

Plaidoyer pour une réforme du statut de gérant de succursale

Lucas Bettoni et Sébastien Ranc, maîtres de conférences à l'Université Toulouse Capitole, Centre de Droit des Affaires (EA780)

1. - Dans un article paru dans les *Mélanges* offerts au Président Despax, le Professeur Daniel Tomasin a fort bien mis en évidence la relativité de la frontière séparant le contrat de mandat et le contrat de travail ainsi que le développement de nouvelles activités professionnelles hybrides sources d'indécisions et d'imbroglios¹. Le gérant de succursale constitue l'une de ces catégories de travailleurs située dans cette « zone grise ».

2. - Outrepassant la difficulté à dégager la qualification réelle du contrat, le législateur a choisi d'accorder à ce distributeur « économiquement intégré à l'entreprise du mandant »² un statut spécifique, désormais logé dans la 7^{ème} partie du Code du travail aux côtés notamment des journalistes, des mannequins et désormais des travailleurs de plateforme numérique. Si le point commun entre ces différentes catégories de travailleurs réside dans une extension à leur profit du régime du salariat, le procédé législatif à l'œuvre à travers les articles L. 7321-1 à L. 7322-6 est néanmoins original³. En effet, alors que la plupart des dispositions figurant dans cette 7^{ème} partie du Code du travail « forcent » la qualification de contrat de travail en attribuant la qualité de salarié à des travailleurs indépendants⁴, le titre II relatif aux « gérants de succursale » se singularise en déclarant applicable à certains professionnels les règles du Code du travail sans pour autant que ceux-ci acquièrent la qualité de salarié⁵. Les gérants de succursales ne sont donc pas des salariés par détermination de la loi. Ils sont seulement assimilés à des salariés, d'où l'expression de « quasi-salariés » parfois utilisée par la doctrine⁶.

3. - Cette assimilation légale des gérants de succursale aux salariés provient d'une loi du 21 mars 1941 instaurant un statut de droit commun de la gérance succursaliste, complétée ensuite par la loi du 3 juillet 1944 aménageant des règles spéciales pour les succursales de détail alimentaire. Certains opposants au statut mettent en avant le contexte de l'adoption de ces lois, votées pendant la période d'occupation⁷. Il ne faut pas pour autant oublier que leur adoption a été précédée de débats parlementaires tenus dans l'entre-deux-guerres faisant suite à l'arrêt *Bardou*⁹. Célèbre pour avoir érigé le lien juridique de subordination en un critère du contrat de travail, cet arrêt a dénié la qualité de salarié à une personne qui dirigeait à Toulouse une succursale d'alimentation, cassant ainsi une cour d'appel ayant considéré qu'une telle qualité devait être reconnue à tous les travailleurs économiquement faibles et placés sous la dépendance

1 D. Tomasin, « À la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, P.U.S.S. de Toulouse, 2001, p. 203 et s., spéc. n° 3.

2 D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2020, n° 146.

3 J. Péliissier *et al.*, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, p. 22 et s.

4 C'est le cas notamment des VRP qui se voient accorder la qualité de salarié malgré le bénéfice de dispositions singulières exorbitantes de droit commun du louage de services, notamment en matière d'indemnité de fin de contrat.

5 V. not. Soc., 4 décembre 2001, n° 99-41.265, *Bull. civ.* V, n° 373 : *Dr. soc.* 2002, p. 158, note A. Jeammaud ; *D.* 2002, p. 1934, note H. Kenfack, rappelant que l'ancien article L. 781-1 (L. 7321-1 nouv.) du Code du travail ne subordonne pas l'application du droit du travail ni à la caractérisation d'un contrat de travail ni à l'existence d'un lien de subordination.

6 N. Dissaux et R. Loir, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2019, n° 915.

7 V. not. D. Mainguy, « Faut-il brûler le droit de la distribution ? », *D.* 2013, p. 1222, spéc. n° 8. *Adde* X. Delpech, « Un trouble-fête dans les réseaux de distribution : le statut de gérant de succursale », *RDT* 2021, 702.

9 J.-F. Césaró, « Le gérant de succursale : à propos d'un exercice juridique de co-qualification », in *La crise du contrat de franchise ?*, dir. D. Mainguy, Lextenso éditions, 2015, p. 49 et s., spéc. n° 2.

économique de la personne qui les emploie¹¹. C'est en réponse à cette exclusion de la dépendance économique du champ du droit du travail et pour mettre un terme à un mouvement de grève chez les gérants d'alimentation de la région parisienne que le ministre du travail de l'époque, M. Paul Ramadier, a proposé à la chambre des députés d'accorder le bénéfice des lois sociales aux « *gérants des établissements à succursale multiples, jusqu'alors considérés comme des mandataires et éloignés des avantages contenus dans le code du travail* »¹². Cette loi de 1941 n'a donc pas vocation qu'à protéger les veuves de la Grande guerre vendant des billets de loterie dans des guinguettes et les tenanciers de libraires de gare¹³. Elle constitue également une avancée sociale majeure pour tous les gérants de commerce non-salariés placés « *à l'égard de la société à succursales qui les emploie, dans un état de subordination économique indiscutable et indiscuté* »¹⁵.

4. - Si le statut légal de la gérance succursaliste est critiqué par une partie de la doctrine commercialiste et des praticiens, c'est en raison de sa possible application, au-delà de l'organisation succursaliste de la distribution de produits, aux réseaux de distribution intégrée de type franchise ou concession exclusive¹⁶. En effet, l'une des particularités du texte de 1941 réside dans le fait que « *nulle catégorie juridique n'est par elle-même attraitée ni soustraite de son domaine d'application* »¹⁷. La qualification du contrat adoptée par les parties importe peu. Il suffit que le membre du réseau remplisse les conditions cumulatives posées par l'article L. 7321-2 du Code du travail pour que le statut de gérant de succursale lui soit applicable. Lorsqu'il a pour activité la vente de marchandises, trois exigences sont requises par cet article : 1/ un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'approvisionnement ; 2/ un local fourni ou agréé par le fournisseur ; 3/ des ventes aux conditions et prix imposés. Le régime de la gérance succursaliste a ainsi pu recevoir application en matière de location-gérance¹⁸, de concession exclusive¹⁹, de franchise²⁰, et même de gérance-mandat²¹, un statut d'ordre public de protection concurrent institué en 2005 à la demande des grandes enseignes dans le but de les mettre à l'abri contre le risque d'application du droit social. S'agissant de la franchise, l'un des systèmes de distribution le plus répandu en France, le risque d'application du droit social serait particulièrement élevé²³. En effet, l'affilié exerce toujours son activité à partir d'un local fourni ou *a minima* agréé par le franchiseur. Il est souvent tenu de s'approvisionner exclusivement ou quasi-exclusivement auprès de lui. Enfin, il se voit imposer certaines normes relatives à la discipline collective du réseau qui sont indispensables à la réussite commerciale.

5. - Pour autant, une analyse de la jurisprudence démontre que les juges font une application raisonnée du statut légal du gérant de succursale au sein des contrats de distribution. En 1978, le Professeur Mousseron et M. Fabre dressaient le constat d'« *une jurisprudence plus cohérente*

¹¹ Civ., 6 juillet 1931, *DP* 1931, I, 121, note P. Pic.

¹² *JO*, Ch. Dép., 3 février 1938, p. 199.

¹³ V. en ce sens, D. Mainguy, *op. cit.*, n° 10.

¹⁵ *JO*, Ch. Dép., *loc. cit.*

¹⁶ D. Mainguy, *op. cit.* ; X. Delpech, *op. cit.* Adde B. Soltner et J. Boddart, « Les réseaux de distribution menacés par l'application extensive de l'article L. 7321-2 du code du travail », *D.* 2017, p. 368.

¹⁷ J.-M. Mousseron et R. Fabre, « La loi du 21 mars 1941 : une loi en expansion ? », *Cah. dr. entr.* 1978, n° 2, p. 4, spéc. p. 5.

¹⁸ V. not. Soc., 13 janvier 1972, n° 71-13.529 : *Bull. civ.* V, n° 28 ; *D.* 1972. p. 425, note E. Schaeffer.

¹⁹ Soc., 16 février 1983, n° 82-10.224 : *Bull. civ.* V, n° 88.

²⁰ Soc., 4 décembre 2001, *op. cit.*

²¹ Civ. 2^{ème}, 8 novembre 2012, n° 11-23.638, inédit : *D.* 2013. p. 740, obs. D. Ferrier.

²³ En ce sens, N. Ferrier, « Les alternatives à la franchise : la commission-affiliation va-t-elle remplacer le contrat de franchise ? », in *La crise du contrat de franchise ?*, dir. D. Mainguy, Lextenso éditions, 2015, p. 29, spéc. p. 44.

qu'il n'apparaît à première vue, et surtout, plus sage qu'on ne le dit parfois »²⁵. Aujourd'hui encore, les recensions de décisions de justice montrent que les qualifications de distributeurs en gérants de succursale restent peu nombreuses²⁶. L'application du statut de gérant de succursale reste cantonnée à des situations pathologiques de dépendance économique où le promoteur du réseau outrepassa son pouvoir d'imposer à ses affiliés les normes nécessaires au bon fonctionnement de son organisation, par exemple en altérant les prérogatives d'employeur du distributeur-revendeur ou en lui retirant la maîtrise de sa politique de prix²⁷.

6. - Ces dernières années, on assiste à un déplacement des questions soulevées lors des contentieux entre les têtes de réseaux et leurs distributeurs affiliés. Ce n'est plus tant les critères de qualification du statut de gérant de succursale qui posent difficulté, mais plutôt le régime juridique en découlant. Ce déplacement du contentieux a pour cause la complexité du régime du gérant de succursale, engendrée par le jeu de textes dont la combinaison peut s'avérer délicate. Une autre difficulté s'ajoute : les règles du droit du travail applicables aux gérants de succursale doivent s'articuler avec les dispositions civilo-commerciales issues du rapport contractuel originel liant le fournisseur au distributeur. La qualification de gérant de succursale, qu'elle soit reconnue *ex ante* par les parties ou *ex post* par le juge, donne en effet naissance à des « situations mixtes »²⁹. Dans ses relations avec les clients, le gérant demeure indiscutablement commerçant. En revanche, la situation est plus complexe avec son fournisseur. Lorsque le litige est relatif à la dimension de l'emploi ou aux conditions de travail, les règles du Code du travail trouvent à s'appliquer. Mais lorsque le litige concerne les modalités d'exploitation commerciale du magasin, le gérant de succursale est considéré comme un commerçant avec les conséquences juridiques que cela implique. La complexité du statut atteint alors son paroxysme lorsque l'on s'intéresse aux liens entre la nouvelle relation « quasi-salariale » et la relation commerciale initiale avec la possible affectation, voire l'altération, de l'une par l'autre.

7. - Ayant été adoptées bien avant l'émergence des réseaux contemporains de distribution, les lois de 1941 et 1944 ne sont hélas d'aucun secours pour appréhender le régime actuel des gérants de succursales. C'est donc la Cour de cassation qui, au fil de ses arrêts, a dû préciser ce régime juridique. Or, la Haute juridiction semble souffler des vents contraires en la matière. Tantôt, elle fait prévaloir le caractère d'ordre public du statut de gérant de succursale en permettant à des distributeurs ayant obtenu du juge social cette qualité et les avantages sociaux y afférents, de conserver les bénéfices commerciaux tirés de leur activité de distribution et d'obtenir ainsi, selon la formule d'un auteur, « le beurre et l'argent du beurre »³⁵. Tantôt, elle brandit les spécificités de la gérance succursaliste pour justifier une interprétation dans le sens d'une neutralisation des effets protecteurs de règles sociales qui devraient pourtant bénéficier pleinement aux gérants³⁶. Un éclairage de ces solutions, antagoniques en apparence, s'impose. Aussi utile soit-il, ce travail de décryptage a néanmoins ses limites. L'absence de ligne jurisprudentielle claire et prévisible trouve sa source dans la complexité du régime légal, mais aussi dans ses insuffisances. Aucune disposition générale ne régit par exemple l'aménagement des règles sociales par la négociation collective ou l'articulation de ces règles avec les dispositions civilo-commerciales. N'est-il pas venu le temps de reprendre les lois fondatrices

²⁵ J.-M. Mousseron et R. Fabre, *op. cit.*

²⁶ Th. Lambert, « Franchisé ou gérant de succursale : une courte synthèse de dix années d'analyse des critères de qualification par les cours d'appel françaises », *D.* 2020, p. 1630.

²⁷ *Ibid.*

²⁹ J. Péliissier *et al.*, *op. cit.*, spéc. p. 31.

³⁵ C. Grimaldi, « Le gérant de succursale a droit au beurre et à l'argent du beurre », *D.* 2020, p. 51.

³⁶ L. Bettoni, « Droit au reclassement pour inaptitude : des limites à l'assimilation du gérant de succursale à un salarié », *JCP E* 2021, 1519.

de 1941 et 1944 et de les adapter aux réseaux contemporains de distribution ? Après avoir exposé les régimes juridiques (social et civilo-commercial) applicables à la gérance de succursale et dénoncé leurs limites et potentielles contradictions, nous démontrerons que le régime du gérant de succursale gagnerait en cohérence et en intelligibilité, pour *in fine* être mieux compris et accepté des acteurs économiques, si le législateur décidait de remettre l'ouvrage sur le métier. C'est pourquoi l'état des lieux du désordre normatif (I) précédera les perspectives d'une remise en ordre par la voie d'une réforme législative (II).

I- Le désordre

8. - Les difficultés d'interprétation du régime juridique du statut de gérant de succursale ont pour cause la complexité du régime instauré par les articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail. Pour protéger les gérants de succursales juridiquement indépendants mais économiquement dépendants, le législateur a en effet choisi de ne pas requalifier leur relation en un contrat de travail mais de leur appliquer seulement une partie des règles du droit du travail (A) et d'articuler ces dernières avec le droit civil ou le droit commercial (B).

A- L'application du droit du travail

9. - En ce qui concerne l'application du droit du travail, la principale difficulté réside dans l'absence d'un statut homogène applicable à l'ensemble des gérants de succursale. En effet, le périmètre d'application des dispositions applicables varie selon la situation dans laquelle se trouve le gérant (1), d'autant qu'une fois les dispositions applicables identifiées, la jurisprudence en module les effets au gré de décisions casuistiques (2).

1) L'application partielle des dispositions issues du Code du travail

10. - Pour connaître les dispositions du Code du travail applicables aux gérants, il faut d'abord identifier le statut social dont ils relèvent. Il en existe deux. Il y a le statut de droit commun applicable à l'ensemble des gérants de succursales auquel s'ajoute un statut spécial pour les gérants non-salariés des succursales de commerce de détail alimentaire. Le périmètre d'application des dispositions législatives varie donc selon que le gérant appartienne au premier ou au second statut.

11. - Dans l'hypothèse où le statut de droit commun s'appliquerait, il faut se reporter aux articles L. 7321-1 et L. 7321-3 du Code du travail, la rédaction de ce dernier étant particulièrement confuse³⁹. Il faut partir du principe que l'ensemble des dispositions du Code du travail s'applique aux gérants de succursale. Puis, tenir compte de deux réserves. En premier lieu, les dispositions relatives aux relations individuelles de travail, à la négociation collective, à la durée du travail, aux repos, aux congés, aux salaires, à la santé et la sécurité au travail ne s'appliquent aux gérants de succursales qu'à la condition qu'elles soient compatibles avec sa qualité de chef d'établissement. Par exemple, le bénéfice du repos hebdomadaire est parfois incompatible avec cette qualité car cela peut entraîner la fermeture de l'établissement⁴⁰. En second lieu, pour les gérants qui organisent eux-mêmes leurs conditions de travail, les

³⁹ « Le Code du travail ne s'appliquera donc que dans la mesure qu'il le prévoit. Encore faut-il pouvoir déterminer le périmètre des dispositions sociales ainsi applicables. L'ancienne rédaction du Code du travail manquait de clarté sur ce point, la nouvelle rédaction a accentué les incertitudes existantes » : J.-F. Césaró, « Gérants de succursales », *JCl. Trav.*, 8 février 2017, spéc. n° 25.

⁴⁰ Soc., 12 juillet 2005, n° 03-43.069, inédit. En l'espèce, les gérants de succursales relèvent du transfert d'entreprise, « sauf lorsqu'ils ont la qualité de directeur d'établissement ». Cette solution nous semble contraire à la philosophie de ce dispositif (le maintien de l'emploi) et à la directive Transfert qui protège tous les travailleurs et non les seuls salariés.

dispositions relatives à la durée du travail, aux repos, aux congés, à la santé et à la sécurité leur sont exclues. Par exemple, pour condamner une entreprise tête de réseau au titre des heures supplémentaires, les juges du fond doivent rechercher si cette entreprise fixe les conditions de travail, de santé et de sécurité au travail dans l'établissement dirigé par le gérant ou si celles-ci sont soumises à son accord⁴¹. Enfin et dans la mesure où le risque de l'entreprise pèse sur les gérants de succursale, ils ne bénéficient pas de l'immunité civile accordée au salarié à l'égard de l'employeur. Une faute simple suffit pour que l'entreprise tête de réseau engage leur responsabilité pécuniaire⁴². En définitive, l'application du Code du travail à ces gérants de droit commun est donc nécessairement partielle, même s'il s'agira la plupart du temps, il faut le reconnaître, d'appliquer une part importante des dispositions de ce code⁴⁴.

12. - Dans l'hypothèse où le statut de gérant non-salarié de succursale de commerce de détail alimentaire s'appliquerait, il faut se reporter à l'article L. 7322-1 du Code du travail. L'idée est que le gérant non-salarié bénéficie des mêmes dispositions législatives que le gérant de droit commun⁴⁶, sous réserve des aménagements prévus par les accords collectifs issus de l'article L. 7322-3⁴⁷. À notre connaissance, seuls deux conventions collectives nationales ont été négociées à ce jour⁴⁹ : celle du 18 juillet 1963 concernant les gérants non-salariés des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés "gérants mandataires" et celle du 12 novembre 1951 relatif aux contrats individuels passés entre les gérants non-salariés et les sociétés coopératives de consommation. Le principe de faveur s'applique lors de l'articulation entre les dispositions législatives applicables aux gérants de succursale de commerce de détail alimentaire et les dispositions conventionnelles⁵⁰. Par exemple, la convention collective du 18 juillet 1963 a aménagé *in favorem* les dispositions relatives au délégué syndical central d'entreprise issues de l'article L. 2143-5 du Code du travail en stipulant que le seuil d'effectif de 2.000 salariés n'était pas applicable⁵¹.

13. - Une fois le périmètre des dispositions légales et conventionnelles identifié, il faut tenir compte de leur interprétation jurisprudentielle.

2) *L'interprétation jurisprudentielle fluctuante*

⁴¹ Soc., 10 juillet 2013, n° 12-14.552, inédit.

⁴² Soc., 23 novembre 2016, n° 15-21.942, publié : *JCP S* 2017, 1002, note Th. Lahalle.

⁴⁴ « Lorsqu'il est procédé par voie d'*assimilation*, celle-ci ne s'exerce, en revanche, que dans les limites couvertes par le texte qui l'assure. Hors des frontières tracées, le droit du travail cesse de trouver application. Mais l'examen des lois du 21 mars 1941 et du 3 juillet 1944 révèle que lui est offert un domaine considérable » : B. Teyssié, « Le droit social est-il adapté aux nouveaux rapports de forces ? », in *Concurrence et distribution, XIIIe Journées d'actualité du droit de l'entreprise*, Litec, 1981, p. 45, spéc. n° 18.

⁴⁶ Pour être tout à fait précis, il faut ajouter les deux réserves relatives aux congés payés prévues à l'art. L. 7322-1.

⁴⁷ Soc., 13 janvier 2010, n° 09-60.107, *Bull. civ. V*, n° 8.

⁴⁹ La négociation collective préexistait aux lois de 1941 et de 1944. « Avant même de vous être proposée sous forme de projet de loi, elle a été essayée, pendant dix-huit mois, sous la forme d'une convention intervenue entre le syndicat des maisons à succursales multiples et la fédération des coopératives, d'une part, et le syndicat des gérants, d'autre part » : P. Ramadier, *JO*, Ch. Dép., 3 février 1938, p. 199.

⁵⁰ Soc., 4 février 1993, n° 89-41.354, *Bull. civ. V*, n° 45.

⁵¹ Soc., 12 mai 2021, n° 20-10.025, publié. *Adde Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation*, La documentation française, spéc. p. 358.

14. - Originellement, la jurisprudence a appliqué sans restriction les dispositions du Code du travail aux gérants de succursale⁵². Il y avait là un souci évident de protection. La tendance actuelle est en train, si elle ne l'est pas déjà, de s'inverser. On assiste désormais à un cantonnement du périmètre d'application du droit du travail aux gérants. Peut-on en déduire une politique jurisprudentielle à mettre en lien avec la libéralisation du droit du travail ? De répondre à cette question est hasardeux. Ce reflux provient plutôt de l'argumentation soulevée par les parties devant le juge, plus précisément de celle consistant à mettre en exergue les spécificités de la gérance succursaliste lors de l'application du droit du travail.

15. - Flux. Il y a des termes qui ne trompe pas. Dans des arrêts « anciens », la Cour de cassation relevait que l'article L. 782-7 du Code du travail « ne donne pas une énumération limitative » des dispositions applicables aux gérants non-salariés, ce qui avait permis de leur étendre notamment l'éligibilité au comité d'entreprise⁵³, l'électorat en matière de délégué du personnel⁵⁴ et l'obligation de reclassement en matière d'inaptitude⁵⁵.

16. - Lors de la recodification du Code du travail en 2008, a échoué une tentative de cantonner cette extension au prétexte de l'évolution de la rédaction des dispositions législatives⁵⁶. Alors que les anciens articles L. 781-1 et L. 782-1 du Code du travail retenaient un large champ d'application des dispositions légales au profit des gérants, les articles L. 7321-1 et L. 7322-1 selon lesquels « *les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre* » (nous soulignons), ont une approche plus restrictive. Par conséquent, l'on aurait pu croire que les dispositions auxquelles le « présent titre » ne renvoyait plus, étaient exclues. Ce n'est pas la position de la Cour de cassation qui a décidé en assemblée plénière qu'« *il résultait des [articles L. 7321-1 et L. 7322-1 du Code du travail qui ne renvoyaient plus aux dispositions relatives au statut protecteur des salariés élus], issus d'une codification à droit constant, que les gérants non-salariés de succursales de maison d'alimentation de détail peuvent se prévaloir de l'ensemble des dispositions légales relatives aux institutions représentatives du personnel, sous réserve des aménagements expressément prévues par les dispositions* »⁵⁷ (nous soulignons). Cet arrêt est symptomatique d'une mise en balance entre l'extension et le cantonnement du périmètre d'application du droit du travail aux gérants de succursale. D'un côté et malgré la recodification, la jurisprudence antérieure selon laquelle l'ensemble des dispositions du Code du travail bénéficie aux gérants de succursale est sanctuarisée. D'un autre côté, la « réserve » finale rabote le périmètre d'application du droit du travail. Sans toutefois inverser le principe, ces réserves sont de plus en plus caractérisées au sein de la jurisprudence.

17. - Reflux. Il est indéniable que certaines règles du droit du travail ne s'appliquent pas aux gérants de succursale. Pour autant, l'exclusion de ces règles devrait être stricte. Ce n'est pas la tendance actuelle de la jurisprudence qui interprète de plus en plus largement le cantonnement du périmètre d'application des règles du droit du travail au regard de la spécificité du statut de

⁵² « Les juridictions sociales appliquent, là encore, de manière extensive ces mesures de droit social sans réaliser les adaptations que requerrait la situation du distributeur non salarié » : D. Ferrier, « Pour une juste application du droit social aux distributeurs », *D.* 2017, p. 2495.

⁵³ Soc., 9 janvier 1975, n° 74-60.131, *Bull. civ.* V, n° 145.

⁵⁴ Soc., 21 mai 1981, n° 80-60.251, *Bull. civ.* V, n° 447.

⁵⁵ Soc., 15 mai 2007, n° 06-40.872, *Bull. civ.* V, n° 78 : *JCP S* 2007, 1586, note Th. Lahalle ; 5 octobre 2016, n° 15-22.730, publié.

⁵⁶ Sur cette évolution des textes, v. not. N. Ferrier, « À propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail », *D.* 2008, p. 2011.

⁵⁷ Ass. plén., 9 janvier 2015, n° 13-80.967, *Bull. A.P.*, n° 1 : *RDT* 2015, p. 183, note N. Ferrier ; *Lexbase hebdo éd. sociale*, n° 598, 22 janvier 2015, note G. Auzero ; *JCP S* 2015, 1098, note Th. Lahalle.

gérant, alors que les textes n'envisagent pas une telle interprétation. Deux exemples permettent d'illustrer nos propos. En premier lieu, la Cour de cassation a récemment décidé que l'obligation de reclassement en matière d'inaptitude du gérant non-salarié « s'exécute néanmoins dans le cadre du statut défini par l'article L. 7322-2 du Code du travail, de sorte que l'entreprise propriétaire de la succursale n'est pas tenue d'étendre sa recherche aux emplois relevant d'un autre statut »⁵⁹. Concrètement, l'entreprise tête de réseau n'a pas à proposer des emplois salariés au titre de son obligation de reclassement mais uniquement des emplois d'indépendants. Il s'agit là d'une « lecture sinon contraire à la lettre de la règle sociale, du moins restrictive »⁶⁰, car la philosophie de l'obligation de reclassement est de sauvegarder l'emploi « coûte que coûte », quitte à proposer à un indépendant un emploi salarié. En second lieu, la jurisprudence refuse d'assimiler les gérants de succursales à des cadres salariés lors de l'application des conventions collectives d'entreprise⁶¹. Pour identifier les dispositions conventionnelles dont relèvent les gérants de succursales, il faut donc distinguer selon qu'elles sont catégorielles ou intercatégorielles. Concrètement, une prime de salissure ne sera pas applicable au gérant de succursales, tandis que des stipulations relatives à la santé et la sécurité pourront l'être⁶². On comprend que les partenaires sociaux n'ont pas nécessairement envisagé qu'un accord collectif d'entreprise puisse s'appliquer à des commerçants⁶³ ou que certaines clauses soient incompatibles avec la qualité de directeur d'établissement, mais le statut social du gérant de succursale devient inintelligible lorsqu'il s'agit de délimiter le catégoriel de l'intercatégoriel⁶⁴. Il est temps semble-t-il de refondre le statut social applicable aux dirigeants de succursale.

B- L'articulation du droit du travail avec les règles civiles ou commerciales

18. - Si les règles civiles ou commerciales continuent à régir la relation entre le fournisseur et le gérant de succursale malgré l'application du droit du travail, c'est parce que la logique à l'œuvre est celle d'une co-qualification (1). Sa mise en œuvre à travers la cohabitation des différents types de règles pose difficultés (2).

1) Le fondement de l'articulation : la co-qualification

19. - Il est rare que des parties à un contrat de distribution se soumettent volontairement au statut légal de la gérance de succursale⁶⁶. Les têtes de réseaux cherchant le plus souvent à échapper aux contraintes de la législation sociale proposent plutôt à leurs affiliés de conclure des contrats de type franchise, concession ou location-gérance, relevant du droit civil ou du droit commercial. Lorsque le juge social applique *a posteriori* le statut social de gérant de succursale, *quid* de cette relation commerciale originaire ? Se maintient-elle ou est-elle remplacée par la nouvelle relation « quasi-salariée » ?

⁵⁹ Soc., 15 septembre 2021, n° 20-14.064, publié : *JCP E* 2021, 1519, note L. Bettoni ; *JCP S* 2021, 1252, note Th. Lahalle ; *BJT*, novembre 2021, p. 13, note S. Ranc.

⁶⁰ L. Bettoni, *ibid.*

⁶¹ Soc., 12 janvier 2011, n° 09-70.156, *Bull. civ. V*, n° 20 ; 15 janvier 2014, n° 11-11.223, *Bull. civ. V*, n° 22 : *JCP S* 2014, 1265, note M. Content et J.-F. Césaró.

⁶² Soc., 26 octobre 2011, n° 10-14.175, *Bull. civ. V*, n° 244.

⁶³ G. Auzero, « Gérants de succursales : la confusion des genres », *RDT* 2009, p. 373.

⁶⁴ Dans la mesure où le gérant de succursale ne peut pas bénéficier des *minima* conventionnels, il faut comparer sa rémunération à « une autre personne exerçant la même fonction ». Soc., 20 février 2013, n° 11-26.855, *Bull. civ. V*, n° 55 ; 16 septembre 2015, n° 14-17.371, *Bull. civ. V*, n° 170. Cette solution ne présente pas non plus l'avantage de la facilité.

⁶⁶ Le contre-exemple d'une soumission volontaire est le Groupe Casino qui a fait le choix de confier la gestion de ses plus petits points de vente (« supérettes ») à des gérants non-salariés.

20. - La soumission volontaire ou forcée du gérant de succursale au droit social ne signifie pas que celui-ci entre dans la catégorie de salarié, compte-tenu de l'absence de subordination juridique. Par conséquent, il n'y a pas de requalification du contrat unissant le fournisseur de marchandises à l'intéressé en contrat de travail. Comme l'a affirmé la chambre commerciale de la Cour de cassation, « *le statut de gérante de succursale reconnue à [une personne physique], bien que caractérisé par la dépendance économique de celle-ci à l'égard [du fournisseur], laissait subsister entre ces deux personnes distinctes l'existence de relations commerciales* »⁶⁸. La technique consiste donc en un cumul de qualifications ou une « *co-qualification* », c'est-à-dire que la qualification de gérant de succursale « *s'ajoute à celle issue du droit commercial* »⁶⁹. Maintenu, le contrat de franchise, de concession, de location-gérance initialement conclu entre le fournisseur et le gérant de succursale est censé continuer à produire ses effets.

21. - Une telle analyse est-elle remise en cause lorsqu'une société s'interpose entre le fournisseur et la personne physique réclamant la qualité de gérant de succursale ? Depuis une dizaine d'années, il est acquis que la conclusion du contrat de distribution avec une personne morale n'est pas un obstacle à l'application du régime du gérant de succursale, le statut social pouvant être reconnu au dirigeant personne physique de cette société lorsque le contrat a été conclu en considération de la personne du représentant légal⁷⁰, et même au salarié exerçant la direction de fait de la société partenaire⁷¹. Selon la Cour de cassation, l'écran d'une personne morale ne change rien à l'analyse : « *le statut de gérante de succursale reconnu à [une personne physique], bien que caractérisé par la dépendance économique de la société [distributrice] à l'égard de la société [animatrice du réseau], laissait subsister la personnalité morale de la société dépendante, et l'existence, entre ces deux personnes morales distinctes, de relations commerciales* »⁷². Il en résulte que les droits et les obligations qui peuvent naître de cette relation originaire entre deux personnes morales subsistent ainsi que les sûretés qui y sont attachées⁷³. De même, parce que l'identité de la société cocontractante d'origine est maintenue, la nullité pour erreur sur la personne ne saurait être obtenue par le fournisseur du fait que la qualité de gérant de succursale a été reconnue au dirigeant⁷⁵.

2) *La mise en œuvre de la co-qualification*

22. - Par la co-qualification, l'acte juridique conclu à l'origine entre le fournisseur et le distributeur-gérant se trouve soumis à deux corps de règles, en l'occurrence les règles de droit civil ou commercial régissant le contrat de franchise, de concession ou de location-gérance et les règles de droit du travail issues de l'article L. 7321-3 du Code du travail. En cas de concours de normes pouvant s'appliquer à un même acte juridique, le principe demeure celui du cumul⁷⁶. Par exemple, si le distributeur-gérant a droit au salaire minimum, il n'en est pas moins responsable du déficit d'inventaire dont il peut être contractuellement tenu⁷⁷ ou du déficit de gestion pesant sur les mandataires ou les dépositaires⁷⁸. Toutefois, la combinaison des règles

⁶⁸ Com., 4 mai 2017, n° 15-20.689, inédit : CCC 2017, comm. 148, obs. M. Malaurie-Vignal.

⁶⁹ J.-F. Césaro, « Le gérant de succursale : à propos d'un exercice juridique de co-qualification », *op. cit.*, spéc. n° 8.

⁷⁰ Soc., 26 novembre 2008, n° 06-45.104 : *Bull. civ.* V, n° 235.

⁷¹ Paris, 15 janvier 2020, n° 17/11510 : *Lettre distrib.* 2020/2, obs. L. Bettoni.

⁷² Com., 13 décembre 2017, n° 16-12.477 : *Lettre distrib.* 2018/1, obs. L. Bettoni.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁵ Com., 11 décembre 2019, n° 18-10.790, publié.

⁷⁶ « Lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens élémentaire de ce double don est le cumul » : J. Carbonnier, *RTD civ.* 1961, p. 322.

⁷⁷ Soc., 20 janvier 1993, n° 89-45.262, inédit : *D.* 1993, p. 414, note J. Ghestin et Ph. Langlois.

⁷⁸ Soc., 22 octobre 1980, n° 78-14.596 : *Bull. civ.* V, n° 757.

civilo-commerciales et sociales peut s'avérer complexe compte tenu du caractère impératif de ces dernières⁷⁹. En cas d'antinomie entre deux dispositions, la norme d'ordre public prime⁸¹. Ainsi, en matière de déficit d'inventaire ou de gestion, le gérant doit conserver quelle que soit l'importance du déficit imputable, sauf faute lourde, une rémunération au moins égale au SMIC, de sorte qu'il n'est tenu au remboursement du déficit que sur la partie excédentaire de ses commissions⁸³. Afin qu'il ne soit pas porté atteinte au droit au salaire du gérant de succursale, les tribunaux s'assurent que les bénéficiaires commerciaux tirés de l'exploitation de l'activité commerciale sont au moins égaux au salaire minimal que le distributeur-gérant était en droit de percevoir⁸⁴. De même, la rupture du contrat de distribution obéissant désormais aux règles du droit du travail, le distributeur doit respecter le droit du licenciement et non les exigences de droit commun. Partant, si la rupture d'un accord de distribution est mise en œuvre par le fournisseur sans motif ni indemnité⁸⁵, elle sera rétrospectivement analysée par le juge social en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ouvrant droit aux indemnités subséquentes. C'est dire que le statut de gérant de succursale remodèle le contrat de distribution et déjoue les prévisions initiales des parties.

23. - Un cran de difficulté supplémentaire est franchi lorsqu'une personne morale est interposée entre le débiteur des obligations issues du droit du travail et le gérant de succursale. Dans le dessein de réduire les indemnités à verser dans le cadre d'un contentieux prud'homal, les fournisseurs assignés font valoir que les rémunérations perçues par les gérants de succursales en leur qualité de dirigeants des sociétés distributrices doivent être déduites des indemnités réclamées au titre de l'article L. 7321-2 du Code du travail. Dans le même ordre d'idées, certains fournisseurs condamnés lors du contentieux prud'homal tentent de se « renflouer » devant les juridictions commerciales en réclamant aux sociétés distributrices le remboursement des revenus commerciaux qui leur ont été versés durant l'exécution du contrat de distribution sur le fondement de l'enrichissement injustifié. La Cour de cassation ne leur a pas donné raison. Concernant le contentieux prud'homal, elle a rejeté la compensation entre les sommes versées à des époux pour leur mission de représentants légaux de la société et pour leur gestion de la station-service et celles dues au titre des salaires par le pétrolier⁸⁶. Concernant le contentieux commercial, elle a décidé que le fournisseur n'est pas davantage admis à réclamer à la société cocontractante le reversement des sommes ayant rémunéré les prestations qu'elle a

⁷⁹ C. trav., art. L. 7321-5.

⁸¹ Une difficulté va cependant surgir lorsque la co-qualification met en présence d'autres règles d'ordre public que celles du droit du travail. Tel est le cas lorsque l'intéressé cumule les conditions d'application des statuts de gérant de succursale et de gérant-mandataire de fonds de commerce (C. com., art. L. 146-1 et s.). Les auteurs sont divisés sur la question. Pour les uns, la *ratio legis* commande une application exclusive des règles des gérants mandataires dès lors que les parties ont voulu opter pour un statut créé pour offrir aux entreprises organisées en réseaux une alternative aux règles du droit du travail (J-F. Césaro, *op. cit.*, spéc. n° 8). Pour d'autres, les deux qualifications doivent s'appliquer de concert, en retenant pour chaque question le régime le plus favorable (N. Ferrier, « Contrat de gérance-mandat », *J.-Cl. com.*, fasc. 323, 2019, n° 113). La Cour de cassation a déjà appliqué le statut de la gérance de succursale à un contrat de gérant-mandataire (Civ. 2^{ème}, 8 novembre 2012, n° 11-23.638, inédit).

⁸³ Soc., 20 janvier 1993, n° 89-45.262, inédit ; 22 octobre 1980, n° 78-14.596 : *Bull. civ. V*, n° 757.

⁸⁴ Mais le gérant ne peut obtenir, au cours d'une même période, le cumul des sommes qui lui étaient dues à titre de salaires et de celles perçues à titre de bénéfice commercial : Soc., 7 mars 1979, n° 77-10.382 : *Bull. civ. V*, n° 213.

⁸⁵ Par jeu d'une clause résolutoire insérée au contrat de distribution ou de la faculté légale de résiliation unilatérale d'un CDI.

⁸⁶ Soc., 7 décembre 2017, n° 16-18.669 et 16-18.670, publié : *JCP S* 2018, 1035, note Th. Lahalle.

effectuées en exécution du contrat de distribution, et ce au nom du caractère d'ordre public du statut de gérant de succursale, « auquel il ne peut être porté atteinte, même indirectement »⁸⁷.

24. - De telles solutions ont été critiquées parce qu'elles conduisent le fournisseur à payer deux fois la même prestation⁸⁸. Cependant, elles peuvent se justifier sur un plan technique par l'autonomie des liens noués par le fournisseur. Si les rémunérations versées au distributeur et les créances salariales du gérant de succursale peuvent se cumuler, c'est parce que ces droits naissent d'actes juridiques distincts. Les premières résultent de la relation de distribution établie initialement et maintenue entre le fournisseur et le distributeur, tandis que les secondes découlent de la relation de « quasi-salariat » reconnue par le juge social entre le fournisseur et le gérant personne physique du distributeur. Suivant cette analyse, l'enrichissement du gérant serait parfaitement justifié contractuellement et légalement : par l'application du contrat de distribution d'une part ; par les dispositions du Code du travail applicables aux gérants de succursale d'autre part. De même, parce que les parties aux deux relations sont différentes, la compensation issue de l'article 1347 du Code civil ne peut jouer faute d'obligations réciproques entre le fournisseur et le dirigeant du distributeur.

25. - En somme, la co-qualification procéderait de modalités différentes selon la configuration des rapports entre le fournisseur et le gérant de succursale. Sans interposition de personne morale, il s'agirait d'un acte juridique unique soumis à la fois au droit civil ou commercial et au droit du travail. En présence d'une personne morale interposée, il y aurait en revanche coexistence de deux actes distincts, en l'occurrence le contrat de distribution soumis au droit civil ou commercial et le contrat de gérant de succursale régi par les dispositions travaillistes. Aussi séduisante soit-elle, cette analyse ne permet cependant pas de remédier à toutes les difficultés. En effet, si la double relation permet d'apporter une justification à la conservation par le gérant des revenus commerciaux, elle est contredite par le fait que le juge, pour s'assurer du respect du droit du licenciement, se fonde sur les conditions de la rupture du contrat de distribution⁸⁹. De surcroît, c'est bien à partir de ce contrat de distribution que les conditions d'application du statut de gérant de succursale sont vérifiées. En outre, l'approche différenciée de la co-qualification selon la présence ou non d'une société « écran » est susceptible d'engendrer des effets indésirables. Dans l'hypothèse où un lien contractuel existe déjà entre le fournisseur et la personne physique obtenant le statut de gérant, un principe de « non-cumul des avantages du salariat et de ceux du travail indépendant »⁹¹ s'applique⁹², obligeant le gérant à prouver au moyen de sa comptabilité que les bénéfices obtenus de l'exploitation du point de vente étaient inférieurs au salaire minimal qu'il était en droit de percevoir⁹³. Par conséquent, les promoteurs de réseaux auraient tout intérêt, afin d'atténuer les conséquences pécuniaires de l'application du droit social, à ce que leurs partenaires n'exploitent pas leur entreprise en société. En allant plus loin, des fournisseurs pourraient privilégier les entreprises individuelles au détriment des entreprises sociétaires dans le choix de leurs distributeurs.

26. - En définitive, les variations dans l'application du droit du travail et dans l'appréhension de la co-qualification ont conduit à l'édifice d'un régime du gérant de succursale instable,

⁸⁷ Com., 11 déc. 2019, n° 18-10.790, publié : *D.* 2020, p. 51, note C. Grimaldi ; *AJ contrat* 2020, p. 95, obs. N. Dissaux, *JCP E* 2020, 1085, note L. Bettoni. Cet arrêt a été rabattu par Com., 12 févr. 2020, n° 18-10.790, publié : *AJ Contrat* 2020, p. 201, note D. Mainguy. .

⁸⁸ N. Ferrier, *op. cit.* ; D. Mainguy, *ibid.* ; C. Grimaldi, *op. cit.*

⁸⁹ Montpellier, 27 septembre 2017, n° 17/00371 : *Lettre distrib.* 2017/11, obs. L. Bettoni.

⁹¹ Expression empruntée à M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999, n° 433.

⁹² Soc., 7 mars 1979, n° 77-10.382 : *Bull. civ.* V, n° 213.

⁹³ Soc., 6 février 1980, n° 78-15.147 : *Bull. civ.* V, n° 114.

complexe, source d'insécurité juridique et perméable aux stratégies de contournement. Un chantier législatif doit s'ouvrir pour remédier aux inconvénients d'un statut qui, en l'état, ne satisfait personne, ni les gérants de succursale ni les têtes de réseau.

II- La remise en ordre

27. - À l'occasion de la recodification du Code du travail de 2008, les textes relatifs à la gérance de succursale avaient été révisés. On l'a dit, les modifications apportées sont cependant demeurées strictement formelles, la Cour de cassation ayant précisé que cette recodification s'était faite à droit constant sans changement au fond des règles applicables. La remise en ordre proposée et soumise aux débats est d'une autre nature puisqu'il s'agit d'une refonte en profondeur du régime de gérant de succursale. L'exposé de la méthode de cette réforme (A) précédera l'esquisse de son contenu (B).

A- La méthode de la réforme

28. - Au préalable, il est nécessaire de renverser la représentation que se font les acteurs du statut de gérant de succursale. Il s'agit de passer d'une représentation punitive de ce statut à une technique d'organisation du réseau de distribution. En pratique, la reconnaissance du statut de gérant de succursale est souvent demandée après la rupture de la relation commerciale, contribuant ainsi à son image sanctionnatrice. Pourtant, chacun des acteurs dispose d'un intérêt à reconnaître le statut de gérant de succursale dès le début de la relation commerciale. Du point de vue des gérants, le souci de protection est évident. Du point de vue des réseaux de distribution, le statut permet de légitimer et de renforcer leur contrôle à l'encontre du gérant. Pour convaincre les acteurs et surtout les têtes de réseau, encore faut-il que le nouveau statut légal soit intelligible, global, accessible et efficace.

29. - Intelligibilité. Il est grand temps de réformer le statut du gérant de succursale, non pas parce que ses origines seraient lointaines voire « obscures », mais parce que son régime juridique est devenu, au fil des arrêts, complexe pour ne pas dire inintelligible. La Cour de cassation a pourtant refusé de transmettre une QPC car les termes issus de l'article L. 7321-2 du Code du travail « *tels qu'interprétés à de nombreuses reprises par la Cour de cassation, ne sont ni imprécis, ni équivoques* »⁹⁷. Mais cette QPC ne portait que sur les critères de qualification du gérant de succursale et non pas sur son régime juridique. Il faut donc *a minima* reprendre le régime des gérants de succursale⁹⁸.

30. - Dans la mesure où le régime légal est quasiment le même entre le statut de droit commun du gérant de succursale et le statut de gérant non-salarié de commerce de détail alimentaire⁹⁹, il serait judicieux d'unifier ces deux régimes en un seul régime légal en ce qui concerne les grands principes, ce qui n'empêcherait pas ensuite d'utiliser la négociation collective pour adapter le reste. L'objectif serait de passer d'un régime légal hétérogène à un régime homogène¹⁰⁰. Il faudrait profiter de cette réforme législative pour réécrire les dispositions en

⁹⁷ Soc., 28 septembre 2010 (3 arrêts), n° 10-40.027, inédit ; n° 10-40.028, inédit ; n° 10-14.175, inédit.

⁹⁸ Ce qui n'empêcherait pas en même temps de revenir sur les critères de qualification.

⁹⁹ « Compte tenu de ces applications extensives du Droit social, on peut se demander s'il existe une différence entre le régime du gérant salarié et celui du gérant non salarié ou distributeur exclusif ou quasi-exclusif » : D. Ferrier, « Les gérants de succursales », in *La force de vente de l'entreprise et le droit du travail*, Litec, 1992, p. 47, spéc. p. 61.

¹⁰⁰ Nous souscrivons pleinement au propos du Professeur Pagnerre, selon lequel il est temps de « réfléchir à créer, dans le Code du travail ou dans le Code de commerce, un régime général et cohérent des travailleurs indépendants économiquement dépendants comprenant une protection individuelle et des garanties collectives adaptées (sans renvoyer de manière simpliste au droit du travail) définies de manière supplétive

conservant le principe selon lequel l'ensemble du Code du travail s'applique aux gérants de succursale, mais en étant beaucoup plus précis sur les dispositions à exclure. Cette réforme serait aussi l'occasion d'envisager le lien avec les différents statuts commerciaux que peut revêtir le gérant de succursale.

31. - Globalité. En l'état, le régime légal de la gérance de succursale est lacunaire sur l'articulation du droit du travail avec les règles civilo-commerciales demeurant applicables au gérant. Curieusement situé dans la partie spécifique aux gérant non-salariés de succursales de détail alimentaire, seul article L. 7322-5 du Code du travail effleure la question en disposant que « *les litiges entre les entreprises et leurs gérants non salariés relèvent de la compétence des tribunaux de commerce lorsqu'ils concernent les modalités commerciales d'exploitation des succursales* » et « *de celle des conseils de prud'hommes lorsqu'ils concernent les conditions de travail des gérants non salariés* ». Pourtant, l'application combinée du droit du travail et du droit civil ou commercial continue de soulever d'épineuses difficultés. La réforme devrait être pensée globalement et envisager par conséquent les suites de la co-qualification.

32. - Accessibilité. La prise en compte des liens entre le droit du travail et le droit civil et surtout le droit commercial passe également par le choix du code pour accueillir la réforme. Le statut de gérant de succursale se situe aujourd'hui dans le Code du travail, plus précisément au sein de la 7^{ème} partie relative aux « dispositions particulières à certaines professions et activités ». Dans cette partie, on retrouve diverses professions qui oscillent entre la qualité de salarié et d'indépendant. Cette réforme permettrait de sortir les gérants de succursale de cette partie « fourre-tout » du Code du travail et de les insérer dans le Code de commerce. Ce transfert contribuerait à la clarté du dispositif car une bonne partie des gérants concernés sont à l'origine des commerçants.

33. - Efficacité. La place dans un code ou un autre est insuffisante en elle-même pour que le statut de gérant de succursale soit utilisé par les acteurs. Il faut que le dispositif assure un équilibre des intérêts en présence. Sur ce point, la solution pourrait provenir de la norme conventionnelle dans la mesure où ce sont les parties qui déterminent elles-mêmes la norme sociale applicable¹⁰². Cela ne signifie pas pour autant que le législateur délègue tout pouvoir aux partenaires sociaux. Il doit conserver la main en déterminant les marges de manœuvre dont disposent les partenaires sociaux.

34. - Les partenaires sociaux de la branche de commerce de détail alimentaire ont bien saisi l'intérêt de la norme conventionnelle. Le préambule de l'accord du 18 juillet 1963 précise à cet égard que « *les parties ont la volonté expresse de valoriser la fonction de gérant mandataire non salarié par des garanties sociales et commerciales adaptées aux conditions spécifiques du métier. Elles ont décidé d'instituer ces garanties par la voie conventionnelle qui paraît la mieux adaptées à la solution des problèmes posés* » (nous soulignons). La réforme pourrait s'inspirer

par la loi, tout en offrant à la négociation collective (entre indépendants et chef de réseaux) la faculté de les aménager librement » : Y. Pagnerre, « La représentation collective dérogatoire des gérants de succursales », *JCP S* 2021, 1186.

¹⁰² « Le moyen le plus efficace, c'est toutefois la négociation collective. Deux raisons complémentaires justifient son recours : d'un côté, celle-ci assure l'équilibre des pouvoirs, le contrat pouvant alors aisément faire la loi des parties. De l'autre, elle peut définir non seulement définir des avantages minima pour corriger les effets d'une relation individuelle déséquilibrée, mais encore des rapports collectifs, au cas précis entre une compagnie et ses agents généraux. L'accord conventionnel contribue alors à l'organisation d'une filière » : J. Barthélémy, « Une convention collective de travailleurs indépendants ? Réflexions à propos des accords du 16 avril 1996 fixant le statut des agents généraux d'assurance », *Dr. soc.* 1997, p. 40.

de ces deux conventions collectives nationales préexistantes du 18 juillet 1963 et du 12 novembre 1951 tout en améliorant le dispositif conventionnel sur lequel elles reposent¹⁰⁴.

35. - En effet, les partenaires sociaux disposent à ce jour d'une très (trop) grande autonomie collective¹¹⁰. Par exemple, il n'est pas certain que le principe de faveur ait été respecté pour interpréter l'avenant n°68 du 26 novembre 2018 prorogeant la représentation des gérants de succursales lors de la mise en place des CSE¹¹¹, ou lorsque la jurisprudence a validé la clause selon laquelle « *en cas de gérance normale, le montant de la rémunération garantie s'entend de la rémunération garantie non à chacun des cogérants mais à l'ensemble des cogérants* »¹¹². Concrètement, cette solution aboutit à ce que deux cogérants se partagent *a minima* 1269,02 euros nets par mois¹¹³. Elle est donc loin d'être plus favorable qu'un versement individuel du SMIC.

B- Le contenu de la réforme

36. - En s'inspirant des dispositions actuellement réservées aux gérants de succursales de détail alimentaire, le statut homogène de gérant de succursale que nous prônons pourrait consacrer le principe du recours à la norme conventionnelle. Pour autant cette faculté offerte aux acteurs doit y être encadrée afin d'empêcher les entreprises mères, par le truchement de leurs représentants et de leur force de négociation, de priver leurs gérants de la protection offerte par la soumission au droit du travail.

37. - Pour mieux encadrer l'autonomie collective des partenaires sociaux, le législateur pourrait s'inspirer d'une méthode qu'il connaît bien en droit du travail. Cette méthode consiste à distinguer trois types de normes. Il y a d'abord les normes d'ordre public auxquelles les partenaires sociaux ne peuvent pas déroger. Il y a ensuite les normes dont le champ est ouvert à la négociation collective. Il y a enfin les normes supplétives qui s'appliquent à défaut de négociation collective. Dans cette dernière hypothèse, le législateur reprend la main lorsque les partenaires sociaux n'ont pas négocié alors qu'une telle faculté leur était offerte par le législateur. Cette proposition nécessite d'identifier ce qui relève de chacun de ces types de norme.

1) Les dispositions d'ordre public

38. - Le droit à une rémunération au moins égale au SMIC constitue une garantie importante pour les gérants de succursale qui doit demeurer dans le noyau intangible du régime légal. Il serait utile d'inscrire dans le marbre de la loi que la rémunération minimale garantie stipulée par l'accord collectif ne peut jamais être inférieure au SMIC et que les dettes nées du contrat civil ou commercial (déficit de gestion ou d'inventaire, droit d'entrée à paiement différé, etc) ne peuvent amputer les commissions du gérant ou les bénéfices retirés de la vente des

¹⁰⁴ Seul le niveau de la négociation collective de branche sera envisagé. Rien n'empêche les réseaux de distribution de négocier à leur niveau. V. not. S. Ranc, « Le réseau comme périmètre d'application des relations collectives », *Cah. dr. entr.* 2022, à paraître.

¹¹⁰ « Il est remarquable de constater que le législateur permet, pour ces travailleurs indépendants économiquement dépendants, un aménagement large, par voie d'accord collectif, des dispositions légales en matière de représentation élue et syndicale » : Y. Pagnerre, « La représentation collective dérogatoire des gérants de succursales », *JCP S* 2021, 1186.

¹¹¹ Soc., 12 mai 2021, n° 19-23.428, publié : *JCP S* 2021, 1186, note Y. Pagnerre.

¹¹² Soc., 10 octobre 2018, n° 17-13.418, publié.

¹¹³ Au 1^{er} janvier 2022.

marchandises au point de rendre ces rémunérations inférieures au minimum légal. En outre, le droit au SMIC devrait être individualisé. En matière de co-gérance, le législateur devrait assurer à chaque gérant de percevoir une rémunération au moins égale au SMIC sans que les partenaires sociaux ne puissent déroger à un tel droit individuel.

39. - Pourraient également relever de l'ordre public les dispositions derrière lesquelles se situent des droits et des libertés fondamentales consacrés notamment par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (le droit de grève, le principe de participation ou encore la protection à la santé). Concrètement, rien ne doit empêcher le gérant de succursale de bénéficier du statut de salarié protégé¹¹⁶, du droit de grève, d'un minimum de protections en matière de santé et sécurité au travail, ou encore de participer aux élections professionnelles¹¹⁷.

2) *Les dispositions ouvertes à la négociation collective*

En dehors des dispositions d'ordre public, le législateur permettrait aux partenaires sociaux au niveau des branches d'activités d'adapter une partie du régime du gérant de succursale au secteur d'activité concerné. Pour identifier les points sur lesquels les partenaires sociaux pourraient négocier, le législateur pourrait s'inspirer de ce qui existe déjà, et notamment de la convention collective nationale des maisons d'alimentation du 18 juillet 1963. Celle-ci stipule des dispositions protectrices pour les gérants telles que minimum conventionnels garantis¹¹⁸, des garanties d'emploi en cas de fermeture d'une succursale¹¹⁹, une représentation particulière au sein d'un « comité de représentation des gérants mandataires non salariés »¹²⁰, distinct du CSE, ou encore l'organisation d'une représentation directe des gérants avec l'entreprise tête de réseau¹²¹. Mais la convention collective de 1963 contient également des dispositions protectrices pour les réseaux, telles que l'obligation pour le gérant de participer à la politique commerciale¹²², ou l'obligation de saisir une « Commission nationale de Conciliation » pour tous les différents collectifs préalablement à une action judiciaire¹²³.

Une autre question pourrait être réservée à la discussion entre partenaires sociaux. Il s'agit du sort des revenus commerciaux perçus par l'intéressé lors de l'exécution de son contrat de distribution. La convention collective pourrait prévoir que les commissions versées au gérant et les bénéfices retirés par lui de l'exploitation de l'activité commerciale doivent être prises en compte pour s'assurer du respect par le fournisseur de son obligation de lui verser un SMIC ou un *minima* conventionnel. Il serait alors opportun d'aménager la charge de la preuve du respect de cette obligation. Elle pèserait sur le fournisseur si les revenus commerciaux sont des commissions versées par lui, mais incomberait au gérant, par la production de sa comptabilité, si sa rémunération provient des bénéfices retirés de la vente des marchandises dans la succursale. En outre, l'hypothèse de l'interposition d'une personne morale entre le fournisseur et le gérant devrait être envisagée par les partenaires sociaux. Il leur reviendrait de trancher entre la conservation des revenus commerciaux malgré les avantages du droit social, consacrée par la jurisprudence, et le non-cumul de ces sommes, prôné par une majorité de la doctrine commercialiste.

¹¹⁶ Soc., 8 décembre 2009, n° 08-42.089, *Bull. civ. V.*, n° 277 : *RJS* 02/10, rapp. D. Ludet.

¹¹⁷ CC, 19 novembre 2021, n° 2021-947 QPC relative au droit de vote des salariés assimilés à l'employeur.

¹¹⁸ Art. 5.

¹¹⁹ Art. 13, A.

¹²⁰ Art. 36.

¹²¹ Art. 32.

¹²² Art. 33.

¹²³ Art. 37.

3) Les dispositions supplétives

40. - Dans l'hypothèse où les partenaires sociaux n'auraient pas négocié sur un point particulier, parce que par exemple ils ne seraient pas parvenus à s'entendre, c'est le législateur qui reprendrait la main à travers les dispositions supplétives. En droit du travail, une convention collective peut prévoir que le taux de majoration de salaire des heures supplémentaires, sans toutefois que ce taux ne puisse être inférieur à 10 %¹²⁶. À défaut d'accord, les 8 premières heures supplémentaires sont majorées à hauteur de 25 %. Les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50 %¹²⁷. Ces dispositions supplétives pourraient être transposées et adaptées au statut de gérants de succursales, dans l'hypothèse évidemment où les heures supplémentaires leur sont applicables.

41. - En résumé, notre proposition de réforme consiste à créer non pas un statut unique de gérant de succursale, mais un statut légal homogène qui pourrait être adapté par les partenaires sociaux au niveau de chaque secteur d'activité. L'autonomie collective resterait encadrée par le législateur qui fixerait le champ ouvert à la négociation et le délimiterait avec des dispositions d'ordre public et supplétives. Notre proposition reste une ébauche qui mériterait d'être affinée. Formulons le vœu qu'une telle esquisse ne restera pas lettre morte et suscitera le débat !

¹²⁶ C. trav., art. L. 3121-33, I.

¹²⁷ C. trav., art. L. 3121-36.