

SOC.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 5 octobre 2016

Cassation partielle

M. FROUIN, président

Arrêt n° 1725 FS-P+B sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi principal

Pourvoi n° S 15-22.730

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par Mme X... O... épouse P..., domiciliée [...],

contre l'arrêt rendu le 9 juin 2015 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (18e chambre), dans le litige l'opposant à la société Distribution Casino France, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],

défenderesse à la cassation ;

La société Distribution Casino France a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 6 septembre 2016, où étaient présents : M. Frouin, président, M. Ludet, conseiller rapporteur, M. Chollet, conseiller doyen, M. Mallard, Mmes Goasguen, Vallée, Guyot, Aubert-Monpeyssen, Schmeitzky-Lhuillery, MM. Rinuy, Schamber, Ricour, conseillers, MM. Alt, Flores, Mmes Ducloz, Brinet, MM. David, Silhol, Belfanti, Mme Ala, conseillers référendaires, Mme Robert, avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Ludet, conseiller, les observations de la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat de Mme P..., de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Distribution Casino France, l'avis de Mme Robert, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. P... et Mme O..., épouse P... ont conclu un premier contrat de cogérance avec la société Distribution Casino France (Casino) pour la gestion d'une supérette le 2 juin 1989, suivi de plusieurs autres contrats du même type, le dernier en date du 21 juillet 2000 ; que par suite de problèmes de santé ayant débuté en mai 2006, puis d'une chute dans un escalier en juin 2006, Mme P... a connu une période d'incapacité totale de travail jusqu'en mai 2009 ; que le médecin conseil de la sécurité sociale a indiqué que celle-ci présentait un état d'invalidité, deuxième catégorie ; qu'elle a poursuivi son activité ainsi jusqu'à l'accident de son conjoint intervenu dans le magasin le 20 janvier 2010, date à laquelle elle s'est trouvée en arrêt de travail ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant à voir requalifier le contrat de co-gérance non salariée en contrat de travail, résilier le contrat de travail aux torts exclusifs de la société Casino, et condamner celle-ci à lui payer diverses sommes ; qu'à l'issue de deux visites de reprise en décembre 2012 et janvier 2013, elle a été déclarée inapte au poste de gérant mandataire ; que la société Casino lui a notifié le 18 février 2013 la rupture du contrat aux motifs de son inaptitude à exercer la fonction de co-gérant mandataire non salarié et de l'impossibilité d'opérer un reclassement ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de Mme P... :

Attendu que Mme P... fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande tendant à voir requalifier en contrat de travail le contrat de cogérance l'ayant liée à la société Casino et de ses demandes consécutives en rappel de salaires, indemnités de rupture, dommages-intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et pour préjudice moral, indemnité pour défaut de reclassement ou de licenciement dans le mois de la déclaration d'inaptitude, indemnité pour travail dissimulé, dommages-intérêts pour imposition d'une clause de non-concurrence sans contrepartie financière et pour privation de son droit individuel à la formation alors, selon le moyen :

1°/ que l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend, ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais exclusivement des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ; qu'en déboutant Mme P... de sa demande de requalification au seul motif que le contrat de gérance prévoyait une faculté d'embaucher du personnel exclusive de la qualité de salarié sans rechercher, comme elle y était invitée, si les conditions de fait d'exercice de la gérance n'excluaient pas toute possibilité effective de recruter du personnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du code civil et L. 1221-1 du code du travail ;

2°/ que le lien de subordination dont découle l'existence d'un contrat de travail est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements ; qu'en déboutant Mme P... de sa demande de requalification aux termes de motifs inopérants, déduits des divers pouvoirs et libertés de gestion stipulés au profit des gérants dans le contrat de co-gérance sans rechercher, comme elle y était invitée, si, dans l'exécution du contrat de gérance intégré dans un service organisé, la société Casino ne s'était pas effectivement arrogé le pouvoir de fixer unilatéralement les conditions de travail, donner des directives relatives à l'accomplissement de cette activité, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner d'éventuels

manquements, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

Mais attendu que la cour d'appel, appréciant les éléments de fait et les moyens de preuve qui lui étaient soumis sans se borner à l'analyse des seules stipulations contractuelles, a estimé que les deux gérants avaient fixé les horaires d'ouverture sans démontrer avoir reçu une quelconque directive, qu'il en allait de même quant à l'organisation et la répartition du travail entre eux et que les contrôles exercés par la société Casino constituaient l'exercice par elle, en tant que mandant, non pas d'un pouvoir disciplinaire, mais seulement d'un contrôle du respect des obligations contractuelles a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident de la société Casino :

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

Mais sur le deuxième moyen du pourvoi principal de Mme P... :

Vu les articles L. 1226-10 et L. 1226-12 du code du travail, ensemble l'article L. 7322-1 du même code ;

Attendu que pour débouter Mme P... de sa demande tendant à voir juger abusive la rupture du contrat de gérance par la société Casino et de ses demandes consécutives en paiement d'un complément d'indemnité de licenciement, rappel de salaires, dommages-intérêts pour rupture abusive et préjudice moral et pour perte de droits à la retraite, l'arrêt retient que l'intéressée fonde sa demande de dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de gérance non salariée sur le fait que la société Casino a rompu le contrat au seul motif de son inaptitude professionnelle et non sur l'impossibilité de la reclasser suite à cette inaptitude, et sur le fait que cette société a manqué à son obligation de reclassement, qu'il s'évince de l'article L. 7322-1 du code du travail que seules certaines dispositions du code du travail sont applicables, que les dispositions des articles L. 1226-10 et L. 1226-12 du code du travail ne font pas partie des dispositions applicables au gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire, que l'obligation de rechercher loyalement un reclassement et selon certaines conditions bien précises qui incombe à l'employeur en cas de déclaration d'inaptitude du salarié suite à un accident du travail ou maladie professionnelle, n'incombe pas en revanche au mandant dans le cadre du contrat de gérance mandataire non salariée d'une succursale de commerce de détail alimentaire, qu'aucune obligation de recherche d'un reclassement ne s'imposait donc à la société Casino, et que par conséquent, l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat par Mme P... constituait bien une cause effective et objective de rupture de ce contrat par le mandant, une cause réelle et sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi alors qu'il résulte de l'article L. 7322-1 du code du travail que les dispositions de ce code bénéficiant aux salariés s'appliquent en principe aux gérants non salariés de succursales de commerce de détail alimentaire et qu'il en résulte que les dispositions des articles L. 1226-10 et L. 1226-12 du code du travail leur sont applicables, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le troisième moyen du pourvoi principal de Mme P... qui est recevable :

Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 7322-1 du code du travail ;

Attendu qu'en application de ce principe et de ce texte, une clause de non-concurrence stipulée dans le contrat d'un gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire n'est licite que si elle comporte l'obligation pour la société de distribution de verser au gérant une contrepartie financière ; que la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle est susceptible de causer au gérant un préjudice dont l'existence et l'évaluation relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ;

Attendu que pour débouter Mme P... de sa demande au titre de la clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière, l'arrêt retient que si la clause de non-concurrence imposée au salarié, qu'il convient de protéger particulièrement, ne prévoit pas de contrepartie financière, le salarié et lui seul, peut alors se prévaloir de la nullité de cette clause, car la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence, allouée en raison d'un travail antérieur, a dans ce cas le caractère d'un salaire, qu'il en va différemment dans le cadre du contrat de cogérance non salariée, aucun lien de subordination n'existant entre les parties qui consentent librement à leurs engagements respectifs, que de plus, il n'est pas discuté en l'espèce que dans la lettre de rupture du 18 février 2013, la société Casino a fait savoir qu'elle n'entendait pas se prévaloir de la clause ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il n'était pas contesté que la clause de non-concurrence stipulée au contrat de gérance ne comportait pas de contrepartie financière au bénéfice du gérant, la cour d'appel, à laquelle il appartenait d'apprécier l'existence d'un préjudice, a violé le principe et le texte susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mme P... de sa demande tendant à voir juger abusive la rupture du contrat de gérance par la société Casino et de ses demandes consécutives en paiement d'un complément d'indemnité de licenciement, rappel de salaires, dommages-intérêts pour rupture abusive et préjudice moral et pour perte de droits à la retraite, et en ce qu'il la déboute de sa demande au titre de la clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière, l'arrêt rendu le 9 juin 2015, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nîmes ;

Condamne la société Distribution Casino France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer la somme de 1 500 euros à Mme P... ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du cinq octobre deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat aux Conseils, pour Mme P....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Madame X... P... de sa demande tendant à voir requalifier en contrat de travail le contrat de cogérance l'ayant liée à la Société Distribution Casino France et de ses demandes consécutives en rappel de salaires, indemnités de rupture, dommages et intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et pour préjudice moral, indemnité pour défaut de reclassement ou de licenciement dans le mois de la déclaration d'inaptitude, indemnité pour travail dissimulé, dommages et intérêts pour imposition d'une clause de non concurrence sans contrepartie financière et pour privation de son droit individuel à la formation ;

AUX MOTIFS QUE " Madame P... sollicite la requalification du contrat de cogérance non salariée le liant à la Société Distribution Casino France en un contrat de travail ;

QU'il est souligné que Monsieur et Madame P... ont signé avec la Société Distribution Casino France, sans réserve, à cinq reprises, un contrat spécifique, leur conférant la qualité de cogérants mandataires non salariés d'une succursale de commerce de détail alimentaire ; que ce statut particulier est prévu dans le code du travail par les articles L.7322-1 et suivants ainsi que par les dispositions de l'accord collectif national des maisons d'alimentation à succursales,

supermarchés, hypermarchés du 18 juillet 1963 modifié ; qu'il s'agit d'un contrat de mandat conférant la gestion non salariée d'une succursale de commerce de détail alimentaire ;

QUE Madame P... soutient que ce contrat est en réalité un contrat de travail ; que le contrat de travail, qui attribue la qualité de salarié, est caractérisé par trois éléments : un travail, un salaire, un lien de subordination ; que le lien de subordination est constitué par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; qu'il s'agit de déterminer un lien de subordination juridique et non par un lien de dépendance économique ; que c'est à celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail à en rapporter la preuve ;

QUE Madame P... soutient qu'elle n'avait aucune indépendance et elle met en avant des prix imposés, des contrôles réguliers, des horaires de travail imposés ;

QUE l'article L.7322-2 du code du travail prévoit : « Est gérant non salarié toute personne qui exploite, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des commerces de détail alimentaire ou des coopératives de consommation lorsque le contrat intervenu ne fixe pas les conditions de son travail et lui laisse toute latitude d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer à ses frais et sous son entière responsabilité. La clause de fourniture exclusive avec vente à prix imposés est une modalité commerciale qui ne modifie pas la nature du contrat » : que le dernier alinéa de ce texte répond déjà à l'argument des prix imposés par la Société Distribution Casino France ;

QUE sur la rémunération, il est relevé que Madame P... était rémunérée par une commission fixe sur les ventes, arrêtée à 6 % et que Monsieur et Madame P... avaient eux même décidé de la répartir de la manière suivante : 70 % pour Monsieur P... et 30 % pour Madame P... ; qu'il a été jugé que le couple est "considéré comme gérant unique recevant une rémunération unique, répartie ensuite selon un pourcentage convenu entre le mari et la femme" ; qu'il ne s'agit donc pas de salaires ;

QUE le contrat de cogérance non salariée des époux P... prévoyait en son article 2 : "Les co-gérants seront indépendants dans leur gestion, dans la limite du dit mandat ... de même, ils engageront à leur frais, pour leur propre compte et sous leur seule responsabilité, le personnel qu'ils estimeront utile à leur exploitation" ;

QUE dès lors qu'un gérant peut se substituer un tiers ou employer du personnel, il ne peut revendiquer la qualité de salarié ; que certes, souvent cette embauche est décidée en fonction de l'importance de la clientèle et du chiffre d'affaires réalisé ; que néanmoins cette possibilité existe et elle a bien été donnée à Monsieur et Madame P... ;

QUE l'indépendance dans la gestion était également affirmée dans le contrat de cogérance ;

QUE sur l'ouverture du magasin, il était prévu au contrat selon une disposition générale, que celle ci devait être assurée "conformément aux coutumes locales des commerçants détaillants d'alimentation générale" ; qu'en dehors de cette indication, Monsieur et Madame P..., qui avaient eux mêmes fixés par courrier du 31 juillet 2000 les horaires d'ouverture de la manière suivante :

*jour de fermeture hebdomadaire le dimanche et le lundi toute la journée, *horaires d'ouverture de 7h30 à 12h30 et de 15h30 à 19h30,

ne démontrent pas avoir reçu une quelconque directive ; qu'il en est de même quant à l'organisation et répartition du travail entre eux deux ;

QUE sur les contrôles, étant rappelé que le mandant, la Société Distribution Casino France, reste propriétaire des marchandises qu'il confie aux mandataires, le contrôle sur ces marchandises, le contrôle sur le respect de la politique commerciale (participation aux opérations promotionnelles, tenue vestimentaire), le contrôle sur la concordance entre les ventes réalisées et les sommes encaissées selon les prix qui peuvent être imposés, et donc par suite les opérations d'inventaire avec comme corollaire la possibilité pour le mandant de rompre le contrat pour manquant de marchandises, ressortent logiquement des dispositions du contrat de mandat de cogérance non salariée et constituent l'exercice par le mandant, non pas d'un pouvoir disciplinaire d'employeur, mais seulement d'un contrôle du respect des obligations contractuelles ;

QU'il résulte de l'ensemble de ces éléments que Madame P... ne rapporte pas la preuve de l'existence d'un lien de subordination ; que c'est donc à bon droit que la juridiction prud'homale l'a déboutée de sa demande de requalification du contrat de cogérance en un contrat de travail ainsi que de sa demande de constat d'une rupture s'analysant en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Madame P... faisant valoir que la Société Distribution Casino France n'avait nullement recherché un reclassement pour elle suite au constat de son inaptitude) et des demandes subséquentes, à savoir le paiement d'une indemnité de préavis et des congés payés afférents, le paiement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la demande d'une indemnité en application de l'article L. 1226-4 du code du travail (Madame P... soutenant que n'étant ni licenciée ni reclassée à l'issue du délai d'un mois après la deuxième visite de reprise ayant donné lieu au constat de son inaptitude, le paiement de ce qu'elle considère comme un salaire devait être repris), l'indemnité correspondant à un mois de commission (chiffrée à 733,99 euros) fondée sur l'article L. 1235-2 du code du travail pour irrégularité de procédure, la remise de documents sociaux (bulletins de salaire, certificat de travail et attestation Assedic) sous astreinte, et enfin la demande d'indemnité pour impossibilité d'exercer son droit individuel à la formation (cette possibilité étant visée dans la lettre de rupture du contrat) ;

1°) ALORS QUE l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend, ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais exclusivement des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ; qu'en déboutant Madame P... de sa demande de requalification au seul motif que le contrat de gérance prévoyait une faculté d'embaucher du personnel exclusive de la qualité de salarié sans rechercher, comme elle y était invitée, si les conditions de fait d'exercice de la gérance n'excluaient pas toute possibilité effective de recruter du personnel, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du Code civil et L. 1221-1 du code du travail ;

2°) ALORS QUE le lien de subordination dont découle l'existence d'un contrat de travail est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements ; qu'en déboutant Madame P... de sa demande de requalification aux termes de motifs inopérants, déduits des divers pouvoirs et libertés de gestion stipulés au profit des gérants dans le contrat de co-gérance sans rechercher, comme elle y était invitée, si, dans l'exécution du contrat de gérance intégré dans un service organisé, la Société Casino ne s'était pas effectivement arrogé le pouvoir de fixer unilatéralement les conditions de travail, donner des directives relatives à l'accomplissement de cette activité, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner d'éventuels manquements, la Cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Madame X... P... de sa demande tendant à voir juger abusive la rupture du contrat de gérance par la Société Distribution Casino France et de ses demandes consécutives en paiement d'un complément d'indemnité de licenciement, rappel de salaires, dommages et intérêts pour rupture abusive et préjudice moral et pour perte de droits à la retraite ;

AUX MOTIFS QUE " Madame P... fonde sa demande de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat de gérance non salariée sur le fait que la Société Distribution Casino France a rompu le 18 février 2013 le contrat au seul motif de son inaptitude professionnelle et non sur l'impossibilité de la reclasser suite à cette inaptitude ; qu'elle vise le manquement de "l'employeur" à son obligation de reclassement ;

QU'il est rappelé que le contrat de travail n'a pas été retenu ; qu'il n'y a donc pas d'un côté un employeur et de l'autre un salarié ;

QUE sur les dispositions du code du travail applicables aux gérants non salariés tels que définis à l'article L. 7322-2 du code du travail, il convient de se référer à l'article L.7322-1 du même code ; qu'il s'évince de cet article que seules certaines dispositions du code du travail sont applicables : "l'entreprise propriétaire de la succursale est responsable de l'application au profit des gérants non salariés des dispositions du livre 1er de la troisième partie relative à la durée du travail, aux repos et aux congés, ainsi que de celles de la quatrième partie relatives à la santé et à la sécurité au travail, lorsque les conditions de travail, de santé et de sécurité au travail dans l'établissement ont été fixées par elle ou

soumises à son accord" ; que les dispositions des articles L. 1226-2 et suivants du code du travail ne font pas partie des dispositions applicables au gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire ;

QU'il en résulte que cette obligation de rechercher loyalement un reclassement et selon certaines conditions bien précises, qui incombe à l'employeur en cas de déclaration d'inaptitude du salarié suite à un accident ou une maladie non professionnels, n'incombe pas en revanche au mandant dans le cadre du contrat de gérance mandataire non salariée d'une succursale de commerce de détail alimentaire ;

QU'en l'espèce le constat de son inaptitude n'est pas remis en cause par Mme P... ; qu'aucune obligation de recherche d'un reclassement ne s'imposait à la Société Distribution Casino France ; que par conséquent, l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat par Mme P... constituait bien une cause effective et objective de rupture de ce contrat par le mandant, une cause réelle et sérieuse ; que c'est donc à bon droit que Madame P... a été déboutée de sa demande de dommages et intérêts relative au préjudice qui d'après lui résultait d'une rupture abusive du contrat (...)" ;

QUE "de même Madame P... sera déboutée de deux autres demandes nouvelles en appel, d'une part, de sa demande de dommages et intérêts pour suspension anormale du contrat, dans la mesure où rien ne l'empêchait de prendre l'initiative de la rupture plus tôt si elle estimait la durée de cette suspension, due à son incapacité à remplir ses obligations du fait de sa maladie, "anormale" et dès lors qu'aucun reproche ne peut être fait au mandant, et d'autre part, de sa demande de dommages et intérêts pour perte de droit à la retraite et ce pour des motifs similaires. (¿)" ;

QUE " Sur la demande fondée sur les dispositions de l'article L. 1226-4 du code du travail quant à la reprise du paiement du salaire (de la moyenne mensuelle des commissions) lorsque "le salarié", passé le délai d'un mois après la constatation de son inaptitude, n'est ni reclassé ni licencié, elle ne pouvait qu'être rejetée, Madame P..., n'étant pas salariée, ne pouvait prétendre à l'application de ce texte dans le cadre de la rupture du contrat de cogérance non salariée ; que le jugement sera donc confirmé sur ce point ;

1°) ALORS QUE les dispositions du Code du travail bénéficiant aux salariés s'appliquent en principe aux gérants non salariés de succursales de commerce de détail alimentaire ; que les articles L. 1226-10 et suivants du code du travail relatifs à la protection des salariés inaptes à la suite d'un accident du travail et à l'obligation de reclassement de l'employeur sont par conséquent applicables à ces gérants non salariés ; qu'en déboutant Monsieur P... de ses demandes, motif pris "¿ que les dispositions des articles L. 1226-10 et L. 1226-12 du code du travail ne font pas partie des dispositions applicables au gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire (...)", de sorte que l'employeur n'était débiteur d'aucune obligation de reclassement à son égard, la cour d'appel a violé par refus d'application ces dispositions légales, ensemble l'article L. 7322-1 du code du travail ;

2°) ALORS subsidiairement QUE dès lors que le gérant de succursale informe son employeur de son classement en invalidité deuxième catégorie sans manifester la volonté de ne pas reprendre le travail, il appartient à celui-ci de prendre l'initiative de faire procéder à une visite de reprise laquelle met fin à la suspension du contrat de travail ; qu'en retenant, pour débouter Madame P... de sa demande de dommages et intérêts pour suspension anormale de son contrat de travail, que "¿rien ne l'empêchait de prendre l'initiative de la rupture plus tôt si elle estimait la durée de cette suspension, due à son incapacité à remplir ses obligations du fait de sa maladie, "anormale" et dès lors qu'aucun reproche ne peut être fait au mandant" quand c'est à la Société Distribution Casino France, dûment informée du classement de Madame P... en invalidité de deuxième catégorie à compter du 14 mai 2009, qu'il appartenait d'organiser la visite de reprise, ce qu'elle n'avait fait que le 6 décembre 2012 à la demande expresse de la salariée la cour d'appel a violé les articles R. 4624-21 et R. 4624-22 du code du travail, 1147 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Mme P... de sa demande de dommages et intérêts pour insertion dans son contrat de gérance d'une clause de non concurrence dépourvue de contrepartie financière ;

AUX MOTIFS QUE "Madame P... invoque la nullité de la clause de non concurrence contenue dans le contrat de cogérance au motif qu'elle ne prévoit pas de contrepartie financière et sollicite des dommages et intérêts en réparation

pour un montant de 15.000 euros ;

QU'il est rappelé, à nouveau, que cette clause n'intervient pas dans un contrat de travail mais dans un contrat de cogérance librement consenti par les parties ; que si la clause de non concurrence imposée au salarié, qu'il convient de protéger particulièrement, ne prévoit pas de contrepartie financière, le salarié et lui seul, peut alors se prévaloir de la nullité de cette clause, car la contrepartie financière de l'obligation de non concurrence, allouée en raison d'un travail antérieur, a dans ce cas le caractère d'un salaire ; qu'il en va différemment dans le cadre du contrat de cogérance non salariée, aucun lien de subordination n'existe entre les parties qui consentent librement à leurs engagements respectifs ; que de plus, il n'est pas discuté en l'espèce que dans la lettre de rupture du 18 février 2013, la Société Distribution Casino France a fait savoir qu'elle n'entendait pas se prévaloir de la clause de non rétablissement ; que par suite, c'est encore à bon droit que le premier juge a débouté Madame P... de sa demande" ;

1°) ALORS QU'en application du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle une clause de non-concurrence introduite dans le contrat d'un gérant non salarié de succursale de maison d'alimentation de détail n'est licite que si elle comporte l'obligation pour la société de distribution de verser au gérant une contrepartie financière ; qu'en déboutant Madame P... de sa demande tendant à l'indemnisation du préjudice que lui avait causé le respect d'une clause de non concurrence dépourvue de contrepartie financière stipulée à l'article 18 du contrat de gérance, motif pris que cette exigence ne bénéficiait pas au gérant non salarié à défaut de lien de subordination, la Cour d'appel a violé le principe susvisé, ensemble l'article L.7322-1 du Code du travail ;

2°) ALORS en toute hypothèse, QUE l'employeur ne peut renoncer unilatéralement à la clause de non-concurrence, stipulée aussi bien en sa faveur qu'en celle du salarié en raison de la contrepartie financière qu'elle doit nécessairement comporter, dès lors qu'une telle faculté n'est pas prévue dans le contrat de travail ou la convention collective applicable ; qu'en retenant à l'appui de sa décision déboutant Madame P... de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour stipulation d'une clause de non concurrence nulle à défaut de contrepartie financière que son employeur avait renoncé à celle-ci sans constater l'existence d'une stipulation contractuelle ou d'une disposition conventionnelle prévoyant cette faculté de renonciation, la Cour d'appel a violé le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble les articles 1134 et 1147 du code civil et L. 1121-1 du code du travail.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils pour la société Distribution Casino France.

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR condamné la société Distribution Casino France à payer à Mme P... la somme de 1.025,10 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis dans le cadre de la rupture du contrat de cogérance non salariée en application de l'article 14 de l'accord collectif du 18 juillet 1963, avec intérêt au taux légal à compter de l'arrêt capitalisable selon les modalités de l'article 1154 du code civil

AUX MOTIFS QUE sur la demande d'indemnité compensatrice de préavis, si ce ne sont pas les dispositions du code du travail en matière de licenciement qui s'appliquent, en revanche, l'accord collectif du 18 juillet 1963 susvisé en son article 14 dispose que chacune des parties pourra mettre fin au contrat de gérance en prévenant l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception un mois à l'avance mais que toutefois, en cas de rupture par l'entreprise, les gérants comptant deux ans d'ancienneté à la date de la rupture, bénéficieront d'un préavis de 2 mois ; qu'en l'espèce, même si l'entreprise n'a pu que constater l'impossibilité pour les cogérants de remplir le mandat qui leur était confié, elle est bien à l'initiative de la rupture du contrat ; que dès lors, il sera fait droit à la demande d'indemnité compensatrice de préavis sur le fondement ci-dessus évoqué et la société Distribution Casino France sera condamnée à payer à Mme P... la somme de 1.025, 10 euros à ce titre.

ALORS QUE le gérant mandataire non salarié ne peut prétendre au paiement d'une indemnité de préavis qu'il est dans l'impossibilité physique d'exécuter en raison d'une inaptitude à son emploi dès lors que la société propriétaire de sa succursale, qui n'est tenue à aucune obligation de reclassement consécutive à son inaptitude, n'a pu manquer à cette obligation; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté dans le rappel des faits qu'après avoir été déclarée inapte à son poste de gérant mandataire, Mme P... avait vu son contrat de cogérance mandataire rompu par lettre du 18 février 2013 à raison de son inaptitude et de l'impossibilité de poursuivre l'exécution de son contrat ; qu'elle a jugé qu'en l'absence

d'obligation pour la société Casino de rechercher son reclassement, cette impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat constituait bien une cause réelle et sérieuse de rupture ; qu'en jugeant que même si l'entreprise n'avait pu que constater l'impossibilité pour les cogérants de remplir le mandat qui leur était confié, Mme [...] pouvait néanmoins prétendre au paiement de l'indemnité de préavis de deux mois en application de l'article 14 de l'accord collectif national des maisons d'alimentation à succursales du 18 juillet 1963, la cour d'appel a violé l'article 14 précité.