



FACTORY

AVOCATS

9 avril 2024

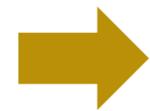
Cumul mandat social et contrat de travail



Association pour l'Étude Juridique
des Questions Sociales

Avant-propos

- La situation de cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail est à la frontière du droit du travail et du droit des sociétés.



Principe d'autonomie entre le mandat social et le contrat de travail

Champ d'application de la réglementation du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail :

- Principe : coexistence au sein d'une même société
- Exception : groupe de sociétés

Sommaire

1.

Les conditions du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail

2.

Incidences du cumul d'un mandat social

3.

Solutions au cumul irrégulier

4.

Fin du cumul

1.

Les conditions du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail

- A. Les conditions du cumul propres à certaines catégories de mandataires**
- B. Les conditions du cumul communes à toutes les sociétés**
- C. Exemples de jurisprudence**
- D. Focus sur le Code de gouvernance AFEP-MEDEF**
- E. Focus sur le cumul au sein des groupes**
- F. Contrôle des associés en cas de cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail**
- G. Focus sur le sort du contrat de travail en cas de cumul non valable**

A. Les conditions du cumul propres à certaines catégories de mandataires

Administrateurs de SA



Le contrat de travail doit être antérieur à la nomination d'administrateur.

- ✓ Aucun délai minimal n'est fixé par le code du commerce.
- ✓ Interdiction de conclure un contrat de travail avec un administrateur en fonction.

La question peut se poser de savoir **à quel moment doit s'apprécier la condition d'antériorité du contrat de travail** : à la date de conclusion du contrat ou à celle de la prise de fonctions effective ?

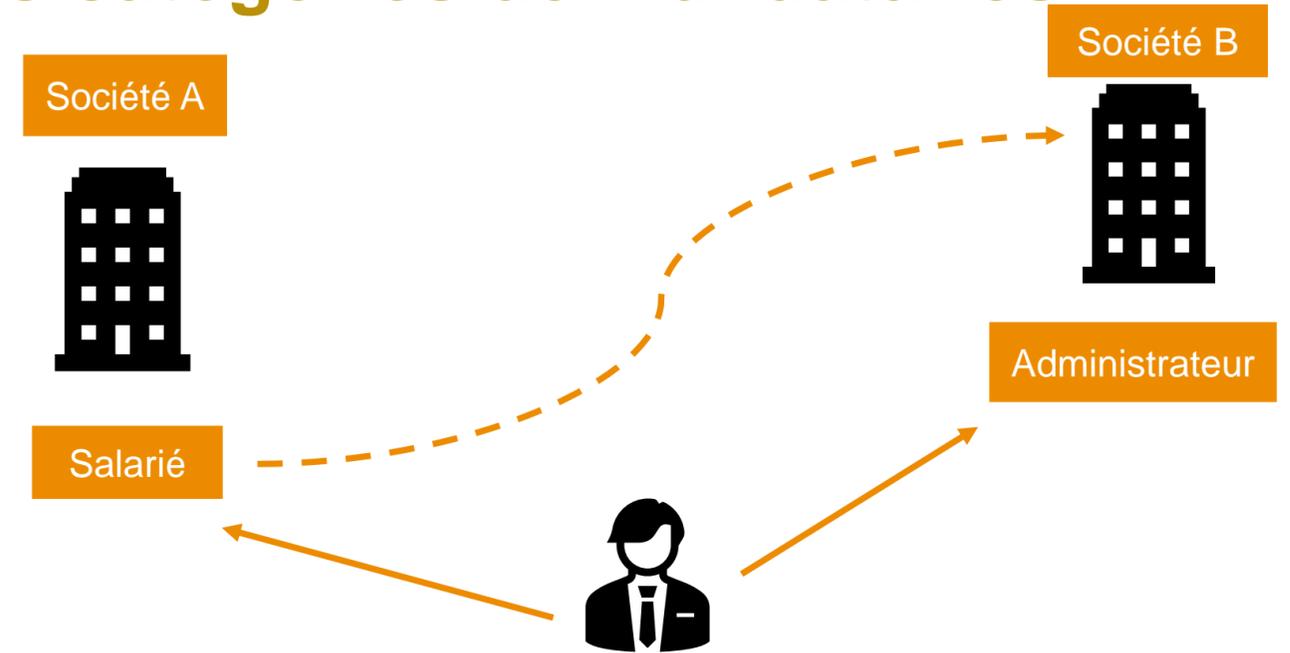
Etant donné la condition d'emploi effectif, la jurisprudence retient qu'il convient de tenir compte de **la date d'effet du contrat de travail** et non celle de sa conclusion.



Cette interdiction ne s'applique pas aux représentants élus par les salariés.

Le nombre d'administrateurs liés par un contrat de travail ne peut pas dépasser le tiers des administrateurs en fonction.

A. Les conditions du cumul propres à certaines catégories de mandataires



Incidence de la réunion des qualités de salarié et d'administrateur au sein de la même société et du respect de la condition d'antériorité

⇒ **Selon la nature du transfert**

- Transfert conventionnel:
 - ✓ sur la seule base de la volonté des parties ;
 - ✓ appréciation de la condition d'antériorité du contrat de travail dans le cadre de la nouvelle société ;
 - ✓ le salarié ne peut pas devenir salarié de la société dont il est administrateur.
 - ✓ Quid de la reprise d'ancienneté conventionnelle ?
- Transfert de plein droit en application de L. 1224-1 du code du travail :
 - ✓ Le même contrat de travail se poursuit avec le nouvel employeur, par l'effet de la loi et non par la seule volonté des parties.

A. Les conditions du cumul propres à certaines catégories de mandataires

Présidents et présidents-directeurs généraux de SA



Salarié



Président-directeurs généraux de /
directeurs généraux délégués SA /
président de directoire / membre du
conseil de surveillance

- Absence d'incompatibilité légale.
- Application des critères jurisprudentielles

A. Les conditions du cumul propres à certaines catégories de mandataires

Gérants de sociétés en
commandite simple ou par actions

Possibilité de cumul du mandat de gérant de sociétés en commandite simple ou par actions avec un contrat de travail?

- Les gérants, lorsqu'ils sont choisis **parmi les associés commandités**, ont, comme ceux-ci, la qualité de commerçant. **Cette qualité étant incompatible avec celle de salarié**, ils ne peuvent être liés par un contrat de travail.
- Le gérant qui **n'est pas en même temps associé commandité** n'a pas la qualité de commerçant mais exerce un mandat social. **Aucune disposition légale ne s'oppose à ce qu'il cumule ce mandat avec un contrat de travail.**

A. Les conditions du cumul propres à certaines catégories de mandataires

Administrateurs de GIE

Possibilité de cumul du mandat d'administrateur de GIE avec un contrat de travail?

- **Aucune disposition légale ne s'oppose** à ce que les administrateurs des groupements d'intérêt économique **puissent exercer concurremment à leur mandat des fonctions salariées** si les conditions générales du cumul sont remplies.
- Il reste que **l'existence d'un contrat de travail sera plus difficile à établir** dans le cas où l'administrateur est **par ailleurs membre du groupement à titre personnel ou principal associé** dans celui-ci ou **encore dirigeant d'une entreprise membre du GIE.**

A. Les conditions du cumul propres à certaines catégories de mandataires

Dirigeants de fait

Possibilité pour un dirigeant de fait de cumuler un contrat de travail?

- Les dirigeants de fait sont dans la même situation que les dirigeants de droit.
- Ainsi, **rien ne s'oppose a priori à ce qu'ils exercent des fonctions techniques salariées en même temps que leur mandat de fait dès lors que les conditions générales du cumul** sont remplies. En pratique, la jurisprudence n'a eu à se prononcer que très rarement sur la question du cumul.
- En tout état de cause, le cumul n'est pas possible dans certains cas :
 - les associés majoritaires des sociétés à responsabilité limitée exerçant la direction de fait de la société ne peuvent se voir reconnaître la qualité de salarié en raison de l'impossibilité de cumuler un contrat de travail avec un mandat social de gérant majoritaire ;
 - les associés ayant la qualité de commerçant.

A. Les conditions du cumul propres à certaines catégories de mandataires

Dirigeants des sociétés par actions simplifiées

Possibilité pour un dirigeant de SAS de cumuler un contrat de travail?

- Application des règles des SA sous réserve des dispositions statutaires **spécifiques**
- Dans les SAS comportant un conseil d'administration (institution facultative) **le cumul des fonctions d'administrateur et de salarié n'est pas soumis aux**

B. Les conditions du cumul communes à toutes les sociétés

Le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif

La jurisprudence apprécie le caractère réel et sérieux du contrat de travail au vu des critères suivants :

Fonctions techniques distinctes de celles exercées dans le cadre du mandat social

Rémunération distincte de celle éventuellement perçue au titre du mandat social

Lien de subordination juridique

Absence de fraude à la loi

C. Exemples de jurisprudence

Présidents et présidents-directeurs généraux de SA



Cumul non admis

- Le directeur commercial devenu président du conseil d'administration et qui **a reçu tous les pouvoirs nécessaires pour assurer la direction de la société** avec notamment les pouvoirs de nommer et révoquer tous directeurs **n'est plus uni à la société par un lien de subordination** (Cass. soc. 12-12-1990, Ribeyron c/ Sté Veuve Leporq et Cie : Bull. civ. V n° 658. Dans le même sens : Cass. soc. 19-2-1997 n° 828 D, Mac. Dowell c/ Sté Gestion Casino de Mandelieu La Napoule).

Cumul admis

- Après avoir été nommé **président-directeur général d'une société**, l'intéressé, qui ne détenait aucune participation dans le capital de la société, a continué à exercer ses **fonctions techniques antérieures de directeur commercial**, distinctes du mandat social, dans un état de subordination à l'égard de la société : la qualité de salarié peut lui être reconnue (Cass. soc. 9-11-2004 n° 2090 F-D, Sté Saturne Courses c/ Sinaud : RJS 1/05 n° 87.)



La jurisprudence rendue à propos des présidents du conseil d'administration, selon nous, s'applique aux présidents-directeurs généraux de SA.

C. Exemples de jurisprudence

Directeur général délégué de SA
n'ayant pas la qualité
d'administrateur



Cumul non admis

- Les juges qui relèvent que la société a un **objet purement commercial** et ne comporte qu'un **nombre restreint de salariés** en déduisent à bon droit que **les fonctions de directeur commercial de son directeur général se sont confondues avec celles de son mandat social**, en sorte qu'il n'a pu cumuler ce mandat avec la qualité de salarié (Cass. soc. 17-10-1990 n° 3839 D, Merlino c/ SA Hymo).

Cumul admis

- Le **directeur commercial nommé administrateur puis directeur général adjoint conserve sa qualité de salarié après ses nominations** dès lors que :
 - la délégation de pouvoirs dont il est investi en qualité de directeur général adjoint porte sur la « gestion courante » de la société, ce dont il résulte que ces **fonctions d'administration générale sont distinctes de celles de directeur commercial** ;
 - la société ne conteste pas qu'il ait continué après sa nomination à **exercer son activité précédente** bien que ce soit, selon elle, en une autre qualité ;
 - la **rémunération unique qu'il a toujours perçue « constitue un salaire de directeur commercial »**, peu important qu'il ne lui soit alloué aucune rémunération comme mandataire (Cass. soc. 16-10-1980, La Celliose c/ Souske : Bull. civ. V n° 745.).

C. Exemples de jurisprudence

Membres du directoire d'une SA



Cumul admis si les fonctions de président du directoire sont exercées dans un lien de subordination avec la société

- Un **président de directoire** exerçant des fonctions techniques distinctes de celles normalement attachées à l'exercice de son mandat **ne peut prétendre bénéficier d'un contrat de travail que si ses fonctions sont exercées dans un lien de subordination avec la société** (Cass. soc. 29-11-1989 n° 87-40.002 FD, SA Motostandard c/ D).

Les juges du fond doivent rechercher si l'intéressé a exercé ses fonctions dans un état de subordination

- Les juges du fond ne peuvent refuser la qualité de salarié à une personne engagée comme directeur commercial et technique salarié, puis nommé peu de temps après président du directoire, avant même la date prévue pour son entrée dans ses fonctions salariées sans rechercher si elle n'a pas effectivement exercé pendant son mandat, dans un état de subordination à l'égard de la société, les fonctions de directeur commercial et technique (Cass. soc. 17-11-1988, Brunel c/ Huguenot : Bull. civ. V n° 608).
- Avant de reconnaître la qualité de salarié au président du directoire d'une société anonyme, les juges du fond doivent rechercher si l'intéressé avait effectivement assuré, dans un lien de subordination envers la société, des fonctions techniques, distinctes de celles correspondant au mandat social dont il était investi et qui suffisaient à le placer sous le contrôle du conseil de surveillance. (Cass. soc. 4-2-1988, n° 85-42.190 PB, Assédic Drôme-Ardèche c/ P. : Bull. civ. V n° 92).

Il résulte de cet arrêt que l'état de subordination caractérisant l'existence d'un contrat de travail ne saurait résulter du contrôle opéré par le conseil de surveillance sur les membres du directoire. En effet, un tel contrôle ne concerne que l'activité de mandataire et non celle de salarié.

C. Exemples de jurisprudence

Membres du conseil de surveillance de sociétés en commandite par actions

Aucune prohibition légale du cumul



Cumul admis

- La qualité de membre du conseil de surveillance du fils de la gérante statutaire d'une société en commandite par actions, lui-même actionnaire commanditaire de la société, embauché peu de temps avant sa nomination au sein de ce conseil en qualité de directeur commercial et de fondé de pouvoirs, est compatible avec l'existence d'un véritable lien de subordination né du contrat de travail dès lors que :
 - les pouvoirs du conseil de surveillance se limitent à un contrôle de la gestion sociale, avec interdiction de participer à celle-ci, et n'excluent pas en eux-mêmes la possibilité pour les membres du conseil d'être subordonnés au gérant pour l'accomplissement de tâches techniques au sein de l'entreprise ;
 - rien ne permet de supposer a priori que l'intéressé ait outrepassé ses pouvoirs ;
 - celui-ci est toujours demeuré dans la position d'un actionnaire minoritaire sans rôle prépondérant à l'assemblée générale ;
 - la direction commerciale de l'entreprise qui lui a été confiée n'est pas un emploi fictif imaginé à son intention mais correspond à un poste préexistant.

Si les fonctions de directeur commercial et de fondé de pouvoirs comportent un mandat permettant à leur titulaire de traiter avec les clients de l'entreprise, de tels pouvoirs, limités dans leur objet et délégués de façon habituelle aux cadres supérieurs pour l'exécution de leur contrat de travail, ne sont pas de même nature que ceux que la loi confère au gérant en sa qualité d'organe de la société dont il assure la direction (CA Paris 26-2-1985, Fleurot c/ Assédic de Paris).

C. Exemples de jurisprudence

Dirigeants de fait



Office du juge

- Il appartient aux juges du fond, avant de reconnaître à un associé de SARL la qualité de salarié de la société, **de rechercher si cette qualité est compatible avec celle de gérant de fait invoquée contre lui** (Cass. com. 28-1-1974, Julien c/ Lenormand de Lourmel : Bull. civ. IV n° 31.).
- Les juges ne peuvent déduire la disparition de tout lien de subordination du seul motif que l'intéressé, embauché comme salarié, a été licencié par une assemblée des associés pour s'être immiscé de fait dans les fonctions de gérant (Cass. soc. 15-4-1982 n° 80-10.902, Bogard c/ Texier : Bull. civ. V n° 121).
- Les juges ne peuvent refuser la qualité de salarié à un adjoint à la direction en raison de sa position de gérant de fait alors que la position de gérant d'une SARL n'est pas incompatible avec l'exercice de fonctions salariées (Cass. soc. 23-10-1991 n° 3575 D, Bernard c/ Sté SIAQ).

Cumul admis

- L'associé, **tout en prenant la direction de fait des affaires sociales** dans un secteur géographique, **a pu demeurer dans un lien de subordination vis-à-vis de la société** pour ses fonctions techniques de conducteur de travaux pour lesquelles il a perçu un salaire, abstraction faite d'une période au cours de laquelle il avait délaissé cette tâche et n'avait pas été payé. Il reste par conséquent titulaire d'un contrat de travail (Cass. com. 10-3-1981 n° 79-13.425, Assédic c/ Sibon : Bull. civ. IV n° 129).

D. Focus sur le Code de gouvernance AFEP-MEDEF

- Les organisations représentatives des entreprises ont élaboré des **Codes de gouvernement d'entreprise** (Code de gouvernance Afep-Medef, Code de gouvernance Middlenext) dont plusieurs dispositions régissent le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail.
Les sociétés qui choisissent de se référer à l'un de ces Codes doivent, si elles en écartent certaines dispositions, l'indiquer dans le rapport du président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et en expliquer les raisons.
- Le Code de gouvernance Afep-Medef **recommande aux dirigeants des sociétés de mettre fin au contrat de travail qui les lie à la société**, soit par rupture conventionnelle, soit par démission, compte tenu du niveau élevé des rémunérations des mandataires sociaux dans ce type de sociétés, incompatible avec le cumul des avantages du contrat de travail.

Cette recommandation vise :

- les président,
- président-directeur général,
- directeur général dans les sociétés anonymes à conseil d'administration,
- le président du directoire,
- le directeur général unique dans les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance,
- le gérant dans les sociétés en commandite par actions (Code de gouvernance Afep-Medef art. 23).

E. Focus sur le cumul au sein des groupes

Deux situations doivent être distinguées

①

Salarié d'une société du groupe nommé administrateur dans une autre société du groupe

②

Collaborateur recruté pour exercer un mandat social

E. Focus sur le cumul au sein des groupes

Salarié nommé mandataire dans une filiale du groupe

1



Salarié

Mandat social dans une filiale du groupe

Le salarié nommé mandataire satisfait toujours aux 4 conditions suivantes :

Fonctions techniques distinctes de celles exercées dans le cadre du mandat social

Lien de subordination juridique

Rémunération distincte de celle éventuellement perçue au titre du mandat social

Absence de fraude à la loi

Le cumul est possible sans remise en cause du contrat de travail.



E. Focus sur le cumul au sein des groupes

2

Salarié nommé mandataire dans une filiale du groupe

Cas où il n'y a pas de séparation entre les fonctions de mandataire et celles correspondant au contrat de travail : **l'objet même du contrat de travail se limite à l'exercice du mandat social.**



Salarié

Mandat social dans une filiale du groupe

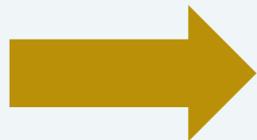
Le salarié nommé mandataire ne satisfait plus toutes les conditions suivantes :

~~Fonctions techniques distinctes de celles exercées dans le cadre du mandat social~~

Rémunération distincte de celle éventuellement perçue au titre du mandat social

Lien de subordination juridique

Absence de fraude à la loi



Dans un tel cas, le critère prépondérant auquel s'attacheront les juges pour déterminer la possibilité d'un cumul sera la constatation d'un lien de subordination.

~~Lien de subordination juridique~~ = **Le cumul n'est pas possible sans remise en cause du contrat de travail.**

Lien de subordination juridique = **Le cumul est possible sans remise en cause du contrat de travail.**



E. Focus sur le cumul au sein des groupes

Salarié nommé mandataire dans
une filiale du groupe

Recommandations de l'AMF aux mandats exercés dans une filiale « cotée »

- L'Autorité des marchés financiers (AMF), contrairement au Code de gouvernance Afep-Medef, considère que la **règle du non-cumul instituée par ce Code** dans les sociétés qui s'y réfèrent est **également applicable aux collaborateurs exerçant des fonctions de mandataire social dans une filiale « cotée » et bénéficiant d'un contrat de travail conclu avec la société mère de cette filiale.**

E. Focus sur le cumul au sein des groupes

Salarié nommé mandataire dans une filiale du groupe



Exemples de jurisprudence

Absence de contrat de travail

- Une cour d'appel peut juger que l'intéressé n'établit pas la preuve de l'existence du contrat de travail allégué à l'égard d'une société, après avoir relevé qu'il a été **nommé président d'une société américaine, filiale de la société française** en cause **avant même la prise d'effet de son contrat de travail avec la société française** et que pendant l'exercice de son mandat social, **il n'était justifié ni de directives** données par ladite société, **ni de compte-rendu** par l'intéressé à son employeur de son activité au sein de la filiale, **ni de contrôles d'aucune sorte** exercés par celle-ci et son dirigeant, **qu'il avait exercé son activité au sein de la société américaine en toute indépendance, le mandat social exercé au sein de la filiale américaine ayant absorbé l'objet du contrat de travail** qui n'avait reçu aucune exécution avant l'expatriation (Cass. soc. 17-9-2008 n° 07-43.626 F-D).

Existence d'un contrat de travail

- Relevant qu'aucun contrat de travail n'a été conclu entre une société filiale et son dirigeant, une cour d'appel, examinant les conditions de fait dans lesquelles celui-ci exerçait son activité de dirigeant de la filiale et **retenant que la société mère a conservé son pouvoir hiérarchique à son égard, peut en déduire qu'elle était restée son employeur** (Cass. soc. 25-1-2006 n° 04-42.657 F-D, L. c/ Sté Les nouveaux constructeurs).
- Une cour d'appel retient à bon droit que l'exercice d'un mandat social n'est pas exclusif d'un lien de subordination juridique. Elle peut décider que nonobstant le mandat social que l'intéressé exerçait dans la filiale d'une société, il est resté le salarié de cette dernière, en constatant que celle-ci a conservé à l'égard de l'intéressé, dont elle a fixé la rémunération, **les prérogatives de l'employeur, et que celui-ci se trouvait sous sa subordination juridique** (Cass. soc. 11-3-2003 n° 01-40.813 FS-PB, Banque nationale de Paris (BNP) c/ G. : RJS 5/03 n° 681, Bull. civ. V n° 88.).

E. Focus sur le cumul au sein des groupes

Collaborateur recruté pour exercer un mandat social

Société mère



Mandataire



Filiale

La personne engagée par une société pour exercer des fonctions de mandataire social dans une filiale du groupe a la qualité de salarié de cette société lorsqu'elle se trouve dans un état de subordination vis-à-vis d'elle et en reçoit directement sa rémunération.

E. Focus sur le cumul au sein des groupes

Collaborateur recruté pour exercer un mandat social



Exemples de jurisprudence

Absence d'un contrat de travail

- **N'est pas titulaire d'un contrat de travail la personne engagée** par une société mère aux fins de coordonner l'activité des filiales et d'exercer, dans le cadre d'un détachement, **les fonctions de président-directeur général d'une filiale**, dès lors que les relations de l'intéressé avec les dirigeants de la société mère **sont restées dans les limites du contrôle assuré par l'actionnaire majoritaire de la filiale** sur le mandataire responsable de celle-ci.

Les juges du fond ont donc à bon droit décidé que le lien de subordination n'existait pas, en sorte que le contrat de travail dont se prévalait l'intéressé était fictif (Cass. soc. 19-3-1997 n° 94-41.444 FD, L. c/ Sté Forseti BV). .

Existence d'un contrat de travail

- Les juges du fond ne peuvent rejeter l'existence d'un contrat de travail **en faveur de la personne engagée** par une société mère **pour exercer des fonctions de directeur général adjoint dans une filiale du groupe** et par la suite nommée directeur général de cette filiale, alors qu'ils ont constaté :
 - que l'intéressé avait exercé les fonctions pour lesquelles il avait été engagé en tant que responsable de l'activité bricolage du groupe ;
 - qu'il avait été rémunéré jusqu'à une certaine date par la société mère et qu'une prime avait ensuite continué à lui être versée par cette société ;
 - qu'il avait été informé par le président de la société mère qu'il serait mis fin à ses fonctions au sein de la filiale (Cass. soc. 6-10-1993 n° 90-44.561 PB, M. c/ SA Pinault France : RJS 11/93 n° 1147, Bull. civ. V n° 225).

F. Contrôle des associés en cas de cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail

Sociétés concernées :

- Sociétés anonymes ;
- Sociétés en commandite par actions ;
- Sociétés à responsabilité limitée.



Selon la forme de la société, le contrôle exercé par les associés peut différer. Il est nécessaire de se reporter aux règles du code du commerce.

Le contrôle prend la forme suivante :

Autorisation préalable des contrats conclus avec les mandataires sociaux en fonction ainsi que de leurs modifications ultérieures.

ET/OU

Approbation par l'assemblée générale du rapport spécial mentionnant les contrats passés entre la société et ses mandataires sociaux et certains associés ainsi que les modifications ayant affecté ces contrats en cours d'exercice.

G. Focus sur le sort du contrat de travail en cas de cumul non valable

- **Le contrat de travail doit être considéré comme suspendu de plein droit pendant l'exercice du mandat**, à moins que la preuve ne soit rapportée de la volonté des parties de mettre fin à la relation de travail salariée.

2.

Incidences du cumul d'un mandat social

- A. Focus sur l'Assurance chômage**
- B. Focus sur l'intéressement / PEE**
- C. Focus sur la participation légale**
- D. Protection sociale complémentaire**
- E. Incidence sur le calcul de l'ancienneté**
- F. Impact sur l'indemnité de licenciement**

Propos liminaires

- Le mandataire social est dans la majorité des situations assimilé à un salarié au sens de la sécurité sociale
- **Que le cumul soit valable ou non, sa rémunération sera donc soumise à cotisations et contributions de sécurité sociale comme un salarié sous réserve de l'assurance chômage**
- **Absence d'impact sur les régimes de retraite de base et complémentaire.**

A. Focus sur l'Assurance chômage

Détermination des droits

✗ Les mandataires sociaux **sont exclus du régime de l'Assurance chômage.**
Assurance alternative

✓ Toutefois, **le mandataire social en situation de cumul valable** peut avoir des droits à l'Assurance chômage **au titre de son contrat de travail** dans les conditions du droit commun.

L'employeur souhaitant vérifier si le mandataire social peut bénéficier de l'Assurance chômage peut demander à France Travail de se prononcer sur l'assujettissement de ce mandataire social via la procédure de rescrit.

Procédure de rescrit :

- La demande d'avis s'effectue par un **questionnaire**.
- L'employeur peut également joindre un courrier à ce questionnaire afin de détailler plus précisément les conditions du cumul (fonctions distinctes, rémunération distincte, lien de subordination, ...).
- La décision de France Travail est **opposable pour l'avenir** à l'employeur, France Travail et l'Urssaf.
- **En cas d'avis négatif, les intéressés peuvent obtenir le remboursement**, dans la limite de la prescription légale, des cotisations qu'ils auraient versées à tort.



Le mandataire social exclu du bénéfice de l'Assurance chômage peut souscrire à un contrat d'assurance, notamment auprès de la GSC, l'indemnisant en cas de perte de son mandat.

B. Focus sur l'intéressement / PEE

- Cumul mandat social / contrat de travail valable : bénéficie de l'intéressement et des plans au titre du contrat de travail
- **Dans les entreprises de moins de 250 salariés, les chefs d'entreprises (entrepreneurs individuels) présidents, directeurs généraux, gérants ou membres du directoire peuvent bénéficier de l'intéressement et des plans, même s'ils ne sont pas titulaires d'un contrat de travail.**

C. Focus sur la participation légale

Droit à participation

Seuls les mandataires cumulant un contrat de travail avec leur mandat social peuvent bénéficier de la participation.

Sont en revanche **exclus** de ce bénéfice les dirigeants qui ne sont pas liés à la société par un contrat de travail et ce, même s'ils sont fiscalement traités comme des salariés. Sauf dans les entreprises de moins de 250 salariés sur la fraction dépassant le légal.

Calcul de l'effectif

Seuls les dirigeants de sociétés titulaires d'un contrat de travail doivent être pris en compte dans le calcul de l'effectif



Les sommes versées au titre de la participation à un mandataire social non titulaire d'un contrat de travail sont susceptibles d'être requalifiées en salaire au regard des charges sociales et fiscales.

Au surplus, les salariés de l'entreprise sont en droit de réclamer un complément de participation au titre des sommes attribuées à tort au dirigeant.

D. Protection sociale complémentaire

- **Si cumul valable** : bénéficie des régimes au titre du contrat de travail
- **Si cumul non valable** : possibilité de bénéficier des dispositifs de protection sociale complémentaire sous certaines conditions



E. Incidence sur le calcul de l'ancienneté

Principe : la suspension du contrat de travail en raison du mandat social interrompt le décompte de l'ancienneté

Certaines CCN prévoit le décompte de l'ancienneté même en cas de suspension (exemple Métallurgie)

Conséquence : la période d'exercice du mandat sera tout de même prise en compte pour le calcul de l'ancienneté au titre du contrat de travail

F. Impact sur l'indemnité de licenciement



Il existe une **étanchéité** entre le contrat de travail et le mandat social : la cessation du mandat aura pour effet de **reprendre l'exécution du contrat de travail, et non d'y mettre fin**

Éléments de calcul de l'indemnité de licenciement (légale ou conventionnelle)

Indemnité de licenciement =

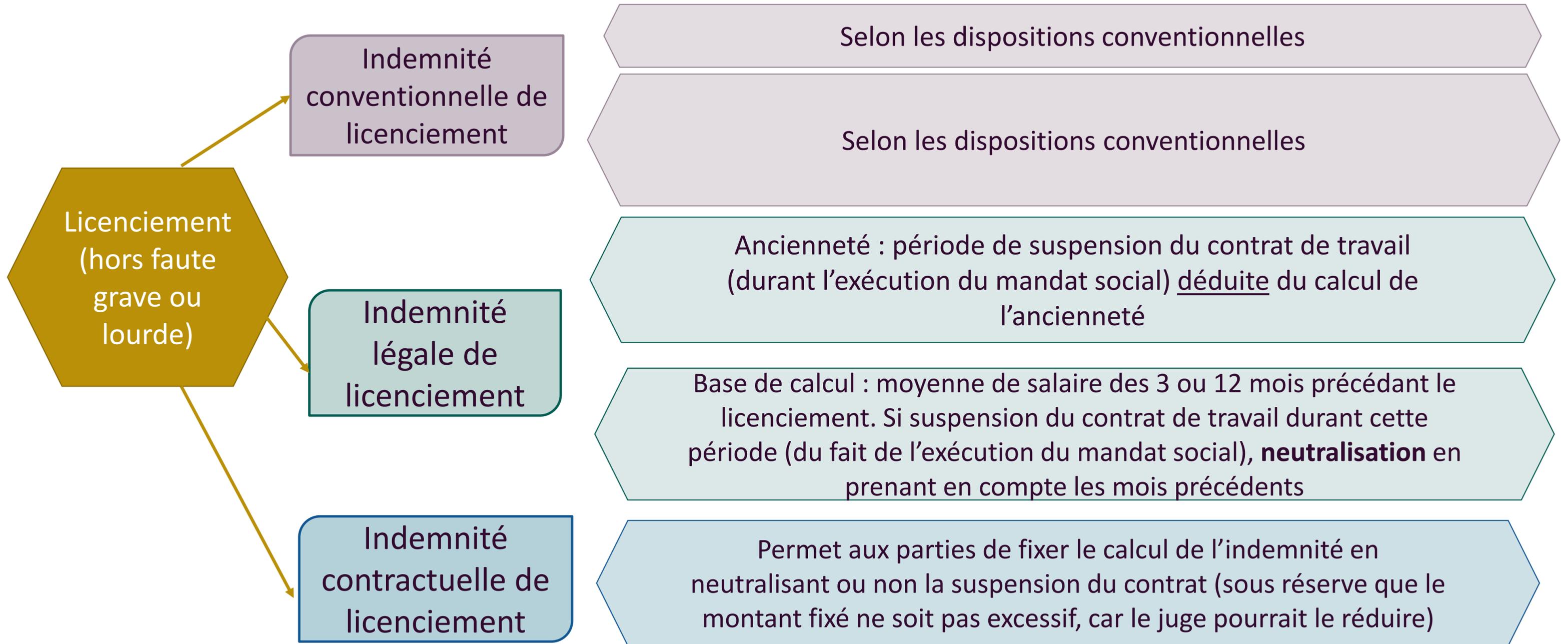
Ancienneté

Pourcentage du salaire de référence





F. Impact sur l'indemnité de licenciement



3.

Solutions au cumul irrégulier

Différentes hypothèses envisageables en cas de cumul irrégulier

Hypothèses		
Suspension du contrat de travail		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Concerne l'exécution du contrat de travail, mais pas son existence. ▪ Permet :à l'intéressé de mieux s'investir dans l'exercice de ses fonctions sociales et ce, tout en étant certain de retrouver, à l'expiration de celles-ci, son statut salarial. ▪ Il est préférable que cette suspension soit expressément convenue par les parties avant que le salarié ne devienne mandataire social. ▪ Peut organiser ancienneté, calcul ICL, préavis ...
Novation du contrat de travail		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Un salarié se voit accorder un mandat social sans pour autant que les fonctions afférentes à ce dernier soient clairement dissociables des fonctions salariales, le cumul régulier, qui devait, en toute hypothèse, s'ensuivre, peut donner lieu à novation. ▪ Il est alors possible de considérer que les parties ont entendu nover et donc substituer au contrat de travail le mandat social nouvellement obtenu. ▪ Cette solution doit, cependant, répondre aux exigences édictées en la matière : cette intention de nover ne peut être présumée, et doit s'exprimer en termes positifs. ▪ Le contrat de travail disparaît.
Nullité	Du contrat de travail	En cas de non-respect de la condition d'antériorité du contrat de travail avant la nomination de mandataire social, pour les SARL et SA (cf. ci-après pour ces dernières).
	Du mandat social	En cas de non-respect des conditions légales du cumul pour les SA (cf. ci-après).
Renonciation au contrat de travail		<ul style="list-style-type: none"> ▪ L'intéressé, à l'occasion de sa nomination en qualité de mandataire social, peut renoncer à son contrat de travail. ▪ Cette renonciation doit être expresse et volontaire. Elle peut prendre la forme d'une démission.

4.

Fin du cumul

- A. Cessation du mandat social
- B. Rupture du contrat de travail
- C. Révocation du mandat social et licenciement
- D. Focus sur le contrat de travail succédant à un mandat social

A. Cessation du mandat social

Principe d'autonomie entre le mandat social et le contrat de travail

- **Principe de libre révocation des mandataires sociaux.**
- La cessation du mandat social peut avoir les origines suivantes :
 - démission de l'intéressé ;
 - non-renouvellement de son mandat ;
 - révocation par les associés.
- La cessation du mandat n'ouvre droit à aucune indemnité particulière sauf disposition contraire. Seuls pourront être attribués des dommages et intérêts en cas :
 - de révocation sans juste motif d'un gérant de SARL, d'un directeur général ou directeur général délégué de société anonyme, d'un membre du directoire d'une SA, d'un gérant de société en nom collectif ou de société en commandite simple;
 - de révocation abusive pour les autres mandataires sociaux
- La cessation du mandat, qu'elle qu'en soit la cause, est sans effet sur le contrat de travail : **le contrat de travail se poursuit**, à moins que l'une des parties prenne l'initiative de la rupture.

B. Rupture du contrat de travail

Principe d'autonomie entre le mandat social et le contrat de travail

- La **cessation du contrat de travail** que ce soit à l'initiative de l'employeur ou du salarié **ne met pas fin au mandat social**.
- Cette règle comporte **toutefois des exceptions** dans les cas suivants :
 - administrateurs ou membres du conseil de surveillance élus par les salariés dans les sociétés anonymes ;
 - associés de sociétés coopératives ouvrières de production.

C. Révocation du mandat social et licenciement

Principe d'autonomie entre le mandat social et le contrat de travail

- Il arrive fréquemment que les faits ayant motivé la révocation du mandat social conduisent également la société à prononcer le licenciement de l'intéressé.
- La révocation des mandats sociaux d'un salarié **ne constitue pas une sanction disciplinaire, et n'interdit donc pas le licenciement** de l'intéressé pour les mêmes faits.

D. Focus sur le contrat de travail succédant à un mandat social

- Rien n'interdit à un ancien mandataire social de conclure un contrat de travail avec la société dans laquelle il a exercé son mandat.
- Pour apprécier le caractère réel et sérieux de ce contrat de travail, la jurisprudence vérifie, comme pour tout autre salarié, le **caractère effectif des fonctions exercées**.

Pour rappel :

Fonctions techniques distinctes de celles exercées dans le cadre du mandat social

Rémunération distincte de celle éventuellement perçue au titre du mandat social

Lien de subordination juridique

Absence de fraude à la loi

contact

Factorhy Avocats

📍 61 rue de Bercy
75012 Paris

☎ +33 (0)1 88 24 53 50

✉ info@factorhy.com

👉 factorhy.com

Lola PASCAUD

☎ +33 (0)6 24 39 40 65

✉ l.pascaud@factorhy.com

Quentin FRISONI

☎ +33 (0)6 61 87 97 78

✉ q.frisoni@factorhy.com