

## Regards sur l'indemnité de clientèle des voyageurs représentants placiers

Jean – Marc FOUILLAND

Avocat au barreau de Lyon

\*\*\*\*\*

Le Voyageur représentant placier (VRP) constitue une catégorie particulière de salarié. Prospectant pour le compte d'un ou plusieurs employeurs, le VRP va, au fil du temps, apporter, créer ou développer une clientèle dont les fruits lui reviendront en partie, sous forme de commissions dans un premier temps, mais dont le potentiel et la valeur ajoutée s'exprimeront également dès qu'il se trouvera, volontairement ou non, sur le marché du travail. Compte tenu des liens personnels et économiques, souvent forts, existant entre la clientèle et le VRP, il apparaît tout à fait normal qu'une indemnité vienne réparer le préjudice que celui-ci subit en perdant pour l'avenir le bénéfice de la clientèle qu'il a créée, apportée ou développée. Telles sont les raisons d'être et la logique du mécanisme de l'indemnité de clientèle, prévue aux articles L 7313-13 à L 7313-16 du Code du travail.

Le préambule de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants placiers du 3 octobre 1975 (ANI)<sup>1</sup> précise que l'indemnité de clientèle constitue « une garantie pour les représentants de commerce rémunérés à la commission, ayant créé ou apporté une clientèle, ou développé une clientèle existante ». A ce titre, « elle permet à certains représentants licenciés avant d'avoir, par une exploitation d'une durée raisonnable, tiré les fruits de leur apport, de leur création ou d'un développement

*notable de clientèle, d'être équitablement dédommagés* ». Ceci résume parfaitement la nature et les buts poursuivis par l'indemnité de clientèle : à la fois garantie de maintien de revenus, et donc de train de vie, mais aussi compensation pour la perte financière induite par le licenciement et l'absence d'exploitation de clientèle qui s'ensuit. Dès lors, il n'est pas étonnant que l'indemnité de clientèle possède un caractère d'ordre public, ce qui interdit toute clause contractuelle ayant pour effet de supprimer ou restreindre le droit du VRP à son accès<sup>2</sup>.

L'indemnité de clientèle constitue un problème épineux pour les juridictions du travail qui doivent parfois, en l'absence d'éléments probants suffisants, se livrer à un délicat arbitrage entre volume, origine, création et développement de la clientèle attribuée au VRP, mais aussi exploitation de cette clientèle, gammes de produits vendus, conditions de vente, rentabilité pour le VRP et plus généralement perspectives d'avenir du salarié compte tenu de son âge et de sa situation familiale. On l'aura compris, la parfaite indemnité de clientèle est un vœu pieux. En revanche, l'indemnité équitable est un objectif plus abordable, mais tout aussi complexe tant pour les avocats que pour les juridictions du travail en charge de l'apprécier. Il faut donc bien avoir conscience que les règles d'attribution et de calcul de cette indemnité restent essentiellement jurisprudentielles et donc, comme telles, soumises aux aléas du temps et des affaires jugées. Au cours de cette étude, nous examinerons d'abord les conditions d'ouverture du

<sup>1</sup> Un accord national interprofessionnel du 22 juin 1970 sur la sécurité de l'emploi des voyageurs, représentants et placiers comporte quelques dispositions particulières applicables dans les circonstances de licenciement collectif d'ordre économique.

<sup>2</sup> Cass. Soc. 2 juillet 1959, n° 58-40299.

droit à l'indemnité de clientèle (I), avant de s'intéresser à ses modes de calcul et régime (II) et, enfin, aux différents substituts d'origine légale ou conventionnelle (III).

### I - Les conditions d'ouverture du droit à indemnité de clientèle

L'ouverture du droit à indemnité de clientèle est conditionnée par les dispositions de l'article L 7313-13 du Code du travail. Ainsi, l'indemnité ne peut être versée qu'à un VRP exerçant sous ce statut (A), privé de son emploi par une décision unilatérale justifiée de son employeur (B), et, de ce fait, privé pour l'avenir du bénéfice des commissions perçues sur les commandes de la clientèle qu'il avait apportée, créée ou développée (C), lui occasionnant ainsi un préjudice financier (D).

#### A - La condition préliminaire du statut de VRP

La première condition consiste à réserver l'indemnité de clientèle aux salariés exerçant la fonction de VRP, que cette qualification découle de leurs contrats de travail ou de leurs conditions d'exercice. De ce fait, un salarié ne possédant plus cette qualité au moment du licenciement ne peut prétendre à l'indemnité de clientèle<sup>3</sup>, à moins qu'une clause particulière de son contrat ne le prévoit expressément<sup>4</sup>. Il en va de même pour les salariés qui ne peuvent apporter la preuve d'un exercice professionnel cadrant avec la définition des fonctions de VRP exposées à L 7311-3 du Code du travail<sup>5</sup>.

#### B - Les conditions inhérentes à la rupture du contrat de travail

La rupture du contrat de travail doit être imputable à l'employeur (1) et ne doit pas être motivée par une faute grave du VRP (2). Le cas particulier de l'accident ou de la maladie entraînant une incapacité permanente totale de travail doit être traité à part (3).

##### 1 - L'imputabilité de la rupture à l'employeur

Bien que l'indemnité de clientèle ne soit pas réservée aux seuls VRP titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée<sup>6</sup>, le VRP ne peut prétendre à celle-ci que si son contrat de travail est résilié à l'initiative de

<sup>3</sup> Cass. Soc. 5 novembre 1992, n° 91-44404.

<sup>4</sup> Cass. Soc. 26 juin 1985, n° 83-43048.

<sup>5</sup> Voir par exemple Cass. Soc. 19 mai 2010, n° 08-44442 (salarié sans secteur géographique ne prenant aucun ordre de la clientèle) ; Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 05-45382 (salarié prospectant sur un secteur déterminé et prenant des ordres de la clientèle).

<sup>6</sup> Elle peut être due en cas de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée par l'employeur avant l'échéance du terme ou lorsque, postérieurement à cette échéance, le contrat n'a pas été renouvelé.

l'employeur<sup>7</sup>. Il va donc de soi que l'indemnité de clientèle n'est pas due en cas de décès du VRP<sup>8</sup> ou en cas de survenance d'un événement de force majeure rendant impossible la poursuite du contrat, sans intervention de quelque sorte de l'employeur<sup>9</sup>. *A contrario*, la rupture à l'initiative du salarié prive celui-ci, sous réserve des circonstances de fait ayant amené la décision de départ, du droit à indemnité de clientèle.

Cette condition, pour logique qu'elle soit, laisse toutefois subsister quelques doutes pour certains modes de rupture du contrat de travail. La requalification d'une démission ou l'imputabilité à l'employeur d'une prise d'acte de rupture du contrat de travail n'entraîneront ouverture du droit à indemnité de clientèle que si les griefs qui ont amené l'un ou l'autre de ces moyens de rupture sont fondés. Dans ces hypothèses, la rupture est judiciairement imputée à l'employeur, de sorte que le VRP est éligible à l'indemnité de clientèle<sup>10</sup>. Reste donc au salarié à s'armer de patience en attendant une décision définitive.

Plus complexe est le cas de la rupture d'un commun accord. Si une jurisprudence déjà ancienne prévoyait que l'indemnité n'était pas due lorsque le contrat de travail était rompu d'un commun accord entre l'employeur et le VRP<sup>11</sup>, il est permis de s'interroger sur la portée de cette solution vis-à-vis des cas de rupture d'un commun accord généralement employés actuellement. Il nous semble alors nécessaire de clarifier les réelles motivations des protagonistes et de bien identifier quel est, au final, celui d'entre eux qui se trouve à l'initiative de la rupture.

La rupture conventionnelle visée à l'article L. 1237-11 du Code du travail ne pose guère de problèmes puisque l'équilibre des volontés est réalisé par la possibilité de négocier les conséquences pécuniaires de la rupture, de sorte que le commun accord du licenciement n'intervient que si les parties se sont entendues. Dans ce cas, il n'est pas interdit de penser que le salarié aura pu négocier une indemnité réparant au mieux sa perte de clientèle, conditionnant ainsi son consentement à la rupture et la promesse de ne pas saisir les juridictions prud'homales. En revanche, l'adhésion du salarié à un contrat de sécurisation professionnelle<sup>12</sup> ne devrait pas avoir

<sup>7</sup> Cass. Soc. 29 janvier 1998, n° 94-43835.

<sup>8</sup> Cass. Soc. 20 janvier 1960, n° 58-40767.

<sup>9</sup> Cass. Soc. 5 mai 1993, n° 90-41058 (Retrait d'un agrément administratif accordé au salarié et nécessaire à l'exercice de ses fonctions).

<sup>10</sup> Cass. Soc. 17 mai 2000, n° 98-41488 ; Cass. Soc. 5 décembre 2007, n° 06-44704 ; Voir aussi, Cass. Soc. 4 février 2009, n° 07-40336 (non régularisation de commissions) ; Cass. Soc. 13 avril 1976, n° 74-40372 (dénigrement du VRP auprès de la clientèle).

<sup>11</sup> Cass. Soc. 20 mars 1980, n° 78-40907.

<sup>12</sup> Issu de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 et en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2011, le contrat de sécurisation professionnelle remplace les conventions de reclassement personnalisé.

pour effet de lui interdire le droit à l'indemnité de clientèle, car, au fond, le salarié licencié pour motif économique qui adhère à ce contrat n'en subit pas moins la rupture<sup>13</sup>. Mieux vaut donc s'attacher aux circonstances ayant amené la rupture et tenter, si possible, de comprendre quel choix s'offrait réellement au salarié. La Cour de cassation a notamment pu suivre ce raisonnement pour un salarié ayant accepté le bénéfice d'une convention de conversion<sup>14</sup>, ancêtre des conventions de reclassement personnalisées et des récents contrats de sécurisation professionnelle.

### 2 – L'absence de faute grave

La faute grave du salarié VRP l'exclut à la fois du droit à indemnité compensatrice de préavis, de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité de clientèle, le cas échéant<sup>15</sup>. Toutefois, la faute grave doit avoir motivé le licenciement, de sorte que l'exclusion du droit à indemnité de clientèle ne peut être fondée sur une faute non expressément visée dans la lettre de licenciement ou encore révélée postérieurement à celui-ci<sup>16</sup>. Le droit à indemnité de licenciement naissant au jour de la notification du licenciement, la faute grave commise en cours de préavis ne peut pas davantage entraîner la perte du droit à l'indemnité<sup>17</sup>.

### 3 – Le cas particulier de l'accident ou de la maladie entraînant une incapacité permanente totale de travail

L'article L 7313-13 du Code du travail prévoit que ses propres dispositions s'appliquent en cas de rupture du contrat de travail par suite d'accident ou de maladie entraînant une incapacité permanente totale de travail du salarié. La Cour de Cassation a longtemps jugé que l'incapacité devait être générale, c'est-à-dire faisant obstacle à l'exercice de toute activité, y compris celle de VRP<sup>18</sup>. Depuis, la Haute cour est revenue sur cette position en jugeant que le VRP licencié sans avoir commis de faute grave peut prétendre à l'indemnité de clientèle, peu important que l'inaptitude au travail comme cause de licenciement ait été totale ou partielle<sup>19</sup>. On notera au passage que l'article L 7313-13 du Code du travail fait état de l'incapacité totale du salarié. Or, celle-ci relève avant tout du droit de la sécurité sociale. Une déclaration d'inaptitude à tout emploi établie par le médecin du travail peut suffire<sup>20</sup>, mais, dans un

certain nombre de cas, il s'avèrera nécessaire d'attendre l'appréciation des juges du fond.

### C – Les conditions inhérentes à la clientèle du VRP

L'article L. 7313-13 du Code du travail impose une autre condition à l'octroi de l'indemnité de clientèle. Ainsi, le représentant doit-il justifier avoir apporté, créé ou développé une clientèle (2) dont il est privé pour l'avenir du fait de la rupture de son contrat de travail. Or, cette clientèle doit être suffisamment attachée au VRP et susceptible d'un renouvellement de commandes : elle doit être viable (1).

#### 1 – L'existence d'une clientèle viable

Le VRP doit tout d'abord être en mesure de justifier l'existence d'une clientèle à son actif<sup>21</sup>. Bien entendu, tout est affaire d'appréciation, car il est manifeste que le terme de clientèle ici appliqué peut recouvrir un grand nombre de situations. Aussi, l'indemnité de clientèle venant réparer la perte d'une clientèle pour l'avenir, la question s'est naturellement posée de savoir si l'indemnité devait compenser à la fois la perte de clients récurrents, probablement récurrents ou encore des clients à faible potentiel de renouvellement de commande. En d'autres termes, tous les clients sont-ils aptes à être pris en compte pour le calcul de l'indemnité de clientèle ? En effet, s'il est vrai qu'un client n'ayant commandé qu'une fois ne peut être considéré comme acquis, ce dont il faut également se garder de se persuader à propos des clients habituels, faut-il pour autant l'exclure de la clientèle du VRP retenue pour évaluer l'indemnité de clientèle ?

Les arrêts rendus en la matière sont nombreux et diversifiés, mais la tendance qui s'en dégage indubitablement consiste à ne retenir que la clientèle susceptible de rester attachée au VRP et à son employeur par le renouvellement, avéré ou potentiel mais à un rythme suffisant, des commandes<sup>22</sup>. Bien des indices sont examinés et retenus par les juridictions pour remplir cette condition non prévue par les textes. Ainsi la Cour s'intéresse-t-elle aux produits et services vendus<sup>23</sup>, à leur diversité<sup>24</sup>, à la fréquence de leur maintenance, à leur capacité à générer le besoin de produits complémentaires, mais

<sup>13</sup> Le « marché » nous semble en outre peu équitable puisque le salarié acceptant la convention de reclassement renoncerait au bénéfice d'une indemnité pour des actions de formation à l'efficacité inégale.

<sup>14</sup> Cass. Soc. 2 décembre 1998, n° 96-43820 ; adde, pour un salarié ayant adhéré tardivement à une convention de préretraite FNE, Cass. soc. 18 juillet 2000, n° 98-41455.

<sup>15</sup> Art. L. 7313-13 du C. trav. ; Voir, par ex., Cass. Soc. 5 juin 1991, n° 88-43464.

<sup>16</sup> Cass. Soc. 16 juillet 1987, n° 85-40230.

<sup>17</sup> Cass. Soc. 1<sup>er</sup> avril 1992, n° 88-43524.

<sup>18</sup> Cass. Soc. 13 avril 2005, n° 03-40627.

<sup>19</sup> Cass. Soc. 8 juin 2005, n° 03-43398.

<sup>20</sup> Cass. Soc. 13 juillet 1999, n° 97-41413.

<sup>21</sup> Sur ce point, il a pu être jugé que la clientèle acquise par un VRP de son prédécesseur, avec l'accord de son employeur, et n'ayant pas donné lieu à paiement d'une indemnité de clientèle au bénéficiaire du partant, entrera dans le calcul de l'indemnité de clientèle future du VRP entrant (Cass. soc. 19 mars 1996, n° 93-41242).

<sup>22</sup> Cass. Soc. 3 juillet 1963, n° 61-40585.

<sup>23</sup> Voir par exemple : Cass. Soc. 11 mai 1966, n° 65-40349 (pour des camions magasins destinés à des marchands forains) ; Cass. Soc. 12 mai 1970, n° 69-40277 (pour des machines comptables et des transcodeurs).

<sup>24</sup> Voir par exemple : Cass. Soc. 7 novembre 1973, n° 72-40294 (pour des appareils de radio, de télévision, d'électroménager, d'accessoires avec prestations de service après vente).

encore aux conditions d'exercice du VRP<sup>25</sup> ainsi qu'à la qualité des personnes démarchées. Les produits vendus sans service complémentaire régulier, tels qu'une maintenance, doivent être susceptibles d'un renouvellement fréquent de commandes, ce qui n'est pas le cas de produits de long usage, appréciés et recherchés pour leur robustesse<sup>26</sup>. Dans ces cas en effet, la clientèle n'acquiert pas une stabilité suffisante pour être intégrée dans l'assiette de l'indemnité de clientèle. Il en va de même lorsque la clientèle est entièrement ou principalement composée de particuliers, quoique la nature et la fréquence des produits vendus soient parfois à même de satisfaire à la condition de renouvellement de commande<sup>27</sup>. Enfin, la Cour de cassation a pu préciser que le VRP ne peut avoir créé une clientèle stable et à même de renouveler ses commandes s'il a exercé ses fonctions durant un temps trop court<sup>28</sup> ou s'il n'a exercé que sur foires et salons<sup>29</sup>.

Le dénominateur commun de ces cas est bien évidemment le lien commercial, à la fois humain et économique, trop faible ou trop éphémère existant entre le VRP et sa clientèle. Cette solution n'est pourtant pas sans une part d'injustice et d'aléa. En effet, si la nécessité de cadrer au plus juste la perte de commissions pour l'avenir au préjudice du VRP impose de cibler précisément les clients à plus probable potentiel, il n'en reste pas moins que toute personne physique ou morale ayant une fois acquis des produits ou services par l'intermédiaire d'un VRP entre de fait dans la clientèle développée par celui-ci. L'exclusion des petits clients dont la récurrence n'a pas été éprouvée est donc un sacrifice qui se paye par l'abandon du droit à indemnité de clientèle, au moins pour cette frange de clientèle. Ceci dit, en pratique, ce sacrifice pourra être réparé sans justification particulière de la part des tribunaux par le biais d'une légère augmentation de l'indemnité de clientèle compensant la perte des clients satisfaisant, eux, à la condition de récurrence. Fort heureusement donc, la grande latitude offerte aux juridictions pour l'appréciation du *quantum* de l'indemnité autorise les ajustements de ce type<sup>30</sup>.

Reste alors le problème de la preuve de l'existence d'une clientèle attachée au VRP et satisfaisant au critère de récurrence des produits et services consommés. Le VRP va devoir faire œuvre de grande précision dans son argumentation. Tous types d'éléments de preuve seront les bienvenus tels que tableaux de clientèle à comparer avec les relevés de commissions, factures, bons de commande,

explications pointues sur la qualité, la durée de vie, la complémentarité des produits et services vendus. Le VRP pourra aussi, cette fois-ci négativement, compter sur l'absence d'éléments contradictoires soulevés par l'employeur et donc, *in fine*, s'en remettre au grand principe du doute exclusivement profitable au salarié<sup>31</sup>.

## 2 - L'apport, la création ou le développement de la clientèle en nombre et en valeur

L'article L. 7313-13 du Code du travail précise que le VRP a droit à une indemnité de clientèle pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance, en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui. Cette condition, à l'instar de l'existence d'une clientèle viable, est un important frein à l'octroi de l'indemnité de clientèle car l'exigence d'une augmentation de la clientèle en nombre et en valeur suppose à la fois une augmentation du nombre des clients et une augmentation du chiffre d'affaires corrélatif<sup>32</sup>. Dès lors, ne peuvent prétendre à l'indemnité de clientèle les VRP qui se sont bornés à prospecter une clientèle préexistante, sans justifier d'un développement en nombre de cette clientèle<sup>33</sup>. La preuve d'un apport, de la création ou du développement en nombre et valeur d'une clientèle est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>34</sup>. La solution ne surprend pas car la multitude de paramètres à prendre en compte ne permet pas à la juridiction suprême d'accomplir son œuvre d'unification d'interprétation du droit sans fixer pratiquement exclusivement son attention sur des éléments de pur fait. La charge de la preuve repose donc sur les épaules du VRP demandeur<sup>35</sup>.

Les moyens de preuve à sa disposition sont vastes : relevés de commissions, états de clientèle, chiffre d'affaires, lettres, attestations, etc... Mais ces moyens peuvent, selon les cas et les éléments de preuve disponibles face à ceux mobilisés par l'employeur, ne pas suffire. Ainsi est-il possible, dans certains cas, de déduire « l'augmentation en nombre et en valeur » par la constatation d'un net accroissement des commissions versées au VRP, démontrant par là même son implication<sup>36</sup>. L'augmentation en nombre et en valeur ne peut en outre être efficacement rapportée que par comparaison avec la situation antérieure à l'entrée en fonctions du VRP, pour des produits et services similaires commercialisés sur le même secteur géographique que celui confié au

<sup>25</sup> Voir par exemple : Cass. Soc. 9 octobre 1985, n° 82-41965 (pour un VRP pratiquant le porte à porte avec les particuliers).

<sup>26</sup> Cass. Soc. 1<sup>er</sup> juillet 1970, n° 69-40528 ; Cass. Soc. 11 mai 1966, n° 65-40349.

<sup>27</sup> Cass. Soc. 22 octobre 1981, n° 79-41313 ; Cass. Soc. 18 novembre 1964, n° 64-10147.

<sup>28</sup> Cass. Soc. 8 octobre 1986, n° 83-45223.

<sup>29</sup> Cass. Soc. 13 janvier 1965, n° 60-40178.

<sup>30</sup> Voir infra.

<sup>31</sup> Cass. Soc. 25 mars 2009, n° 07-44533 ; Cass. Soc. 10 février 2010, n° 09-66216 (tableaux circonstanciés non contredits par l'employeur)

<sup>32</sup> Cass. Soc. 7 juin 2000, n° 98-41718.

<sup>33</sup> Cass. Soc. 3 octobre 1969, n° 68-40479 ; Cass. Soc. 23 mai 1996, n° 94-42586.

<sup>34</sup> Cass. Soc. 15 septembre 2010, n° 08-45563.

<sup>35</sup> Cass. Soc. 1<sup>er</sup> juin 2004, n° 02-41176 ; Cass. Soc. 4 février 2009, n° 07-43806.

<sup>36</sup> Cass. Soc. 13 juillet 1999, n° 97-41413 ; Cass. Soc. 27 janvier 2009, n° 07-43437 ; Cass. Soc. 25 novembre 2009, n° 08-41891.

représentant. Logiquement, la preuve d'une clientèle préexistante, en nombre et valeur, est à la charge de l'employeur<sup>37</sup>. De fait, en l'absence d'une telle preuve, généralement obtenue par la production de listes de clients et de pièces comptables, le doute doit profiter au VRP. Enfin, l'absence d'augmentation en nombre et valeur ne doit pas être imputable, directement ou indirectement, à l'employeur<sup>38</sup>. Il peut parfois en être ainsi lorsque l'employeur choisit de modifier ses tarifs ou produits, compromettant ainsi les chances de succès face à la concurrence.

#### D – La preuve d'un préjudice

Le VRP doit enfin démontrer que la perte de sa clientèle pour l'avenir lui occasionne un préjudice<sup>39</sup> ce qui, bien évidemment, ne peut être le cas du VRP qui cède, avec l'accord de son employeur sa clientèle à son successeur<sup>40</sup>. L'originalité de l'indemnité de clientèle trouve ici l'une de ses principales caractéristiques, car celle-ci n'est, par nature, qu'un moyen de garantir au VRP un niveau de commissions similaire à celui qu'il aurait pu légitimement percevoir, compte tenu de l'importance en nombre et valeur de sa clientèle, s'il était resté au service de son employeur. Encore faut-il que la perte de clientèle soit réelle, c'est-à-dire que le VRP ne se trouve pas, postérieurement au licenciement, dans une situation lui permettant d'espérer poursuivre son activité précédente, dans des conditions proches ou identiques. Cette condition peut facilement constituer un écueil pour le VRP demandeur, car la jurisprudence de la Cour de cassation, toute cohérente qu'elle soit, ne semble pas suffisamment s'attacher aux réalités économiques et humaines rencontrées par le VRP sur le terrain.

Il ne faut pas oublier, en effet, que le VRP licencié va chercher, avant tout, à préserver ses acquis de clientèle et donc postuler, en fonction de son expérience, dans les entreprises commercialisant des produits et services identiques ou approchants. Dès lors, et là également, tout est affaire d'appréciation et de preuve. Ainsi, l'indemnité de clientèle n'est pas acquise au VRP qui conserve après son départ son ancienne clientèle et la prospecte pour le compte du nouvel employeur en représentant une gamme de produits susceptibles d'être vendus à la même clientèle<sup>41</sup>. En revanche, la Cour de cassation a pu juger qu'un VRP n'ayant prospecté pour le compte d'une société concurrente que plusieurs mois après la rupture, et de ce fait, accusant une perte de clientèle, peut percevoir l'indemnité de clientèle réparant le préjudice lié à cette clientèle perdue<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> CA Grenoble, 10 décembre 1985, n° 84-1034.

<sup>38</sup> Cass. Soc. 20 mai 1998, n° 96-40396.

<sup>39</sup> Cass. Soc. 18 juillet 2000, n° 98-41314.

<sup>40</sup> Cass. Soc. 17 décembre 2002, n° 01-01188.

<sup>41</sup> Cass. Soc. 4 janvier 1979, n° 77-40718 ; Cass. Soc. 6 mai 2002, n° 00-40834.

<sup>42</sup> Cass. Soc. 2 mars 1989, n° 86-41051.

La preuve de la conservation et de la prospection de l'ancienne clientèle par le VRP est cette fois-ci à la charge de l'employeur<sup>43</sup>. En pratique, celui-ci aura intérêt à solliciter *a minima* la production du nouveau contrat de travail du VRP et réunir autant d'attestations de clients visités qu'il le pourra. Mais cette preuve devra être complétée par celle d'une identité suffisante des produits et services vendus. Sur ce point, le vocabulaire de la Cour de cassation est varié mais convergent. Les produits et services présentés à la clientèle créée, développée ou apportée par le VRP doivent être identiques<sup>44</sup>, concurrents<sup>45</sup>, similaires<sup>46</sup>, ou encore analogues<sup>47</sup>. Tout est donc affaire de degrés de similarité entre les secteurs géographiques prospectés, les clients visités et les produits ou services vendus.

Pour fondée qu'elle soit, cette appréciation de similarité devrait pourtant être nuancée par les conditions réelles d'exercice du VRP pour le compte du nouvel employeur. Il ne suffit pas selon nous, de prospecter la même clientèle qu'auparavant pour s'en ouvrir grand les portes...comme avant. Bien des éléments peuvent nuancer la capacité réelle du VRP à contracter à nouveau avec son ancienne clientèle, y compris pour des produits similaires. C'est le cas, par exemple, des tarifs pratiqués et obligatoirement relayés par le VRP, de la capacité d'assurer un service après vente efficace, de la renommée de l'entreprise, de sa capacité de production, de ses contacts avec les fournisseurs, de sa capacité à proposer des gammes de marques différentes ou encore des facilités de paiement, en somme, de tous éléments susceptibles de séduire ou au contraire de repousser les clients.

On le comprendra aisément, la vérité judiciaire ne devrait pas s'arrêter à la considération brute d'une similarité de produits ou services vendus sans s'intéresser un minimum aux réelles conditions d'exercice du VRP, dont la preuve doit d'ailleurs reposer, et c'est là chose bien normale, sur les épaules du VRP.

#### II – Calcul et régime de l'indemnité de clientèle

La spécificité de l'indemnité de clientèle tient encore dans ses règles complexes de calcul (A), mais aussi dans son régime et son caractère cumulable (ou non) avec les autres indemnités réparant la perte d'emploi du VRP (B).

##### A – Règles de calcul de l'indemnité de clientèle

Deux principes corrélatifs gouvernent la fixation de l'indemnité de clientèle. L'article L 7313-16 du Code du travail prévoit tout d'abord que l'indemnité ne

<sup>43</sup> Cass. Soc. 23 mars 2011, n° 09-42921.

<sup>44</sup> Cass. Soc. 27 janvier 2009, n° 07-41738 ; Cass. Soc. 23 mars 2011, n° 09-42921.

<sup>45</sup> Cass. Soc. 23 novembre 1999, n° 97-42979.

<sup>46</sup> Cass. Soc. 27 janvier 2009, n° 07-41738.

<sup>47</sup> Cass. Soc. 17 mai 1983, n° 81-40516.

peut être forfaitairement fixée à l'avance. La Cour de cassation, de son côté, renvoie aux bons soins des juges du fond l'évaluation de l'indemnité de clientèle<sup>48</sup>. Partant, à défaut de fixation à l'amiable et à la lumière de ces deux principes, les juges du fond ont l'obligation de ne pas appliquer une règle forfaitaire de calcul au bénéfice de l'évaluation la plus réaliste possible du préjudice subi. L'on comprend alors aisément la grande difficulté que rencontrent les juridictions pour mener à bien cette tâche.

Techniquement, le montant de l'indemnité de clientèle doit être apprécié au moment du départ du VRP. Le juge devra donc retenir la clientèle existante, créée, apportée ou développée en nombre et valeur par le VRP au moment de la rupture du contrat. Les événements survenus ultérieurement dans l'entreprise n'ont aucune influence sur ce mode de calcul et ne devront pas être pris en compte<sup>49</sup>. Dans quelques cas néanmoins, il est permis d'arrêter la date d'évaluation de l'indemnité à une date antérieure à la rupture. Il en est ainsi lorsque, par la faute de l'employeur, le VRP a subi une diminution de ses résultats. Il conviendra alors de se placer à la date du fait générateur de la diminution<sup>50</sup>. L'ensemble de la période d'activité du VRP, exerçant en cette qualité, doit être prise en compte. L'indemnité ne peut être versée, ainsi que nous l'avons rappelé plus haut, au VRP rémunéré exclusivement avec un salaire fixe<sup>51</sup> et seules les commissions nettes de frais professionnels intègrent la base de calcul de l'indemnité de clientèle. La solution est logique puisque le VRP ne touchant aucune commission ne subit pas de la même manière la perte de cette clientèle et des commissions qu'elle générerait.

Il en va bien entendu différemment lorsque la rémunération fixe versée au VRP entretient des liens trop étroits avec la clientèle ou masque en réalité des commissions anticipées ou lissées sur l'année. C'est bien le cas lorsque les commissions ont été simplement forfaitisées<sup>52</sup>, lorsque le fixe compense le déséquilibre existant entre les commissions versées au VRP et celles que percevait son prédécesseur<sup>53</sup> ou encore lorsque le fixe compense une réduction sensible du taux des commissions<sup>54</sup>. Enfin, lorsque le VRP est payé à la fois par un fixe et par des commissions, seules ces dernières devront être retenues dans l'assiette de l'indemnité de clientèle. En revanche, doivent être exclues de la base de calcul toutes les primes et rémunérations spéciales accordées en cours de contrat au VRP en contrepartie de l'apport, la création, ou le développement de la

clientèle<sup>55</sup>. Il en va de même des diminutions constatées dans la clientèle préexistante et imputables au salarié, ce qui n'est pas le cas des diminutions de clientèle imputables à la conjoncture économique<sup>56</sup> ou à la politique commerciale de l'employeur<sup>57</sup>. Sont enfin exclues les sommes constituant des versements anticipés d'indemnité de clientèle<sup>58</sup>. Il appartient donc au juge de restituer leur exacte qualification aux compléments de rémunération litigieux et d'exclure ceux qui viennent remplir, par avance, le VRP de ses droits pécuniaires sur sa clientèle.

Face à ces complications, certaines juridictions ont choisi de retenir les formules de calcul qui leur apparaissaient les plus justes en fixant parfois forfaitairement, et ce en dépit de l'interdiction de principe, l'indemnité de clientèle. Cette solution, obéissant à une logique similaire à celle des dommages intérêts versés aux agents commerciaux, cadre peu avec l'esprit des textes. L'on ne peut nier toutefois son caractère pratique, sous réserve d'opérer quelques distinctions entre les diverses commissions retenues et de veiller à en retirer celles issues d'une clientèle préexistante. Pour le reste, une certaine liberté semble tolérée voire encouragée par l'absence de contrôle effectif de la Cour de cassation<sup>59</sup>, certaines juridictions ayant admis une année de commissions<sup>60</sup>, la moyenne de deux années de commissions<sup>61</sup> ou encore le chiffre d'affaires réalisé sur les seules grandes enseignes prospectées par le VRP<sup>62</sup>.

N'oublions pas que l'extrême difficulté préexistant à la fixation de la juste indemnité est également l'un de ses meilleurs atouts : puisque les juridictions peuvent, à leur guise, diminuer ou augmenter son *quantum* sans grande motivation, l'important étant alors de sauvegarder les apparences d'une juste indemnité, ni trop forte, ni trop faible, mais suffisante pour limiter les envies de voies de recours.

<sup>48</sup> Cass. Soc. 5 juin 2008, n° 07-41895 ; Cass. Soc. 15 septembre 2010, n° 08-45563 ; Cass. Soc. 9 mars 2011, n° 0966469.

<sup>49</sup> Cass. Soc. 17 novembre 1982, n° 79-42732.

<sup>50</sup> Cass. Soc. 18 mars 2003, n° 01-42255.

<sup>51</sup> Cass. Soc. 30 mai 1979, n° 78-40053.

<sup>52</sup> Cass. Soc. 10 mars 2004, n° 03-42744.

<sup>53</sup> Cass. Soc. 22 novembre 1984, n° 82-42634.

<sup>54</sup> Cass. Soc. 21 janvier 1972, n° 71-40028.

<sup>55</sup> Art. L. 7313-13 du C. du trav. ; Cass. Soc. 25 juin 2003, n° 01-46479 ; En revanche, une prime liée à la réalisation d'objectifs commerciaux ne vient pas réduire l'indemnité (Cass. Soc. 22 septembre 2010, n° 08-45366).

<sup>56</sup> Cass. Soc. 18 novembre 1964, n° 63-40533.

<sup>57</sup> Cass. Soc. 21 janvier 1971, n° 70-40067.

<sup>58</sup> Ces sommes sont qualifiées de complément de salaire et n'ont pas à être restituées par le VRP. En revanche, elles doivent venir en déduction pour le calcul de l'indemnité de clientèle (Cass. Soc. 22 octobre 2008, n° 07-42312).

<sup>59</sup> Un récent arrêt est sur ce point particulièrement révélateur, la Cour concluant « La Cour d'appel a, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni d'apporter une précision sur un point non évoqué devant elle, souverainement apprécié, en retenant le mode de calcul qui lui est apparu le meilleur, le montant de l'indemnité de clientèle (...) » (Cass. Soc. 5 juin 2008, n° 07-41895).

<sup>60</sup> Cass. Soc. 5 juin 2008, n° 07-41895.

<sup>61</sup> Cass. Soc. 25 avril 2007, n° 05-44338.

<sup>62</sup> Cass. Soc. 12 juillet 2007, n° 06-40248.

## B – Régime et règles de cumul de l'indemnité de clientèle

En principe, l'indemnité doit être fixée d'un commun accord entre les parties. A défaut, le juge peut en fixer le montant<sup>63</sup>. L'indemnité de clientèle peut en outre être incluse dans une indemnité transactionnelle forfaitaire. Son régime social est calqué sur celui de l'indemnité de licenciement, qu'elle remplace et contient *a minima* lorsque le VRP peut légitimement y prétendre. L'indemnité est exonérée de cotisations de sécurité sociale, de CSG-CRDS et est non imposable, à concurrence du montant conventionnel ou légal de l'indemnité de licenciement à laquelle le VRP aurait pu prétendre. L'indemnité de clientèle n'a pas le caractère d'une créance privilégiée aux sens des articles 2331 et 2375 du Code civil<sup>64</sup>. Elle n'est pas non plus couverte par le mécanisme du super privilège des salaires. Elle peut toutefois être prise en charge par les AGS, le plafond de garantie fixé par l'article L 3253-17 du Code du travail n'étant alors pas applicable<sup>65</sup>. Enfin, l'indemnité judiciairement fixée ne peut, en raison de sa nature de créance indemnitaires, produire d'intérêts moratoires qu'à compter du jugement, et non de la demande en justice<sup>66</sup>, sauf s'ils ont été réclamés à titre de dommages-intérêts complémentaires<sup>67</sup>.

L'indemnité de clientèle n'est pas une indemnité de licenciement au sens propre du terme et ne se confond pas davantage avec les dommages et intérêts réparant une rupture abusive de contrat de travail. La singularité de l'indemnité de clientèle se retrouve alors dans son caractère cumulatif vis à vis d'autres indemnités. Elle est ainsi cumulable avec l'indemnité compensatrice de préavis<sup>68</sup>, l'indemnité contrepartie de clause de non concurrence<sup>69</sup>, les commissions de retour sur échantillonnages<sup>70</sup>, l'indemnité pour rupture abusive de contrat à durée indéterminée<sup>71</sup>, les allocations de chômage, pour la part de l'indemnité de clientèle correspondant à l'indemnité de licenciement<sup>72</sup>, l'indemnité pour rupture anticipée du contrat à durée déterminée<sup>73</sup>. Elle ne se cumule pas en revanche avec l'indemnité légale de licenciement<sup>74</sup>, les indemnités de rupture prévues par l'accord ANI du 3 octobre 1975 et les indemnités de mise à la retraite légales ou conventionnelles<sup>75</sup>.

<sup>63</sup> Cass. Soc. 30 mai 2000, n° 97-45920.

<sup>64</sup> Cass. Soc. 19 mars 1986, n° 84-16118.

<sup>65</sup> Cass. Soc. 11 mars 1992, n° 88-42923.

<sup>66</sup> Cass. Soc. 16 février 1983, n° 80-41063.

<sup>67</sup> Cass. Soc. 21 janvier 1972, n° 71-40028.

<sup>68</sup> Cass. Soc. 9 janvier 1974, n° 72-40593.

<sup>69</sup> Cass. Soc. 6 juin 1990, n° 87-44104.

<sup>70</sup> Cass. Soc. 20 mars 2007, 05-40629.

<sup>71</sup> Cass. Soc. 7 mars 1984, n° 82-40811.

<sup>72</sup> Circulaire UNEDIC n° 2011-25 du 7 juillet 2011, fiche 5-1.1.2.1.1.

<sup>73</sup> Art L. 7313-15 du C. trav.

<sup>74</sup> Cass. Soc. 1<sup>er</sup> juin 2004, n° 02-41176.

<sup>75</sup> Cass. Soc. 11 mai 2011, n° 09-41298.

## III – Les substituts légaux ou conventionnels d'indemnité de clientèle

Les conditions d'octroi de l'indemnité de clientèle sont particulièrement strictes et soumises aux aléas de l'appréciation judiciaire. Les développements qui précèdent l'ont suffisamment démontré. Pendant longtemps, les VRP non éligibles à l'indemnité de clientèle se trouvaient exclus du droit au bénéfice d'une indemnité de rupture. Le législateur et les partenaires sociaux ont remédié à ce problème. Dorénavant, à défaut d'indemnité de clientèle, le VRP peut opérer, sous diverses conditions et en fonction de la rentabilité de chacune d'elles, un choix entre trois indemnités : l'indemnité spéciale de rupture (A), l'indemnité conventionnelle de rupture (B), ou encore l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement (C).

### A – L'indemnité spéciale de rupture

Cette indemnité particulière est issue de l'ANI du 3 octobre 1975 et peut être versée aux VRP relevant de cette convention<sup>76</sup>. L'indemnité spéciale de rupture est une alternative à l'indemnité de clientèle dont les principales vertus sont indéniables : amiable puisqu'optionnelle et soumise à l'accord des parties, préventive de conflit mais avant tout simplifiée au regard des règles d'attribution rigides de l'indemnité de clientèle. L'indemnité spéciale de rupture entretient des liens très étroits avec l'indemnité de clientèle. Ses cas d'ouverture, en effet, ne diffèrent pas de ceux de l'indemnité de clientèle et le VRP ne doit pas être à l'initiative de la rupture, sous réserve des cas dans lesquels la rupture est provoquée aux torts exclusifs de l'employeur. Elle ne se cumule ni avec l'indemnité de clientèle, qu'elle remplace, ni avec l'indemnité légale de licenciement. Enfin, l'indemnité est également refusée au VRP payé exclusivement au fixe<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Le préambule de l'accord décrit ainsi les raisons pour lesquelles l'indemnité spéciale de rupture a vu le jour : « Considérant, en outre, que le principe de l'indemnité de clientèle, tel qu'il a été posé en 1937, s'il constitue encore une garantie pour les représentants de commerce rémunérés à la commission, ayant créé ou apporté une clientèle, ou développé une clientèle existante, pourrait être remplacé, sur option, par celui d'une indemnité spéciale de rupture moins incertaine, plus générale et exclusive de conflits ; Considérant toutefois que cette notion d'indemnité de clientèle ne saurait être supprimée dans la mesure où elle permet à certains représentants de commerce licenciés avant d'avoir, par une exploitation d'une durée raisonnable, tiré les fruits de leur apport, de leur création ou d'un développement notable de clientèle, d'être équitablement dédommés, décident de donner à ce problème une solution originale, de telle sorte que l'indemnité spéciale de rupture, allouée sous certaines conditions à tous les représentants de commerce, puisse se substituer avec l'accord des parties à l'indemnité statutaire de clientèle, constituant ainsi une solution transactionnelle de nature à éviter les conflits qui naissent à ce sujet ».

<sup>77</sup> Cass. Soc. 23 mars 2011, n° 09-66216.

Elle s'en démarque toutefois sur quelques points compte tenu des buts qu'elle poursuit. Ainsi, l'indemnité spéciale n'est pas subordonnée à la reconnaissance d'un droit à l'indemnité de clientèle<sup>78</sup>. La condition d'augmentation en nombre et en valeur de la clientèle n'a plus d'intérêt dans ce mécanisme. Par ailleurs, son calcul obéit à une règle stricte. L'indemnité se calcule, aux termes de l'article 14 de l'ANI du 3 octobre 1975, par tranches successives selon l'ancienneté du VRP dans l'entreprise. Le montant de base à retenir est la moyenne des douze derniers mois de commissions, après déduction des frais professionnels. L'interdiction de principe du forfait qui transcendait l'ensemble des opérations de calcul de l'indemnité de clientèle n'est donc plus de mise dans l'indemnité spéciale de rupture. Enfin, le mécanisme de l'indemnité spéciale de rupture nécessite un double accord, du VRP et de l'employeur, encadré dans le temps. L'article 14 de l'ANI du 3 octobre 1975 prévoit effectivement que l'employeur dispose d'un délai de 15 jours à compter de la notification de la rupture pour s'opposer au paiement de l'indemnité spéciale, tandis que le VRP dispose lui d'un délai de 30 jours, courant à compter de l'expiration de son contrat de travail, c'est à dire à la fin de son préavis, pour renoncer expressément<sup>79</sup> ou accepter l'indemnité. On le voit, les délais accordés aux parties sont très différents. Dès lors, si dans les quinze jours de la rupture l'employeur ne s'oppose pas, par écrit, à l'octroi de l'indemnité spéciale, le VRP disposera d'un délai bien plus confortable pour réfléchir, calculer, accepter ou rejeter l'indemnité.

Ceci exposé, les qualités de l'indemnité spéciale peuvent constituer un leurre pour le VRP. Car cette indemnité de rupture souffre d'un mal naturel. Son mode de calcul par tranches lui confère un caractère strictement forfaitaire ce qui interdit de fait tout ajustement. Dès lors, cette indemnité alternative sera souvent plus faible qu'une réelle indemnité de clientèle. Il ne faut pas oublier en effet que les tribunaux s'en remettent régulièrement à une appréciation « quasi-forfaitaire » et retiennent en guise d'indemnité de clientèle une à deux années entières de commissions. Il est alors permis de douter de la justesse du *quantum* de l'indemnité spéciale de rupture dès lors que le VRP, licencié et donc favorable à l'idée de percevoir au plus tôt une somme d'argent substantielle, n'a finalement le choix qu'entre accepter cette indemnité lorsqu'elle lui est proposée ou y renoncer pour tenter d'obtenir une somme supérieure au titre de l'indemnité de clientèle. Dès lors, à défaut d'accord sur celle-ci, le représentant devra s'en remettre entièrement à l'appréciation des tribunaux, en espérant une issue favorable et, osons le dire, « rentable » compte tenu du temps et des frais exposés durant toute la procédure. A moins, bien entendu, que les calculs du VRP ne l'amènent à renoncer aux deux indemnités de clientèle et de rupture pour porter son choix sur les indemnités

<sup>78</sup> Cass. Soc. 15 janvier 2002, n° 99-45694.

<sup>79</sup> Cass. Soc. 28 octobre 2009, n° 08-42772.

conventionnelles de rupture ou légale de licenciement. Ces deux dernières, encore moins favorables puisque non adaptées aux réalités des fonctions de VRP, ne convaincront que rarement les bénéficiaires, puisqu'assises sur la partie fixe de leur rémunération.

Reste la question de l'information du VRP, ou plutôt de la connaissance que celui-ci peut avoir du mécanisme de l'indemnité spéciale de rupture. S'il est vrai que tout VRP devrait connaître à minima le contenu de l'ANI du 3 octobre 1975, il est bien des cas dans lesquels le VRP licencié peut ignorer l'existence à la fois de l'indemnité de clientèle et de sa première dauphine. Est-il alors envisageable de faire peser sur l'employeur une sorte d'obligation d'information, à travers laquelle celui-ci détaillerait à son VRP les contenus et enjeux des deux indemnités ? A notre avis oui, mais rien pour le moment n'oblige l'employeur à une telle information, à moins que celui-ci n'en instruisse le VRP en exerçant son refus dans le délai imparti. Le VRP licencié a donc intérêt à se pencher sur la question dès la notification de son licenciement.

#### B – L'indemnité conventionnelle de rupture

Cette indemnité, plafonnée à 6,5 mois de salaire, est prévue et explicitée à l'article 13 de l'ANI du 3 octobre 1975. Elle peut être versée aux VRP ayant au moins deux années d'ancienneté dans l'entreprise et se trouvant dans l'un des cas de cessation du contrat prévus aux articles L. 7313-13 et L. 7313-14 du Code du travail. Forfaitaire, l'indemnité conventionnelle de rupture se calcule par tranches et uniquement sur la partie fixe de la rémunération. Elle ne se cumule pas avec l'indemnité de clientèle ni avec l'indemnité légale de licenciement<sup>80</sup>. Elle peut en revanche se cumuler avec l'indemnité spéciale de rupture si le VRP perçoit des commissions<sup>81</sup>.

#### C – L'indemnité de licenciement

L'indemnité légale de licenciement constitue le minimum auquel le VRP a droit mais seule sa rémunération fixe est prise en compte dans la base de calcul. A défaut de clientèle ou de preuves suffisantes démontrant l'existence de celle-ci, le VRP ne peut plus compter que sur cette somme minimale. Lot de consolation, l'indemnité légale de licenciement est, aux termes d'une jurisprudence constante, nécessairement incluse dans la demande d'indemnité de clientèle, de sorte que les juges ne peuvent débouter le VRP de celle-ci sans statuer sur le droit à l'indemnité de licenciement<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Cass. Soc. 6 mars 2007, n° 05-42271.

<sup>81</sup> Cass. Soc. 15 octobre 2002, n° 00-42364.

<sup>82</sup> Cass. Soc. 9 mars 2005, n° 02-46149. Sur ce point l'article L 7313-17 du Code du travail prévoit la possibilité pour le VRP de bénéficier de l'indemnité conventionnelle applicable dans l'entreprise en vertu de conventions ou accords collectifs de



On l'aura compris au long de cette étude, l'indemnité de clientèle des voyageurs représentants placiers constitue un mécanisme original d'accès délicat. Pourtant, en dépit de ses critères complexes d'attribution, on ne peut nier que, sans avoir atteint la perfection, l'indemnité de clientèle actuelle offre suffisamment de marge d'appréciation et d'espaces de manœuvre pour s'en approcher. C'est pourquoi les décisions judiciaires rendues en la matière sont fréquentes et rien ne permet d'imaginer que leur nombre vienne à chuter. L'indemnité de clientèle des VRP, avec ses subtilités, ses défauts et ses qualités reste donc, selon nous et au risque de paraphraser Sir Winston Churchill, le pire des régimes d'indemnisation de perte de clientèle des VRP...à l'exception de tous les autres.

---

travail, à condition toutefois que ces accords comportent des dispositions plus favorables visant expressément les VRP.

