

PAR JEAN-MARIE LELOUP*

I - Institution d'une « instance de dialogue » au sein des réseaux de franchise

● Conseil constitutionnel, décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016

Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Le Conseil constitutionnel a été saisi, dans les conditions prévues à l'article 61, deuxième alinéa, de la Constitution, de la loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, sous le numéro 2016-736 DC, le 21 juillet 2016 (...).

- Sur l'article 64 :

26. L'article 64 prévoit, dans le premier alinéa de son paragraphe I, sous certaines conditions, la mise en place, dans les réseaux d'exploitants d'au moins trois cents salariés en France, liés par un contrat de franchise, d'une instance de dialogue social commune à l'ensemble du réseau. Cette instance comprend des représentants des salariés et des employeurs franchisés. Elle est présidée par le « franchiseur ». Le deuxième alinéa de ce même paragraphe renvoie à l'accord mettant en place cette instance sa composition, le mode de désignation de ses membres, la durée de leur mandat, la fréquence des réunions, les heures de délégation octroyées pour y participer et leurs modalités d'utilisation.

Ses troisième à cinquième alinéas précisent qu'à défaut d'accord le nombre de réunions de l'instance est fixé à deux par an et qu'un décret en Conseil

d'État détermine les autres caractéristiques de son fonctionnement. Son sixième alinéa détermine les modalités de prise en charge des coûts de fonctionnement. Ses huitième à dixième alinéas lui permettent d'être informée des décisions du franchiseur de nature à affecter les effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés ainsi que de formuler toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés dans l'ensemble du réseau ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale. Le paragraphe II de l'article 64 prévoit l'établissement d'un bilan de la mise en œuvre de cet article.

27. Les députés auteurs de la deuxième saisine et les sénateurs soutiennent que les dispositions de l'article 64 méconnaissent le droit des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail garanti par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Selon eux, la mise en place d'une instance de dialogue social n'est possible que si les salariés y participant appartiennent à la même communauté de travail. Or, une telle communauté n'existerait pas entre les salariés de différents franchisés. Les députés reprochent également à ces dispositions leur inintelligibilité. Les sénateurs estiment pour leur part que l'article 64 porte une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'entreprendre du franchiseur et du franchisé dans la mesure où il leur impose de participer à une instance de dialogue avec les salariés de l'ensemble des franchisés du réseau et d'en supporter les charges de fonctionnement. Ils font enfin valoir que la différence de traitement instituée par cet article, entre les réseaux de franchise et les autres commerces organisés en réseau tels que les coopératives ou concessions, méconnaît le principe d'égalité.

* Jean-Marie Leloup, docteur en droit, est avocat au Barreau de Paris, ancien bâtonnier de l'Ordre de Poitiers.

- En ce qui concerne la méconnaissance du principe d'égalité :

28. Selon l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

29. En imposant aux seuls réseaux d'exploitants liés par un contrat de franchise la mise en place d'une instance de dialogue regroupant les salariés de ces différents exploitants, à l'exclusion des autres formes juridiques de réseaux commerciaux, le législateur a traité différemment des situations différentes. En effet, les caractéristiques des contrats de franchise conduisent à ce que l'encadrement des modalités d'organisation et de fonctionnement des entreprises franchisées puisse avoir un impact sur les conditions de travail de leurs salariés. Cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi tendant à prendre en compte, par la création d'une instance de dialogue social, l'existence d'une communauté d'intérêt des salariés des réseaux de franchise. Par suite, les dispositions de l'article 64 ne méconnaissent pas le principe d'égalité.

- En ce qui concerne l'atteinte à la liberté d'entreprendre et la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence :

30. Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

31. Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. En vertu de cet article, la loi détermine les principes fondamentaux « du régime de la propriété ... du droit du travail ».

32. En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu permettre aux représentants des salariés des employeurs franchisés d'être informés des décisions du franchiseur « de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés » et de formuler des propositions. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

33. En premier lieu, d'une part, selon le premier alinéa de l'article 64, la mise en place de cette instance ne s'impose que si trois conditions sont réunies : le réseau de franchise doit comprendre au moins trois cents salariés en France ; le contrat de franchise doit comporter des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de

travail des salariés des entreprises franchisées ; une organisation syndicale représentative au niveau de la branche ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau doit avoir demandé la constitution de cette instance.

D'autre part, cette instance peut uniquement recevoir des informations relatives à l'action du franchiseur et formuler des propositions de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés du réseau, sans participer par elle-même à la détermination des conditions de travail des salariés, qui relève de l'employeur et des instances représentatives du personnel propres à chaque entreprise franchisée. Ainsi, la création de cette instance de dialogue social ne porte pas en elle-même atteinte à la liberté d'entreprendre.

34. En deuxième lieu, le deuxième alinéa de l'article 64 prévoit que l'accord mettant en place l'instance de dialogue social fixe, outre sa composition, le mode de désignation de ses membres, la durée de leur mandat et la fréquence des réunions, les heures de délégation accordées aux salariés des franchisés pour y participer ainsi que leurs modalités d'utilisation. Le principe même d'un tel accord n'est pas contraire à la liberté d'entreprendre sous réserve que les entreprises franchisées participent à la négociation.

35. À défaut d'accord, le cinquième alinéa dispose que les heures de délégation et leurs modalités d'utilisation sont déterminées par un décret en Conseil d'État. Toutefois, le législateur, compétent pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété et du droit du travail, ne pouvait, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, prévoir l'existence d'heures de délégation spécifiques pour l'instance de dialogue créée sans encadrer le nombre de ces heures. Dès lors, les dispositions du cinquième alinéa de l'article 64 ne sauraient être interprétées comme autorisant le pouvoir réglementaire à prévoir, pour la participation à cette instance, des heures de délégation supplémentaires, s'ajoutant à celles déjà prévues pour les représentants des salariés par les dispositions législatives en vigueur.

36. Sous les réserves énoncées aux paragraphes 34 et 35, les dispositions des deuxième et cinquième alinéas de l'article 64 ne méconnaissent pas la compétence du législateur et ne portent pas atteinte à la liberté d'entreprendre.

37. En troisième lieu, en application du sixième alinéa de l'article 64, à défaut d'accord entre le franchiseur, les représentants des salariés et ceux des franchisés, les dépenses d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement sont mis à la charge du franchiseur. Sauf si les parties en conviennent différemment, le nombre de réunions de cette instance de dialogue est fixé à deux par an. Par ailleurs, sont également mises à la

charge du franchiseur les dépenses de fonctionnement de l'instance. Compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur, dont la portée ne peut qu'être limitée en raison de l'absence de communauté de travail existant entre les salariés de différents franchisés, ces dispositions, qui imputent l'intégralité des dépenses et des frais au seul franchiseur à l'exclusion des employeurs franchisés, portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Les mots « ou, à défaut, par le franchiseur » figurant au sixième alinéa de l'article 64 sont donc contraires à la Constitution.

• En ce qui concerne la méconnaissance du principe de participation des travailleurs :

38. Selon le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

39. Les dispositions de l'article 64 n'ont ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à l'existence et au fonctionnement des instances représentatives du personnel des franchisés et franchiseurs. Le grief tiré de la méconnaissance du principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de leur entreprise doit être écarté.

40. Sous les réserves énoncées aux paragraphes 34 et 35, les dispositions de l'article 64 autres que les mots « ou, à défaut, par le franchiseur » figurant au sixième alinéa de cet article, qui ne sont pas inintelligibles et ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution.

Ainsi, une « instance de dialogue » au sein des réseaux de franchise est instituée.

Déjà l'irréalisme d'une telle idée avait été présenté dès le mois de juin¹. Le cheminement parlementaire du texte, avant son adoption sous le régime de l'article 49-3 de la constitution, n'en a pas rehaussé la qualité.

A - Le champ d'application du texte est délimité par quatre éléments

- Un réseau d'exploitants, c'est-à-dire d'entreprises franchisées indépendantes, employant au moins 300 salariés (1),
- ces exploitants doivent être liés « par un contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du code de commerce » (2),

- ce contrat doit contenir des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées (3),
- une demande faite par une organisation syndicale répondant aux exigences du texte légal (4).

1 - Le nombre de salariés employés par les entreprises du réseau a varié : le chiffre de 300 a été retenu par la loi, il était de 50 dans le texte initial par adoption du nombre de salariés requis pour l'institution dans une entreprise d'un comité d'entreprise.

Tout seuil a un effet répulsif et inhibiteur d'expansion. Le législateur l'a une fois de plus oublié. Sait-il que le nombre de salariés du réseau n'est pas connu précisément du franchiseur : outre que ce nombre est fluctuant (pensons aux saisons touristiques dans la restauration, aux soldes dans les commerces de mode), tout franchiseur veut éviter la sanction frappant le dirigeant de fait en cas de défaillance du franchisé et se garde bien d'intervenir dans l'embauche ou le licenciement du personnel des franchisés.

2 - Des entreprises « liées par un contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du code de commerce » ? L'étudiant appliqué qui lit ce texte se reporte naturellement à l'article L. 330-3 : déconvenue, le contrat de franchise n'y est pas mentionné ! ni aucun autre contrat d'ailleurs, les critères entraînant l'obligation d'information précontractuelle instituée par l'article L. 330-3 conduisant à y inclure des contrats nommés, comme la licence de marque ou la location-gérance de fonds de commerce, et des contrats innommés, comme la concession ou la franchise. Faut-il penser que le législateur leur imposera une définition du contrat de franchise ? Doit-on s'attendre à ce que les rédacteurs de contrats donnent une dénomination autre que celle de franchise ?

L'application de la loi du 4 août 2016 sur ce point ne va certainement pas être aisée.

3 - L'application sera encore plus difficile quant au contenu du contrat : on peut craindre une casuistique relative aux « clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et des conditions de travail dans les entreprises franchisées ». Que penser du contrat qui comporterait les dispositions suivantes : « le magasin du franchisé doit accueillir la clientèle tous les jours ouvrables de 8 heures à 19 heures », mais aussi la clause « le franchiseur est seul maître de l'organisation du travail et de la définition des conditions de travail dans son entreprise » ? L'obligation d'ouverture

1 - Actualité Juridique Contrats d'affaires, juin 2016, p. 308, Entretien avec Jean-Marie Leloup.

n'enlève au franchisé ni la maîtrise des moyens à mettre en œuvre, ni l'organisation et la répartition des heures de travail au sein de son entreprise.

4 - La demande d'une organisation syndicale répondant aux exigences du texte, c'est-à-dire une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau, ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau est-elle assurée ?

On entend dire que cette partie de la loi relative au travail a été conçue pour complaire à une centrale syndicale venue au secours du gouvernement lors des troubles provoqués par cette loi. Il est certain que l'initiative de l'institution de cette « instance de dialogue » n'appartient qu'aux syndicats.

B - La mise en place de l'instance de dialogue

Due à la demande d'une organisation syndicale, comme cela vient d'être dit, la mise en place de l'instance de dialogue va supposer une négociation entre les organisations syndicales à l'origine de la demande et les franchiseurs, mais aussi les franchisés, comme la décision du Conseil constitutionnel le prévoit en son point 34.

Si la négociation aboutit à un accord, sans qu'un délai paraisse fixé pour y parvenir, cet accord règle le fonctionnement de l'instance. Faute d'accord, un décret en Conseil d'État détermine les règles de fonctionnement sans que, le Conseil constitutionnel l'indique parfaitement en son point 35, le nombre d'heures de délégation puisse être augmenté par rapport aux heures déjà prévues pour les représentants des salariés par les dispositions légales en vigueur.

Concernant les frais de fonctionnement, la décision du Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la constitution les mots « à défaut par le franchiseur », c'est-à-dire met à néant la disposition de la loi qui précisait que faute d'accord sur la répartition des frais, c'est le franchiseur qui aurait à les supporter. Le Conseil estime qu'il y avait là une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

C - Le rôle de l'instance

Quant au rôle de cette instance, il peut être résumé dans une obligation d'information pesant sur le franchiseur et dans un pouvoir de proposition accordé à l'instance.

Le franchiseur doit en effet, à chacune des réunions, faire connaître ses décisions de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle de salariés qui ne sont pas les siens, mais ceux des franchisés. Le franchiseur doit de même communiquer des informations sur les entreprises entrées dans le réseau ou l'ayant quitté.

Le pouvoir de proposition reconnu à cette instance est relatif à toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation et les conditions dans lesquelles les salariés des franchisés bénéficient des garanties complémentaires collectives mentionnées à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale.

* *

Quel sera le destin de ce texte dont les rédacteurs semblent ignorer la réalité de la vie des entreprises et l'activité même qu'ils prétendent améliorer :

- c'est une illusion de croire que l'institution même du comité d'entreprise peut, en soi, changer la qualité des rapports sociaux ; France Télécom n'était pas dépourvue d'institutions représentatives du personnel à l'époque où une vague de suicides l'a en-deuillée ;
- c'est une erreur d'oublier que la mission d'une entreprise, ou d'un réseau d'entreprises, est de fournir des biens ou des services et non pas d'organiser des réunions et des dialogues. À charger l'emploi du temps par des structures de proposition, on pèse sur la productivité ou la distributivité de l'entreprise ;
- c'est une carence de ne pas connaître la caractéristique principale et la force des réseaux de franchise : l'indépendance des entreprises qui les composent. La loi du 8 août est une nouvelle intrusion du droit du travail dans le droit de la distribution, intrusion dont le point d'application paraît mal choisi.

II - En peu de mots

Agence commerciale

- Cass. com., 5 avril 2016, pourvoi n° 14-25.989, non publié au bulletin

Mme Mouillard (président), président
SCP Boulloche, SCP Marc Lévis, avocat(s)

La Cour de cassation, chambre commerciale, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Sirius Concept (la société Sirius) a conclu avec M. X... un contrat d'agence commerciale stipulant une clause de confidentialité à la charge de celui-ci ; que se prévalant du non-règlement de commissions, M. X... a assigné la société Sirius en résiliation du contrat aux torts exclusifs de celle-ci et en paiement de commissions et d'une indemnité de cessation de contrat ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses deuxième, troisième et quatrième branches, qui est préalable :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la société Sirius une certaine somme alors, selon, le moyen, que la censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire ; que la cassation qui sera prononcée sur le deuxième moyen de cassation relative à la prétendue méconnaissance par M. X... de son obligation de loyauté emportera la cassation du chef du dispositif condamnant M. X... à payer des dommages-intérêts en raison de son manque de loyauté dès lors qu'il existe un lien de dépendance nécessaire entre ces deux chefs de dispositif, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

Et sur le deuxième moyen, pris en sa cinquième branche :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt retient encore que la rupture du contrat est imputable à une faute grave de M. X... ;

Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de ce dernier qui soutenait que la société Sirius n'avait pas respecté l'obligation d'information prévue par l'article R. 134-3 du code de commerce, le privant ainsi de la possibilité de vérifier le montant des commissions lui revenant et le pénalisant dans l'émission de sa facturation, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Le mandant doit impérativement fournir à l'agent commercial les documents commerciaux ou comptables permettant à l'agent commercial

de vérifier le montant des commissions qui lui sont acquises².

La décision rapportée donne une nouvelle application de ce principe.

La cour d'appel d'Aix avait, le 7 novembre 2013, rejeté partiellement une demande de commissions présentée par un agent commercial et décidé que la rupture du contrat était due à une faute grave de l'agent commercial.

L'arrêt est partiellement cassé pour n'avoir pas répondu aux conclusions de l'agent commercial qui reprochaient au mandant de n'avoir pas tenu compte de factures établissant une créance de commissions au profit de l'agent commercial. L'article R. 134-3 du code de commerce crée une obligation d'information à la charge du mandant, et l'article L. 134-4, lui aussi impératif, dans une formule qui donne l'esprit devant commander toute l'exécution du contrat, dispose que « *Les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et de devoir réciproque d'information* ».

L'arrêt montre que la non-communication des bases des commissions dues à l'agent commercial peut mettre à néant l'imputation de faute grave articulée contre lui.

III - En quelques chiffres

Sur la profession d'agent commercial

La Fédération Nationale des Agents Commerciaux vient de publier une intéressante enquête statistique sur ses adhérents :

- 59 % d'entre eux sont des personnes physiques et 41% des personnes morales ; parmi ces dernières, 4 sur 10 sont des S.a.r.l, 3 sur 10 des S.a.s, et 3 sur 10 d'autres formes sociales ;
- la zone géographique d'activité est régionale pour 51 % des professionnels, nationale pour 30 % d'entre eux et internationale pour 19 % ;
- l'âge moyen d'entrée dans la profession est 43 ans, ce qui établit que le professionnel a déjà une longue expérience en d'autres qualités que celle d'agent commercial.

2 - Cass. com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-10.917, obs. J.-M. Leloup, RJCom. 2012, 2 33 ; Cass. com., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-17.634, obs. J.-M. Leloup, RJCom. 2013, 4 347 ; Cass. com., 25 juin 2013, pourvoi n° 11-25.528, obs. J.-M. Leloup, RJCom. 2013, 6 497.

Il s'agit bien sûr de vrais agents commerciaux et non pas de négociateurs immobiliers ayant reçu cette qualification de la loi « Engagement national pour le logement » du 13 juillet 2006.

Ainsi que l'indiquait expressément l'auteur de l'amendement ayant conduit à cette attribution erronée de la qualité d'agent commercial à des personnes ne répondant pas aux critères de la Directive européenne de décembre 1982, non plus qu'aux articles L. 134-1 du code de commerce, il s'agissait de briser la jurisprudence émise par la Cour de cassation le 7 juillet 2004 et excluant, à juste titre, de la qualité d'agent commercial toute personne agissant professionnellement dans l'immobilier³.

En vérité, ces personnes sont des courtiers opérant pour le compte d'agences immobilières et le plus souvent, des salariés tenus par un lien de subordination dissimulé derrière une inscription au registre spécial des agents commerciaux⁴.

Il y a là un beau terrain de chasse pour les Urssaf.

3 - JCP 2005 II. 10.132, note J.-M. Leloup.

4 - Sur les négociateurs immobiliers habillés faussement en agent commercial voir *Les principaux contrats spéciaux*, par J. Huet, G. Decoq, C. Grimaldi et H. Lecuyer, 3^e édition LJDJ 2012, n°31514 ; *Les agents commerciaux, statut juridique, stratégies professionnelles*, par J.-M. Leloup, 7^e édition, Delmas Dalloz 2015, pages 83 et suivantes.