 781-1 ou L. 7321-2 du code du travail à des personnes physiques alors que le contrat qui en est la cause avait été conclu avec une personne morale, sans pourtant que soit tranchée la question de l'éventuelle fictivité de la personne morale<sup>37</sup>, à de très rares exceptions près<sup>38</sup>. Un arrêt du 25 février 2009 est d'ailleurs particulièrement explicite : « le bénéfice des dispositions de l'article L. 781-1 recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-5 du code du travail n'est pas subordonné au caractère fictif de la société »<sup>39</sup>.

Or, du point de vue du droit des sociétés, la présentation du problème est très différente dans la mesure où l'écran de la personnalité morale est en principe inviolable, sauf dans quelques hypothèses bien précises posées par la jurisprudence. Outre le fait que la fictivité d'une société doit s'apprécier lors de sa création<sup>40</sup>, la preuve du caractère fictif d'une société résultant du caractère artificiel de sa création peut être établie sur la base de faits postérieurs à sa constitution<sup>41</sup>, et plusieurs séries d'hypothèses permettent d'envisager la fictivité de la société. La première se rencontre lorsque la personne morale, autre qu'une SARL (société à responsabilité limitée) ou une SAS (société par actions simplifiée) unipersonnelles, sert de masque à l'activité d'une seule personne physique ou morale. Les autres concernent le cas d'une société filiale de façade et celui de sociétés dépourvues d'autonomie et confondues dans une entité unique, qui ne concernent pas les hypothèses visées pour l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail.

Depuis 1985 et la création des sociétés unipersonnelles, EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) puis SASU (société par actions simplifiée unipersonnelle), la

question de la fictivité d'une société est devenue d'une importance nettement moindre. Restent alors les hypothèses dans lesquelles une société est constituée d'un entrepreneur et d'associés de complaisance, l'ensemble organisé avec un montage fait d'apports fictifs et de promesses en blanc de cession des droits sociaux. Une telle société est fictive : elle représente le type même de société fictive<sup>42</sup> et peut-être même une hypothèse d'école dans la mesure où il est assez rare qu'un acte établisse de façon indiscutable une telle situation de fictivité. Dès lors, le juge s'en tient à toute une série d'indices tels que l'absence d'*affectio societatis*<sup>43</sup> ou l'absence de vie sociale réelle<sup>44</sup>.

Aucun de ces éléments n'est cependant recherché, et encore moins démontré dans les affaires présentées devant la Cour de cassation sur le fondement de l'article L. 7321-2 du code du travail, alors que la contradiction, pour le moins, entre les règles du droit des sociétés et de droit social est considérable, d'autant plus dès lors que la situation se complique face à une *holding*, par exemple. Ainsi, lorsque la personne dirigeante n'exerce pas la réalité de l'activité<sup>45</sup> ou, pire, lorsque la personne morale contrôle plusieurs points de distribution<sup>46</sup>, la chambre sociale de la Cour de cassation considère, dans les deux cas, sur le fondement du caractère *intuitu personae* du contrat de distribution impliquant tant la personne morale que physique, que la réunion des quatre conditions suffisait à justifier l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail. En d'autres termes, la démonstration de la fictivité de la personne morale est inutile dès lors qu'un lien d'*intuitus personae* peut être identifié avec la personne physique, ce qui n'est d'ailleurs pas plus démontré que la fictivité de la personne morale. Or cette interprétation suppose d'abord qu'un tel *intuitus personae* soit identifié et surtout qu'il se décline effectivement d'un *intuitus personae* attaché à la personne morale (*intuitus firmae*) vers un *intuitus personae* attaché aux associés de la personne morale (*intuitus socii*). En droit des contrats et en droit des sociétés, cette question, l'une des plus complexes, n'est pas automatique. Le caractère *intuitu personae* d'un contrat doit être établi et, en principe, il ne se décline pas en *intuitus socii* : le sort des contrôleurs de la personne morale est indifférent à celui du contrat, et réciproquement<sup>47</sup>. L'écran de la personne morale est ainsi double : il ne suffit donc pas qu'une personne, associée ou dirigeante de la personne morale, considère que le contrat a été conclu en considération de sa personne, pour que tel soit le cas.

Dès lors, et si ces solutions devaient perdurer, on aboutirait à une solution tout à fait particulière : le contrat, de franchise par exemple, conclu entre la société A et la société B, est

(37) Soc. 5 déc. 2012, n° 11-22.168, préc. ; 1<sup>er</sup> févr. 2011, n° 09-40.033 ; 13 janv. 2010, n° 09-41.644, D. 2011. 550, obs. D. Ferrier ; RLDA 2010/52, p. 135, obs. P. Grignon ; 25 févr. 2009, n° 07-40.371, CCC 2009. Comm. 132, obs. N. Mathey ; JCP S 2009. 1329, note T. Lahalle ; 21 févr. 2007, n° 06-41.614, CCC 2007. Comm. 120, note M. Malaurie-Vignal ; RLDA 2008/24, n° 1490, obs. P. Grignon ; 4 avr. 2007, n° 06-42.932, RLDA 2008/24, n° 1490, obs. P. Grignon. (38) Soc. 16 janv. 2002, n° 00-41.487 ; 16 juin 1998, n° 95-44.109, imposant au demandeur de démontrer le caractère fictif de la société. (39) Soc. 25 févr. 2009, n° 07-40.371. (40) V. Civ. 1<sup>er</sup>, 24 oct. 1978, n° 77-13.884, JCP 1979. IV. 7. (41) Com. 13 oct. 1998, n° 96-10.293, Bull. Joly 1999. 58, note Serlooten ; BRDA 1998, n° 20, p. 7 ; RJDA 1998, n° 1360. (42) Com. 10 oct. 1953, S. 1954. I. 149 ; 2 janv. 1967, Bull. civ. III, n° 1. (43) Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 1976, n° 74-10.119, D. 1977. 619, note P. Diener. (44) Com. 21 mai 1963, Bull. civ. III, n° 245 ; 30 oct. 1967, Bull. civ. III, n° 346. (45) Soc. 1<sup>er</sup> févr. 2011, n° 09-40.033, préc. (46) Soc. 1<sup>er</sup> févr. 2001, n° 08-45.223. (47) V. D. Mainguy, Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée, Rev. soc. 1996. 17 ; C. Prieto, La société contractante, PUAM, 1995, spéc. n° 526.

susceptible de se voir appliquer les règles du droit des contrats d'une part, mais également du droit du travail, d'autre part, au profit de M. C, dirigeant, associé ou non, majoritaire ou non, de la société B, sans qu'il soit besoin de démontrer le caractère fictif de la société B, ni la fraude qu'aurait commise la société A en recourant à cette technique ou que M. C était considéré, dans le contrat, comme déterminant de son exécution. Pire, au regard de l'article L. 7321-4, les salariés de la société B sont susceptibles également d'être les salariés de la société A sans que personne ne l'ait décidé ni souhaité.

### III - Les limites de la méthode de « co-qualification »

18 - La loi de 1941 avait pour objectif de permettre l'application du droit du travail à des personnes dont l'activité est, par-delà la nature des liens qui les lient à une autre personne, une activité de salarié.

C'est la raison pour laquelle la question de savoir si la personne en question est commerçante ou non commerçante, immatriculée sur un registre obligatoire ou non, titulaire d'un fonds de commerce ou non, ou qu'elle a conclu un contrat, par exemple de distribution qui ne s'analyse pas en un contrat de travail, est indifférente et non pertinente pour l'application de ce texte.

Il est clair, ainsi, que l'objectif du texte est d'assurer l'application des règles du droit du travail par une logique qui n'est pas réellement celle d'une requalification : il ne s'agit pas de disqualifier une situation contractuelle existante pour la remplacer par une autre situation contractuelle, celle d'un contrat de travail ; ce travail de requalification supposerait que l'on retrouve tous les éléments d'un contrat de travail. Il s'agit plutôt d'une logique de « co-qualification » : la situation contractuelle existante étant ce qu'elle est, il y a lieu d'appliquer, en outre, les règles du droit du travail, dans les conditions posées par le texte qui suit.

Il n'en demeure pas moins que, pour « co-qualification » qu'elle soit, il s'agit d'une entreprise de qualification et que, par conséquent, elle emporte un bouleversement dans la logique des relations dans la mesure où, par hypothèse, les parties ne l'avaient pas envisagé.

19 - C'est en ce sens que la question se pose de savoir si ces conditions sont suffisantes ou nécessaires. Par là, on envisage généralement le fait que, si les conditions rassemblées sont

« nécessaires » à l'application de ce texte, elles ne sont pas « suffisantes » pour autant qu'un ou d'autres éléments doivent être identifiés. A l'inverse, on peut considérer qu'elles sont suffisantes pour emporter la « co-qualification » posée par l'article L. 7321-2 du code du travail. Pour affirmer que les conditions du texte sont suffisantes, on considère généralement la situation de « dépendance économique » qu'engendre le contrat de distribution. Mais cette question est discutée : la logique de dépendance économique fait en effet partie de ces notions floues, à multiples usages et entendements, qu'il s'agisse des logiques du droit des contrats, du droit de la consommation, du droit de la concurrence ou encore du droit du travail. S'il ne fait guère de doute que certains contrats de distribution créent une dépendance économique entre le distributeur et le fournisseur, notamment en présence d'une clause d'exclusivité d'approvisionnement au profit du second <sup>48</sup>, il n'est pas question de dévoyer la notion de « dépendance économique ». Celle-ci suppose en effet qu'une véritable « dépendance » soit constatée et qu'elle soit économique, et non psychologique ou marketing, et qu'elle soit exclusive de toute alternative économique <sup>49</sup>. Bien d'autres contrats ne créent qu'une dépendance apparente : ainsi, le restaurateur franchisé est-il dans une relation contractuellement « intime » avec le fournisseur, mais peut parfaitement exercer son activité hors de cette franchise ; la distribution sélective s'inscrit dans une logique multimarques, sans exclusivité d'approvisionnement, mais plutôt de fourniture : a-t-on vu un fournisseur réclamer (et obtenir) une protection du fait de la dépendance dans laquelle il se trouverait avec son distributeur ?

A confondre, donc, la *dépendance économique* au sens du droit de la distribution, qui doit être démontrée par le distributeur, et la *dépendance économique* du droit du travail, qui repose sur une présomption de *dépendance juridique*, on aboutit à l'effet pervers ici dénoncé. Tout le droit contractuel de la distribution se trouve alors potentiellement dans l'escarcelle du droit du travail. Or c'est exactement la position que la chambre sociale de la Cour de cassation a retenue dans les arrêts du 4 décembre 2001 <sup>50</sup>, où elle considérait que le fait que le contrat ne proposait pas de qualification de gérant non salarié ou que le contrat ne faisait pas la démonstration de l'existence d'un lien de subordination était indifférent à l'application de ces textes. En effet, cette interprétation est cohérente avec la logique de « co-qualification » : il ne s'agit pas de considérer que le contrat est en réalité un contrat de travail.

20 - L'autre conception considère au contraire que les quatre conditions d'application sont nécessaires, mais point suffisantes : il convient en effet d'observer si ces quatre

(48) V. Com. 3 mars 2004, n° 02-14.529, D. 2004. 1661, note Y. Picod, et 874, obs. E. Chevrier ; RTD com. 2004. 463, obs. E. Claudel : « 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 » ; Adde : V. A. Ronzano, *Clauses de rendement et contrat-cadre de distribution*, JCP E 1996. I. 535. (49) V. *supra*, n° 13.

(50) Soc. 4 déc. 2001, préc.

conditions sont rassemblées (là encore par une interprétation stricte ou large) et d'ajouter un élément qui pourrait être celui de fraude ou d'abus.

On peut donc, sans dénaturer le texte de l'article L. 7321-2 du code du travail, considérer que ces dispositions s'appliquent chaque fois que, outre les conditions qu'il pose, le contrat et, plus généralement, le montage contractuel et sociétaire, n'a pour autre but que de dissimuler une situation dans laquelle le distributeur, ou la personne physique chargée de la gestion de la société distributrice, est en réalité à la tête d'un établissement, d'une succursale, et que le montage n'est qu'une fraude à la loi du travail.

D'ailleurs, la Cour de cassation n'hésite pas à considérer qu'un contrat de travail véritable puisse exister entre un fournisseur et les gérants d'une société de distribution, sans passer par le truchement de l'article L. 7321-2 ou de l'ex-article L. 781-1 du code du travail, dès lors qu'est démontrée l'existence d'un lien de subordination<sup>51</sup>. Or cette activité de « requalification » suppose bien, cette fois, de ne plus se contenter d'une explication généralisante mais d'entrer dans la réalité de la relation.

Une telle solution ne dénature pas le texte de l'article L. 7321-2 et permet une application efficace et cohérente des règles du droit des contrats : il arrive ainsi que, dans une même affaire, le distributeur, personne morale, engage une action pour obtenir réparation du fait de la rupture du contrat de distribution puis, en cas d'échec de celle-ci, la requalification en contrat d'agence commerciale, puis l'application des dispositions de l'article L. 7321-2 du code du travail au profit de l'exploitant et enfin, de l'article L. 7321-4 pour que les salaires de ses propres salariés soient assumés par le fournisseur.

Il y a en effet une contradiction assez sidérante à considérer le contrat de distribution conclu comme un contrat d'affaires ou comme un contrat soumis aux règles du droit du travail, en fonction des seuls intérêts processuels du distributeur, personne physique actionnaire de la société de distribution. On peut rapprocher cette contradiction du principe de l'*estoppel* récemment consacré par la Cour de cassation, qui implique la mise en œuvre du principe général selon lequel « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui »<sup>52</sup>. L'esprit du principe selon lequel nul ne doit se contredire aux dépens d'autrui est cependant manifeste et identifie une fraude, ou un abus, cette fois par le distributeur, une *opportunité* au sens de l'analyse économique du droit, un effet d'aubaine, qui ne résulte que de l'interprétation choisie par le juge.

21 - *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. Cet équilibre a pu être établi, sans recours excessif à des dispositifs trop intrusifs. Même les règles de droit pénal ont sensiblement reculé depuis 1986. Il ne s'agit cependant pas d'écarter les règles du droit du travail, soit parce qu'un lien de subordination peut être identifié, soit parce que la règle de l'article L. 7321-2 du code du travail est applicable, mais par une interprétation efficace, par exemple par l'identification d'une fraude à l'application de ce texte et la démonstration du caractère fictif de la société constituée par le distributeur. Pour le reste, 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.

(51) V. Crim. 25 juin 2002, n° 01-86.388 ; Soc. 16 janv. 2008, n° 07-40.055, D. 2008. 477, obs. E. Chevrier ; 27 mars 2008, n° 07-42.102 ; 8 juin 2010, n° 08-44.965, D. 2011. 550, obs. D. Ferrier. V. curieusement, 6 juin 2007, n° 06-42.951, qui rejette la requalification en droit du travail mais sans chercher à retenir l'application de l'art. L. 781-1. Comp. T. Revet, La force de travail, étude juridique, préf. F. Zénati, Litec, coll. Bibl. de droit de l'entreprise, t. 28, 1992, nos 160 s. (52) V. C. Maréchal, L'*estoppel* à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit, note ss Com. 20 sept. 2001, n° 10-22.888, D. 2012. Chron. 167.