

2 Commerciaux salariés

	§§		§§
Statut des commerciaux salariés		• Différence avec les VRP:	
• Importance du contrat	910	– coût de la rupture	922
• Quota imposé	911	– période d'essai-Préavis	923
• Convention de forfait:		• Statut social	924
– heures supplémentaires	912	• Statut fiscal	925
– conditions	913		
– forfait mensuel/hebdomadaire ..	914	Requalification des contrats	
– forfait annuel	915	• Contrat commercial	
• Clause de non-concurrence:		ou contrat de travail?	926
– clause valide	916	• Statut de VRP revendiqué	
– clause proportionnée	917	par le salarié	927
– contrepartie financière	918		
– clause éventuelle	919		
– renoncer à la clause	920		
– clause pénale	921		

Statut des commerciaux salariés

Importance du contrat

910 Les commerciaux peuvent être des salariés de l'entreprise au sens du droit commun du travail. Le plus souvent rattachés au service des ventes, les intéressés sont titulaires d'un contrat de travail; cadres ou non-cadres, ils sont placés sous l'étroite subordination de leur employeur dans leur mission de contact avec la clientèle. Ils ne bénéficient pas des avantages du statut des VRP (voir § 917). Ces salariés sont soumis au code du travail, le cas échéant à la convention collective qui leur est applicable, et aux dispositions inscrites dans leur contrat de travail. Ce contrat doit naturellement être rédigé avec soin puisque c'est à ce document que se référeront les juges en cas de litige.

Toute modification substantielle du contrat ne pourra être opérée qu'avec l'accord de l'employeur et du salarié.

Un modèle de contrat d'attaché commercial est donné page 348.

• **Attaché commercial payé au pourcentage.** Un attaché commercial est licencié trois mois après son engagement. Il saisit la juridiction prud'homale pour obtenir le solde de ses commissions. Son contrat prévoyait que sa rémunération était constituée exclusivement d'un pourcentage « sur le chiffre d'affaires hors taxe ». Les juges estiment que cette clause ambiguë doit être interprétée. Selon eux, elle signifie que les commissions doivent être calculées sur les affaires menées à bonne fin. Ils déboutent en conséquence le salarié de sa demande. Cette décision est censurée: la clause prévoyant des commissions sur le chiffre d'affaires ne signifie pas que les affaires doivent être menées à bonne fin. À défaut

de clause expresse, les commissions sont dues au salarié dès lors que la commande est ferme et transmise à l'entreprise (cass. soc. 24 novembre 1998, n° 4820 D).

- **Période d'essai en cas de promotion.** Il peut arriver qu'un salarié, initialement embauché comme attaché commercial, soit ensuite promu à d'autres fonctions, avec conclusion d'un nouveau contrat de travail contenant une nouvelle « période d'essai ». En présence de deux contrats de travail successifs, la période d'essai stipulée dans le second contrat ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures. En clair, il doit retrouver son poste initial, sans quoi l'employeur est condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette solution vaut aussi bien pour un salarié initialement embauché comme attaché commercial puis promu directeur commercial avec conclusion d'un nouveau contrat de travail (cass. soc. 30 mars 2005, n° 758 FSPBRI) que pour un salarié initialement embauché pour d'autres fonctions et qui viendrait ensuite occuper le poste d'attaché commercial.

- **Modifications imposées au salarié.** En cours de contrat, un employeur impose à un attaché commercial de remettre des comptes journaliers d'activité, de prendre son travail au siège avant de partir en tournée, de revenir au siège en fin de journée, de produire un justificatif quotidien détaillé des frais kilométriques. L'employeur exige également des justificatifs de frais kilométriques selon une présentation nouvelle. En conséquence, le salarié ne perçoit ni sa rémunération de juillet 2003 ni le règlement de ses frais professionnels à compter de juin 2003. Les juges concluent que l'employeur a modifié unilatéralement le contrat de travail et que le salarié était en droit de prendre acte de la rupture (cass. soc. 19 juin 2008, n° 07-41516).

Objectifs imposés au commercial

911 Le contrat comportera le plus souvent une clause d'objectif. L'efficacité de ces clauses de quota est réelle mais limitée (voir §§ 579 à 581) :

- l'employeur peut unilatéralement modifier les objectifs à atteindre ;
- un quota non atteint ne constitue pas en soi une cause de licenciement (CA Paris 11 décembre 2007, n° 03-00141) ;
- un quota non atteint ne peut justifier un licenciement que si cet objectif était réalisable et si l'employeur a mis le salarié en mesure de l'atteindre.

Par ailleurs, une rémunération variable, associée au non à un fixe, est très souvent proposée aux commerciaux, tout au moins à ceux chargés de développer une clientèle. Cependant, si l'employeur peut modifier seul les objectifs, il ne peut pas modifier seul des objectifs donnant droit à des primes. En effet, le mode de rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord (cass. soc. 26 avril 2007, n° 05-46016 ; cass. soc. 5 décembre 2007, n° 06-41329).

- **Secteur sans difficulté.** L'insuffisance de résultats peut justifier le licenciement d'un ingénieur commercial si le salarié ne remplit pas ses objectifs, alors qu'il dispose de moyens suffisants, que les objectifs sont réalistes et que le secteur d'activité ne connaissait pas de difficultés de nature à expliquer les résultats (cass. soc. 2 décembre 2003, n° 01-44192).

- **Des objectifs réalistes.** En cas de licenciement prononcé en raison d'un quota non atteint, les juges doivent, en tout premier lieu, rechercher si le quota fixé par l'employeur était, ou non, réaliste (cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-40964 ; cass. soc. 10 octobre 2007, n° 05-45668).

- **Insuffisance professionnelle.** Lorsque le salarié n'a pas atteint l'objectif – réaliste – fixé par son contrat, son licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse si l'insuffisance des résultats a son origine dans une insuffisance professionnelle du salarié (cass. soc. 14 juin 2007, n° 06-42907 ; cass. soc. 3 octobre 2007, n° 06-42121), par exemple, dans une préparation insuffisante des ventes par le salarié (cass. soc. 27 mars 2008, n° 06-44487).

- **Comparaison avec les autres commerciaux.** Un salarié n'avait pas atteint l'objectif fixé mais avait de meilleurs résultats que les autres commerciaux. Son licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse (cass. soc. 29 janvier 2008, n° 06-44224).
- **Rémunération annuelle revue chaque année.** Lorsque le contrat prévoit que la rémunération variable sera fixée dans un accord annuel des parties, il revient au juge de la déterminer à défaut d'accord entre les parties (cass. soc. 11 juillet 2007, n° 06-41733). Cette fixation judiciaire tient compte des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes (cass. soc. 12 mars 2008, n° 06-45846).

Convention de forfait

► Heures supplémentaires

- 912 Même s'ils bénéficient d'une relative indépendance, les commerciaux sont généralement soumis à un horaire de travail (contrairement à la grande majorité des VRP). En conséquence, leur employeur peut, le cas échéant, devoir rajouter à leur rémunération les heures supplémentaires accomplies. C'est pourquoi le mécanisme des conventions de forfait, qui permet à un employeur d'inclure le paiement des heures supplémentaires dans un salaire négocié à l'avance, paraît particulièrement adapté.

→ **EXEMPLE** *Le commercial engagé pour un horaire de 35 h par semaine pour 2 000 € par mois qui effectue 4 heures supplémentaires par semaine en plus doit en recevoir le paiement. Si une convention de forfait de 39 h par semaine a été signée pour une rémunération globale de 2 000 €, le paiement des 4 heures supplémentaires par semaine est inclus dans le salaire.*

► Conditions à respecter

- 913 Toute convention de forfait doit être expressément acceptée par le salarié (c. trav. art. L. 3121-40) dans un écrit (clause du contrat de travail ou signature d'un avenant). La clause doit indiquer clairement le volume du forfait (ex. : 40 heures hebdomadaires), sachant que les forfaits « tous horaires » ne sont pas valables. Par ailleurs, les différents minima salariaux (SMIC et minima conventionnels) doivent être respectés, compte tenu des majorations de salaire attachées aux heures supplémentaires.

► Forfait mensuel ou hebdomadaire

- 914 N'importe quel salarié (cadre ou non) peut valablement signer une convention de forfait en heures, hebdomadaire ou mensuelle (c. trav. art. L. 3121-38). Le volume du forfait doit être quantifié (ex. : 41 h par semaine, 210 h par mois). Le salarié acquiert des droits à contrepartie obligatoire en repos selon les règles de droit commun.

Si le salarié dépasse le forfait convenu, les heures excédentaires doivent être payées en plus, avec les majorations et droits à contrepartie obligatoire en repos correspondants.

► Forfait annuel

- 915 Deux forfaits annuels existent. Ils sont particulièrement adaptés aux commerciaux en raison de l'autonomie dont ils bénéficient. Mais signer de telles conventions de forfait suppose que l'employeur soit couvert par un accord collectif le permettant et que le salarié rentre dans une catégorie visée par l'accord. Cet accord, très encadré par la réglementation (c. trav. art. L. 3121-39), doit notamment

définir précisément les catégories de salariés qui peuvent signer un forfait annuel en jours ou en heures.

- **Forfait en jours.** Le forfait en jours sur l'année (pas plus de 218 jours par an ou le plafond inférieur fixé par l'accord collectif) ne s'adresse qu'à deux catégories de salariés (c. trav. art. L. 3121-43; circ. DGT 2008-20 du 13 novembre 2008) : d'une part, les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable dans le service, l'atelier ou l'équipe auquel ils sont intégrés, d'autre part, les salariés dont la durée du temps de travail ne peut pas être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées. Sous certaines conditions, ces salariés peuvent, avec l'accord de l'employeur, renoncer à une partie de leurs jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire, et à condition de ne pas dépasser le plafond de 235 jours travaillés par an (ou le plafond inférieur ou supérieur fixé par accord collectif) (c. trav. art. L. 3121-45).

Le temps de travail est alors décompté à la journée ou à la demi-journée : il n'y a plus de notion d'horaire de travail, sous réserve du respect des repos minima. La notion d'heures supplémentaires disparaît complètement. En revanche, le salarié doit avoir une rémunération en rapport avec les sujétions qui lui sont imposées (c. trav. art. L. 3121-47).

- **Forfait en heures.** Le forfait en heures sur l'année (par exemple, 1 800 h par an) est ouvert d'une part, aux cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable dans le service, l'atelier ou l'équipe auquel ils sont intégrés, d'autre part, aux salariés qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps (c. trav. art. L. 3121-42; circ. DGT 2008-20 du 13 novembre 2008).

Prévoir une clause de non-concurrence

► Validité de la clause

916 Pour être valable, la clause de non-concurrence d'un salarié doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur. À ce titre, elle est parfaitement envisageable dans le contrat de travail d'un attaché commercial (cass. soc. 28 juin 2000, n° 3096 FD) ou d'un autre commercial dès lors qu'il existe, pour l'entreprise, un risque de détournement de clientèle lors du départ du salarié.

► Adopter une clause proportionnée

917 La clause doit être limitée à la fois dans le temps et dans l'espace ; à défaut, elle est nulle. S'agissant de la limitation dans le temps, il faut noter que la plupart des conventions collectives imposent généralement un maximum de deux ans. Quant à la limitation dans l'espace, la clause doit être restreinte aux lieux dans lesquels le salarié risque effectivement de concurrencer son ancien employeur.

Attention, une clause limitée dans le temps et dans l'espace peut néanmoins porter atteinte à la liberté de travail du salarié (et, par là même, être illicite) si elle ne permet pas à ce dernier de retrouver un emploi conforme à son expérience professionnelle.

- **Clause valable.** Dans une clause de non-concurrence, un directeur du marketing s'engage, en cas de départ, à ne pas entrer au service d'une maison fabriquant des produits identiques ou similaires à ceux de son employeur (secteur de la parfumerie et des cosmétiques). Cette clause (applicable pendant un an en France et dans les autres pays de l'Union européenne) est valable car elle laisse au salarié la possibilité d'exercer des fonctions de directeur de marketing dans toute entreprise relevant d'un secteur autre que celui de la parfumerie et des cosmétiques (cass. soc. 30 janvier 2002, n° 420 FD).

- **Clauses annulées.** Une société de vente d'articles sportifs ne peut imposer à un chef de département une clause de non-concurrence lui interdisant en France et pendant un an d'entrer au service d'une entreprise ayant pour activité principale ou secondaire la vente au détail de vêtements et matériels de sport grand public. En effet, une telle clause ne permet pas au salarié de retrouver un emploi conforme à son expérience professionnelle (cass. soc. 18 septembre 2002, BC V n° 273).

Une clause de non-concurrence interdisait à un salarié d'exercer, pendant trois ans, un emploi conforme à l'expérience professionnelle dans laquelle il avait acquis une technicité et une compétence particulières, non seulement sur le territoire français mais également dans tout autre pays européen où l'employeur, qui avait une implantation internationale, aurait pu exercer ses activités. Cette clause a été annulée car elle était de nature à porter une entrave excessive à la liberté du travail de l'intéressé (cass. soc. 13 juillet 2005, n° 1676 FD).

- **Clause réduite en justice.** La sanction d'une clause non conforme n'est pas toujours la nullité. Ainsi, le salarié d'une compagnie d'assurance-vie (qui souhaitait devenir courtier indépendant) n'a pas obtenu que sa clause de non-concurrence soit purement et simplement annulée; les juges ont réduit cette clause à une interdiction de démarcher les clients de la compagnie d'assurance-vie (cass. soc. 18 septembre 2002, BC V n° 272).

► **Contrepartie financière obligatoire**

918 Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 2002 (BC V n° 239), toute clause de non-concurrence doit, pour être licite, être assortie d'une contrepartie financière (y compris lorsque la convention collective est silencieuse à ce sujet). Pour demeurer valables les clauses de non-concurrence qui ne prévoyaient pas de contrepartie financière ont donc dû être renégociées.

Il est impossible de prévoir un paiement différé de l'indemnité de non-concurrence. Ainsi, une clause de non-concurrence ne peut pas prévoir que la contrepartie financière n'est due qu'à la fin de la période de non-concurrence, ladite contrepartie étant consignée sur un compte bloqué pendant l'intervalle. Une telle clause est nulle (cass. soc. 2 mars 2005, n° 538 FD).

En pratique, sous réserve de respecter les prescriptions conventionnelles en la matière, différentes modalités de versement de la contrepartie financière sont envisageables :

- versement mensuel (ou selon une autre fréquence) pendant la période d'interdiction de concurrence;
- versement en une seule fois lors de la cessation du contrat de travail, mais pas à la fin de l'interdiction de concurrence.

Il est recommandé de privilégier un versement échelonné pendant la durée de l'interdiction de concurrence puisque, en cas de violation de la clause par le salarié, l'employeur n'a qu'à interrompre les versements. Alors que s'il est prévu un paiement en une seule fois lors de la cessation du contrat de travail, il devra agir devant les juges pour récupérer son dû: ce qui est plus long et plus coûteux.

En revanche, depuis un arrêt de principe de 2007, il n'est plus possible de régler la contrepartie par anticipation en cours d'exécution du contrat: son paiement ne peut pas intervenir avant la rupture (cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-45511).

- **Toutes les clauses sont concernées.** Le principe selon lequel la clause n'est valable que si elle est assortie d'une contrepartie financière est applicable à toutes clauses de non-concurrence même si elles ont été signées avant le 10 juillet 2002 (cass. soc. 17 décembre 2004, BC V n° 346).

- **Quel montant prévoir?** Les juges n'ont pas précisé l'importance que devrait avoir la contrepartie financière, ni fixé le principe d'une proportionnalité avec l'étendue de l'obligation de non-concurrence. En pratique, il faudra naturellement respecter la convention collective applicable et, à défaut de précision dans la convention, veiller à ce que le montant ne soit pas dérisoire. La contrepartie doit être en adéquation avec l'importance de l'interdiction de concurrence faite au salarié. En tout état de cause, le montant de la contrepartie financière ne doit pas dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat de travail (cass. soc. 27 mars 2008, n° 06-45752).

- **Exclusion en cas de faute grave: clause nulle.** La clause qui prévoyait que cette contrepartie n'était due qu'en cas de licenciement pour un motif autre qu'une faute grave ou lourde a été annulée (CA Lyon, ch. soc. A, 2 mai 2005, RG 02/02730, BICC 622 du 1^{er} juillet 2005). Dans une affaire similaire, la cour d'appel de Paris avait débouté un chef de secteur des ventes, lié par une clause contractuelle de non-concurrence, de sa demande relative à la contrepartie financière, au motif que le contrat de travail du salarié excluait le bénéfice de cette indemnité en cas de licenciement pour faute grave. Cette décision a été censurée par la Cour de cassation: « la contrepartie financière de la clause de non-concurrence étant une condition de sa validité, le bénéfice de cette contrepartie ne peut pas être subordonné à l'absence de faute grave ou lourde » (cass. soc. 10 décembre 2008, n° 07-41791).

- **Exclusion en cas de licenciement: clause nulle.** Est nulle la clause qui limite le droit à contrepartie aux seuls cas de démission du salarié (cass. com. 27 février 2007, n° 05-44984).

- **Transaction.** À la suite de son licenciement, un chef de délégation régionale perçoit une indemnité transactionnelle « définitive et forfaitaire » de 49 000 €. La transaction prévoit que le salarié est libéré de toute interdiction de concurrence et qu'il renonce à toutes prétentions relatives à son contrat de travail. Cependant, le salarié conteste par la suite la transaction qu'il estime déséquilibrée. Les juges repoussent cette contestation: l'indemnité transactionnelle versée au salarié et la renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence représentent une concession appréciable. La transaction est donc valable (cass. soc. 29 novembre 2007, n° 04-45211).

- **Indemnisation du salarié pour une clause sans contrepartie.** Un salarié demande la condamnation de son employeur à l'indemniser en raison de l'existence d'une clause de non-concurrence sans contrepartie financière. Les juges repoussent cette demande au motif que le salarié ne justifie pas s'être soumis à la clause de non-concurrence. Cette décision est censurée par la Cour de cassation car (cass. soc. 11 mars 2008, n° 06-43910):

- d'une part, l'existence d'une clause de non-concurrence illicite cause nécessairement au salarié un préjudice;

- d'autre part, il incombe à l'employeur qui s'oppose à une demande d'indemnisation, de prouver que le salarié n'a pas respecté son obligation de non-concurrence.

► Nullité des clauses de non-concurrence « en sommeil »

919 La clause aux termes de laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture du contrat de travail, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence est nulle (cass. soc. 12 février 2002, BC V n° 62). Est, de même, nulle la disposition selon laquelle la clause de non-concurrence n'entrera en vigueur que si l'employeur en fait la demande (cass. soc. 12 avril 1995, n° 92-44484). L'employeur ne pourrait pas davantage se réserver la possibilité d'opter pour une clause de non-concurrence au cours de l'exécution du contrat.

Clause nulle. Le contrat de travail d'un salarié engagé comme vendeur technico-commercial contenait une clause de non-concurrence ainsi rédigée « (...) si par démission ou licenciement, il était mis fin au présent engagement, vous vous interdirez de représenter directement ou indirectement sur le secteur concédé, et ce, durant une période de deux années, des maisons fabriquant ou vendant des produits ou du matériel d'usage similaire

à ceux représentés par notre société ». Avait été ajoutée de façon manuscrite la mention suivante: « dans le cas où l'entreprise ferait valoir la clause de non-concurrence, nous nous engageons à rémunérer cette interdiction à concurrence de 50 % du salaire mensuel et ceci pendant toute la durée de l'interdiction (...) ». Une telle clause est nulle puisque l'employeur se réservait « la faculté, après la rupture qui fixe les droits des parties, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence » (cass. soc. 20 avril 2005, n° 893 FD).

► Possibilité de renoncer à la clause

920 L'employeur ne peut pas renoncer unilatéralement à l'application de la clause de non-concurrence (cass. soc. 4 juin 1998, BC V n° 299) et éviter ainsi de payer l'indemnité de non-concurrence. Toutefois, une convention collective ou le contrat de travail peuvent laisser cette faculté à l'employeur (cass. soc. 7 mars 2000, BC V n° 88). La clause précisera dans quelles formes et sous quelles conditions (notamment dans quel délai) cette renonciation pourra avoir lieu en conformité, le cas échéant, avec la convention collective.

► Clause de non-concurrence assortie d'une clause pénale

921 La clause de non-concurrence peut être assortie d'une clause pénale, c'est-à-dire fixer elle-même le montant des dommages-intérêts que le salarié devra verser à l'entreprise s'il viole l'interdiction de concurrence. Toutefois, si ce montant était manifestement excessif, le salarié pourrait demander au juge de le réduire (c. civ. art. 1152).

Différence avec les VRP

► L'enjeu principal pour l'employeur: le coût de la rupture

922 Les VRP bénéficient d'un régime particulièrement favorable lors de la rupture de leur contrat. Ils peuvent prétendre au paiement d'une indemnité de clientèle relativement importante (voir § 618) alors que le licenciement d'un autre commercial ne conduit pas l'employeur au paiement d'une telle indemnité. Toutefois, ce commercial pourra prétendre au paiement de l'indemnité légale de licenciement ou, le cas échéant, à une indemnité conventionnelle de licenciement.

De même, le droit aux commissions de retour sur échantillonnages (voir §§ 601 à 605) n'est pas ouvert aux commerciaux qui ne bénéficient pas du statut de VRP. Toutefois, ces commerciaux ont droit aux commissions sur tous les ordres passés avant leur départ de l'entreprise, même si ces commandes ne sont honorées qu'après leur départ.

L'employeur qui veut éviter le coût d'une indemnité de clientèle (et des commissions de retour sur échantillonnage) n'a qu'une chose à faire: il ne doit pas confier à un commercial une mission qui corresponde à l'activité de VRP. Ainsi, par exemple, si le représentant ne se voit confier ni un secteur géographique ni une catégorie de clientèle, il ne pourra pas prétendre au statut de VRP (sur l'ensemble des critères nécessaires à la reconnaissance de ce statut, voir §§ 415 à 441).

En revanche, même si le contrat de travail qualifie le salarié, par exemple, d'attaché commercial, ce salarié pourra réclamer le statut de VRP (et, par là même, l'indemnité de rupture) dès lors que son activité correspond à celle d'un VRP (voir § 927).

Représentant sans secteur stable. Les fonctions effectivement exercées par un salarié consistent à seconder les chefs de ventes, à assurer l'intérim d'un représentant malade

ou d'un secteur provisoirement sans titulaire. Ces fonctions ne permettant pas au salarié d'apporter personnellement une clientèle ou de la développer, l'octroi d'une indemnité de clientèle ne peut donc pas être envisagé (cass. soc. 22 mai 2001, n° 2229 FD).

► **Période d'essai – Préavis**

923 La période d'essai d'un VRP ne peut jamais dépasser trois mois, même si l'employeur et le salarié sont d'accord pour convenir d'une période plus longue (cass. soc. 23 octobre 1991, BC V n° 441; 22 mai 1995, n° 2207 D). En revanche, la durée de la période d'essai d'un commercial qui ne bénéficie pas du statut relève des règles de droit commun.

Lorsque le salarié est embauché en CDD, la période d'essai prévue dans le contrat ne peut pas excéder une durée calculée à raison d'un jour par semaine, dans la limite de 2 semaines si la durée du contrat ne dépasse pas 6 mois, et d'un mois dans les autres cas (c. trav. art. L. 1242-10 et L. 1242-11).

Lorsque le salarié est embauché en contrat à durée indéterminée, les modalités de la période d'essai sont désormais encadrées par le code du travail (loi 2008-596 du 25 juin 2008, JO du 26). Dans tous les cas, la période d'essai doit être prévue dans le contrat de travail ou dans la lettre d'engagement (c. trav. art. L. 1221-23). Par ailleurs, la durée maximale de la période d'essai est fonction des catégories de salariés (voir tableau ci-dessous) (c. trav. art. L. 1221-19).

Durée maximale de la période d'essai d'un salarié en CDI		
Catégories de personnel	Durée initiale maximale	Durée maximale renouvellement inclus
Ouvriers et employés	2 mois	4 mois
Agents de maîtrise et techniciens	3 mois	6 mois
Cadres	4 mois	8 mois

Lorsqu'il rédige une clause de période d'essai pour une embauché en CDI, l'employeur est tenu par les durées maximales de période d'essai prévues par la loi, sous réserve (c. trav. art. L. 1221-22) :

- des durées plus longues fixées par des accords de branche conclus avant le 26 juin 2008;
- des durées plus courtes fixées par des accords collectifs conclus après le 26 juin 2008, ou fixées par le contrat de travail.

Les dispositions des accords de branche conclus avant le 26 juin 2008 et prévoyant des durées plus courtes que les durées légales restent en vigueur, mais uniquement jusqu'au 30 juin 2009 (loi 2008-596 du 25 juin 2008, art. 2, II).

La période d'essai peut être renouvelée une fois, à la double condition que cette possibilité de renouvellement soit prévue :

- par un accord de branche étendu qui en fixe les conditions et les durées (c. trav. art. L. 1221-21);
- par la lettre d'engagement ou le contrat de travail (c. trav. art. L. 1221-23).

En cas de rupture du contrat de travail pendant la période d'essai, l'auteur de la rupture (employeur ou salarié) doit observer un délai minimal de prévenance, qui dépend du temps de présence du salarié (c. trav. art. L. 1221-25 et L. 1221-26) (voir tableau ci-dessous). Il doit donc informer à l'avance son cocontractant de la rupture prochaine du contrat. Ce délai s'applique aux CDI, mais aussi aux CDD comportant une période d'essai d'une semaine minimum, c'est-à-dire ceux conclus pour une durée d'au moins cinq semaines.

Calculer la durée du délai de prévenance		
Présence du salarié dans l'entreprise	Délai de prévenance	
	Rupture de l'employeur	Rupture du salarié
7 jours maximum	24 heures	24 heures
entre 8 jours et 1 mois	48 heures	48 heures
après 1 mois	2 semaines	48 heures
après 3 mois	1 mois	48 heures

Le délai de prévenance n'a pas pour effet de prolonger la période d'essai, renouvellement inclus, au-delà des maxima légaux (c. trav. art. L. 1221-25 *in fine*). En pratique, cela signifie que l'employeur qui souhaite rompre le contrat pendant la période d'essai ne peut pas le faire au dernier moment, car il risque de manquer du temps nécessaire au respect du délai de prévenance.

Préavis. En matière de préavis, dès lors qu'ils n'ont pas le statut de VRP, les commerciaux ne bénéficient que des dispositions applicables aux salariés ordinaires. Sous réserve d'une clause plus favorable de la convention collective ou du contrat, la durée du préavis de licenciement est donc de deux mois après deux ans d'ancienneté, au lieu de trois mois pour les VRP.

Statut social

- 924** Dès lors qu'il existe un lien de subordination entre le commercial et l'entreprise qu'il représente, celui-ci possède la qualité de salarié et relève en conséquence du régime général de la sécurité sociale.

Statut fiscal

- 925** Les commissions et autres éléments de la rémunération perçus par les représentants sont imposables dans la catégorie des traitements et salaires. La situation fiscale est la même, que le représentant bénéficie ou non du statut de VRP. Il convient donc de se reporter à la fiscalité des VRP (voir § 840) pour connaître celle des autres représentants salariés.

Par ailleurs, l'administration fiscale admet qu'une même personne puisse cumuler des fonctions salariées et une activité d'indépendant : un représentant peut être le salarié de certaines entreprises et le mandataire d'autres (voir § 23).

- **Gérant et représentant.** Un associé-gérant d'une société qu'il représente n'est pas placé dans un état de subordination vis-à-vis de cette société. Mais il n'en conserve pas moins la possibilité de revendiquer la qualité de salarié à l'égard d'autres sociétés vis-à-vis desquelles il se trouve dans l'état de subordination qui caractérise le contrat de travail (CE 4 juin 1969, n° 46793; doc. adm. 5 F 1112-69).
- **Agent commercial et salarié.** Est soumis au régime des BNC le représentant qui ne reçoit que des directives générales le laissant libre de l'organisation de son travail, dispose de locaux professionnels importants signalés par une enseigne et utilise le concours de trois sous-agents et trois employés de bureau. Toutefois, ce représentant est un salarié à l'égard des entreprises avec lesquelles il est lié par des contrats indiquant la nature des marchandises à vendre, la région dans laquelle il doit exercer son activité et le taux de ses commissions (CE 6 mars 1970, n° 72022).

Requalification des contrats

Un commercial peut obtenir des juges le statut de salarié

926 L'entreprise qui entend contracter avec un commercial peut avoir intérêt à conclure avec lui un contrat commercial et non un contrat de travail et éviter ainsi le paiement des charges sociales. Ce type de situation est naturellement très risqué pour l'entreprise. En pratique, le salarié pourra obtenir la requalification de son contrat commercial en contrat de travail :

- soit en démontrant le lien de subordination qui le lie à l'entreprise,
- soit en mettant en avant les articles L. 7321-1 et L. 7321-2, 2° du code du travail.

En application de ces dispositions, le statut de salarié s'applique aux personnes dont la profession consiste essentiellement soit à vendre des marchandises fournies exclusivement (ou presque exclusivement) par une seule entreprise, soit à recueillir des commandes pour une seule entreprise, dès lors que « ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise » (c. trav. art. L. 7321-2, 2°). Lorsque le distributeur invoque l'article L. 7321-2, 2° du code du travail, il n'est pas tenu de démontrer le lien de subordination (cass. soc. 4 décembre 2001, n°s 5035 et 5036).

- **Franchise requalifiée en contrat de travail.** Une société confie à un distributeur la commercialisation de produits cosmétiques en signant avec lui un contrat de franchise puis, dans un second temps, un contrat de location-gérance. À la suite de la résiliation de ce contrat, le distributeur saisit la juridiction prud'homale pour faire requalifier son contrat en contrat de travail. Devant la cour d'appel, il obtient gain de cause. Les juges ont notamment tenu compte du fait que l'aménagement du magasin avait été imposé par la société et que le distributeur devait suivre les opérations promotionnelles lancées par la société (CA Nîmes, ch. soc., 5 juillet 2002, n° 02-3168).

- **Liberté d'approvisionnement du franchisé.** En revanche, le statut de salarié n'a pas été reconnu à un salarié franchisé dès lors que le contrat permettait à celui-ci de s'approvisionner de façon indépendante et que le franchiseur n'était pas son seul fournisseur (cass. soc. 11 octobre 2000, n° 3737 FD).

- **Tarif imposé au franchisé.** Un distributeur immatriculé en tant que franchisé au registre du commerce a obtenu des juges qu'ils reconnaissent sa qualité de salarié. Les deux éléments déterminants ont été les suivants : le franchisé était dans l'obligation d'appliquer un tarif (généralisé à l'ensemble du réseau) et le directeur des ventes (du franchiseur) exerçait sur lui une pression hiérarchique (cass. soc. 18 juillet 2001, n° 3554 FD).

- **Preuve du lien de subordination.** Un commercial, travaillant en tant que « conseiller » pour une agence immobilière, tente d'obtenir le statut de salarié en prouvant qu'il est en réalité lié à l'agence par un lien de subordination. Certes, il n'était pas soumis à un horaire imposé mais il produit des attestations selon lesquelles il était habituellement à l'agence. Ces attestations sont insuffisantes pour démontrer le lien de subordination : le commercial ne démontre pas avoir reçu des instructions, ni avoir été sous la dépendance du gérant de l'agence (CA Paris, 18^e ch., 12 avril 2005, n° 04-38135).

Un commercial peut obtenir des juges le statut de VRP

927 Lorsqu'elle conclut un contrat de travail avec un commercial, l'entreprise peut souhaiter éviter la qualification de « contrat de VRP », cette qualification coûtant plus cher à l'entreprise notamment lors de la rupture du contrat (voir § 922).