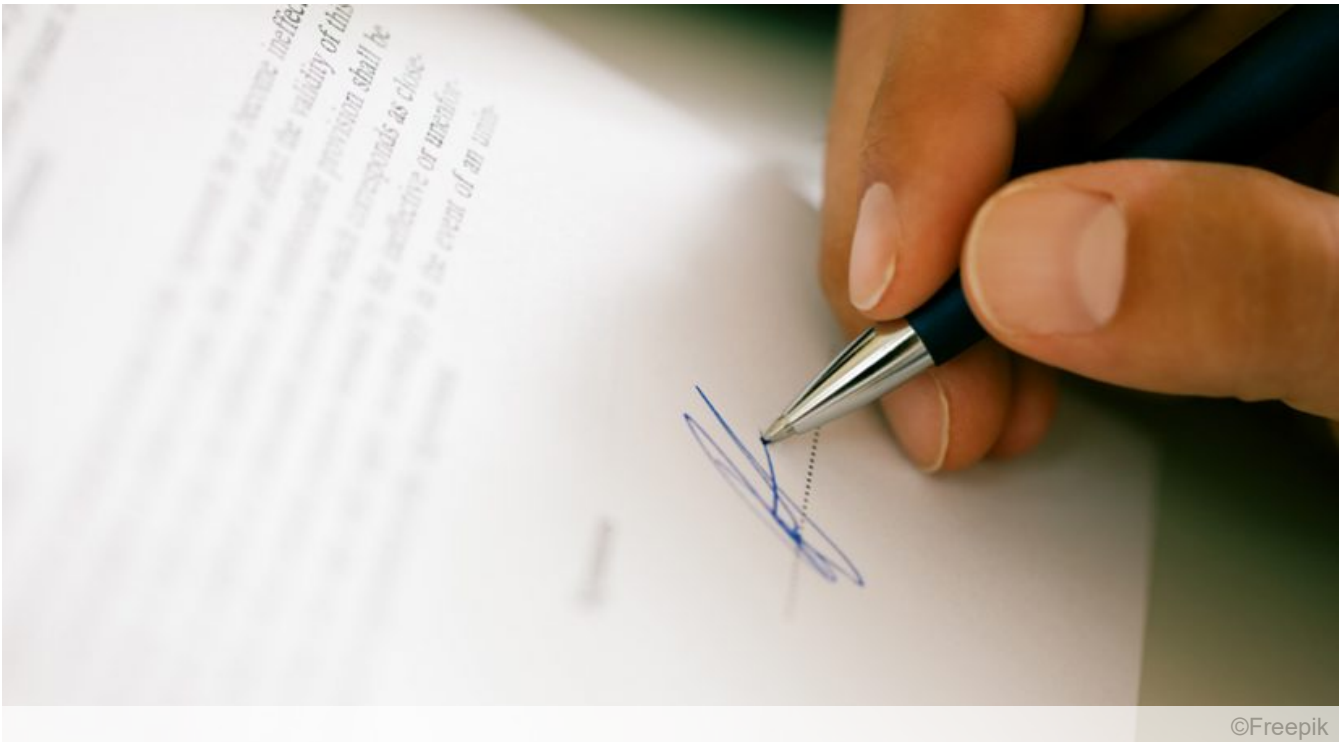


Macronique notariale

Cumul d'une fonction de direction avec un contrat de travail

Si les mandataires sociaux n'ont pas la qualité de salarié, il ne leur est cependant pas interdit d'être salariés de la société qu'ils dirigent



Par Bruno Bédaride, notaire

Les conditions d'exercice de cumul sont encadrées par la loi et la jurisprudence et les enjeux sont importants, suivant que le droit du travail est applicable ou non.

Lorsqu'un salarié accède à une fonction de dirigeant, celui-ci doit s'interroger sur le sort de son contrat de travail antérieur. Plus rare en pratique, se pose aussi la question de savoir si le mandataire social peut conclure après sa nomination, un contrat de travail avec la société qu'il représente.

Il est nécessaire en premier lieu de rappeler la distinction entre le contrat de travail et une fonction de direction.

Un contrat de travail se caractérise par un lien de subordination entre l'employeur et l'employé, qui s'oblige à accomplir une tâche moyennant le versement d'une rémunération. Le licenciement ne peut être prononcé que pour une cause réelle et sérieuse.

Une fonction de dirigeant se caractérise par le pouvoir de représenter et d'engager la personne morale à l'égard des tiers, conformément aux pouvoirs qu'il détient de la loi et de ses statuts. Elle peut être rémunérée ou non. La révocation d'un mandataire social doit être justifiée, en principe par une faute de gestion. Mais dans les sociétés de capitaux, la révocation peut être prononcée ad nutum, c'est-à-dire sans juste motif. Toutefois, en cas de révocation abusive, c'est-à-dire présentant un caractère vexatoire, injurieux ou brutal, le dirigeant évincé pourra bénéficier de dommages et intérêts fondés sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle.

De leurs profondes différences de nature découlent des conséquences importantes en matière de rémunération, mais aussi de rupture du lien juridique qui lie l'employeur avec son salarié ou la société et son dirigeant.

Le salarié bénéficie de la protection accordée par le droit du travail en matière de relations individuelles et collectives, en particulier en matière de garantie de salaire minimum, de congés payés, de licenciement, d'assurance-chômage après licenciement ou encore de garantie de versement de son salaire en cas de procédure collective de l'employeur.

“De leurs profondes différences de nature découlent des conséquences importantes en matière de rémunération, mais aussi de rupture du lien juridique qui lie l'employeur avec son salarié ou la société et son dirigeant”

Au contraire, le mandataire social ne bénéficie d'aucune garantie quant à sa rémunération ou sa révocation, qui pourra cependant bénéficier d'une indemnité si elle est abusive.

Nous allons maintenant exposer dans quelles conditions le contrat de travail sera maintenu ou non, parallèlement aux fonctions de direction, suivant qu'il est antérieur ou non.

Lorsque le salarié devient mandataire social, il doit s'interroger sur le sort de son contrat de travail. En effet, le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail est en principe incompatible avec l'exercice d'une fonction de direction, puisqu'un mandataire social ne peut être subordonné à lui-même.

Cela ne signifie pas pour autant que le contrat de travail disparaît après la nomination du salarié à une fonction de direction. En principe, la jurisprudence considère que le contrat de travail est suspendu pendant l'exercice du mandat social. De sorte qu'il reprendra ses effets après la fin des fonctions de direction, quelle que soit sa cause.

Mais il peut aussi résulter de l'analyse des faits que le contrat de travail a été rompu. Cette rupture ne peut résulter que d'un accord exprès des parties : rupture conventionnelle, démission ou novation du contrat de travail, c'est-à-dire substitution du mandat social à ce dernier.

“En principe, la jurisprudence considère que le contrat de travail est suspendu pendant l'exercice du mandat social. De sorte qu'il reprendra ses effets après la fin des fonctions de direction, quelle que soit sa cause”

Indépendamment de ces deux hypothèses, il est aussi possible de cumuler leur exercice à condition que le contrat de travail corresponde à une tâche technique et qu'elle soit effective. Ainsi, a été reconnue la fonction de chef de service technique et financier, dès lors qu'il a été précisé lors de sa nomination en tant que mandataire social que celle-ci s'ajouterait à sa fonction initiale. De même, une vendeuse devenue gérante de la boutique de vêtements pour laquelle elle travaillait, a continué d'occuper son emploi sans avoir disposé d'aucune autonomie, en l'absence de toute participation au capital de la société dont elle était gérante, mais aussi en raison des rémunérations distinctes qu'elle percevait à raison de son contrat de travail et de sa fonction de gérante. Ainsi, on constate qu'il appartient à la société qui nomme un mandataire social déjà salarié, de bien préciser si ce mandat se substitue ou non au contrat de travail et de veiller à la distinction des rémunérations en les documentant.

Le salarié devenu mandataire social peut aussi souhaiter durant l'exercice de son mandat, être salarié de la société qu'il dirige. Mais dans ce cas, il doit être embauché pour une fonction technique nécessitant des connaissances spécifiques. Ainsi, si les tâches exercées au titre du contrat de travail ne se distinguent pas des fonctions de mandataire social, le cumul ne sera pas valable.

Toutefois, malgré le respect des conditions requises, il faut savoir que le droit des sociétés interdit dans certains cas, le cumul de l'exercice des fonctions de mandataire social avec un contrat de travail. Ainsi, dans les sociétés en nom collectif ou en commandite, le gérant associé ne peut pas conclure de contrat de travail du fait de sa qualité de commerçant, contrairement au gérant non-associé. Dans les sociétés de capitaux, il faut distinguer les sociétés à responsabilité limitée (1), des sociétés par actions (2).

(1) Si l'exercice du cumul des fonctions n'est pas possible pour un gérant majoritaire, il le sera pour un gérant minoritaire. Concernant le gérant égalitaire, le cumul sera possible ou non, suivant l'étendue de son pouvoir de direction effectif.

“Malgré le respect des conditions requises, il faut savoir que le droit des sociétés interdit dans certains cas, le cumul de l'exercice des fonctions de mandataire social avec un contrat de travail”

(2) Dans les sociétés par actions simplifiées, il n'existe aucune contrainte dans l'exercice du cumul relevant du droit des sociétés. Par contre en matière de sociétés anonymes, il faut distinguer celles à conseil d'administration, de celles à directoire et conseil de surveillance. Dans celles de la première catégorie, si un salarié peut devenir administrateur, ce dernier ne pourra pas cependant, conclure un contrat de travail après sa nomination. Dans celles de la seconde catégorie, il faut distinguer les membres du directoire de ceux du conseil de surveillance. Si les membres composant le directoire peuvent cumuler l'exercice d'un contrat de travail sans contrainte du droit des sociétés, ceux du conseil de surveillance pourront également exercer ce cumul, mais dans la limite du tiers de ses membres.

En résumé, lorsqu'un mandataire social voudra cumuler l'exercice d'un contrat de travail avec sa fonction de direction, il lui appartient non seulement de vérifier préalablement la

faisabilité du cumul au regard du droit des sociétés, mais aussi du droit du travail et de documenter les conditions d'exercice de ce cumul tout en veillant à distinguer les rémunérations perçues à ce titre.

A lire également

[Les chroniques Macronique notariale](#)
[Le blog de l'étude par Bruno Bédaride](#)

Publié le 31/08/2020

Catégories :

Droit des affaires / Mécomptes publics /