

## CONTRAT DE TRAVAIL

1222

# Le contrat de travail fictif d'un dirigeant ne peut être requalifié en contrat de mandataire social

En l'absence de lien de subordination et de distinction réelle entre des fonctions de direction générale et des fonctions techniques, le contrat de travail conclu postérieurement au mandat social est fictif, sans qu'il soit possible d'en obtenir la requalification en mandat social ou en contrat de collaboration.



**CAROLINE MERLE<sup>1</sup>**  
avocat - Counsel, Vivant Chiss  
Avocats

Cass. com., 10 oct. 2018, n° 17-13.829

## 1. La décision

En l'absence d'intervention du législateur, la question de la validité du cumul d'un contrat de travail avec un mandat social a fait l'objet d'une construction jurisprudentielle particulièrement abondante. L'arrêt de la chambre commerciale ici commenté ambitionne d'apporter sa pierre à cet édifice en excluant logiquement tout cumul entre un mandat social et un contrat de travail, qui s'est avéré fictif.

En l'espèce, M. X a été nommé membre du directoire de la société Crossject, avant de conclure, le 1<sup>er</sup> août 2001, un contrat de travail pour exercer des fonctions de direction générale, commerciale et financière.

Deux clauses de non-concurrence liant M. X ont par la suite été prévues : la première dans un avenant au contrat de travail en date du 30 juin 2006, et la seconde dans un pacte d'actionnaires conclu le 4 juillet 2006.

Prenant acte de la contestation par Pôle emploi de la possibilité de cumuler son mandat social avec un contrat de travail, le conseil de surveillance de la société Crossject a décidé, le 11 juin 2002, que la rémunération de M. X serait désormais uniquement versée au titre de son mandat social.

À la suite de la décision prise le 21 février 2013 par le conseil de surveillance de ne pas renouveler son mandat de membre du direc-

toire, M. X a assigné la société Crossject en paiement de l'indemnité prévue en contrepartie de la clause de non-concurrence.

La cour d'appel de Dijon avait débouté M. X de cette demande indemnitaire au titre de la clause de non-concurrence, confirmant le jugement du tribunal de commerce de Dijon sur ce point. Tirant les conséquences de ce que M. X n'établissait l'existence d'aucun travail qu'il aurait réalisé de façon distincte de son mandat social et de l'absence de tout lien de subordination entre lui et la société, la cour d'appel a jugé que le contrat de travail était fictif et qu'il ne pouvait être requalifié en contrat de mandataire social ou de collaboration.

En dépit de la démonstration rigoureuse développée par la cour d'appel, M. X s'est pourvu en cassation, soutenant que l'intention des parties au moment de la conclusion du contrat de travail était en réalité de prévoir les conditions de collaboration et d'exercice de son mandat social. Il prétendait assumer des fonctions techniques en vertu de son contrat de travail, distinctes de son mandat social, et que la clause de non-concurrence stipulée dans son contrat était autonome du contrat initial. Il sollicitait donc de la Cour régulatrice qu'elle requalifie son contrat de travail en contrat de mandataire social ou de collaboration.

Par un attendu très argumenté, la Cour de cassation rejette point par point le raisonnement suivi par l'auteur du pourvoi et fait siens les motifs de la cour d'appel de Dijon.

Elle relève d'abord l'absence de lien de subordination entre la société Crossject et M. X, corroborée par la décision du conseil de surveillance de prévoir une rémunération qui serait désormais la contrepartie du mandat social exercé par M. X.

La Cour réfute ensuite l'argument de M. X selon lequel il exerçait des tâches distinctes de celles afférentes à son mandat social. Elle confirme donc l'arrêt d'appel en ce qu'il a refusé de requalifier le contrat de travail en contrat de mandataire social ou de collabo-

ration, « ces contrats n'ayant pas, par nature, le même objet ni ne répondant aux mêmes critères ».

Par conséquent, tant le contrat de travail que l'avenant qui en était l'accessoire sont fictifs, privant ainsi de tout effet la clause de non-concurrence contenue dans l'avenant.

Loin de constituer un transfert des stipulations du contrat de travail dans un contrat de mandataire social, la Cour voit dans la situation de M. X une simple « absorption des fonctions salariées par le mandat social ». Enfin, il est intéressant de noter que la question du respect des procédures réglementées lors de la conclusion du contrat de travail, et lors de celle de son avenant, n'avait pas été soulevée.

## 2. Les conditions de validité strictes du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social

Le cumul d'un mandat social avec un contrat de travail fournit au dirigeant qui en bénéficie un statut très attractif. Et pour cause, il lui permet de bénéficier des dispositions protectrices du Code du travail et du Code de la sécurité sociale au titre de son contrat de travail, tout en exerçant un mandat de représentation de la société.

La nécessité de respecter le principe d'ordre public de libre révocabilité des mandataires sociaux se traduit néanmoins par un encadrement strict de ce cumul par la Cour de cassation.

Elle a ainsi retenu deux critères pour apprécier la réalité du contrat de travail :

- d'une part, le cumul doit être effectif, c'est-à-dire que les fonctions exécutées en vertu du contrat de travail doivent être clairement distinguées de celles exercées dans le cadre du mandat social. Si les premières doivent recouvrir des fonctions techniques,

<sup>1</sup> L'auteur tient à remercier Monsieur Aziz Essid, Lauréat de la Bourse d'excellence Sciences Po - Vivant Chiss, pour son aide précieuse à la rédaction de cet article.

les secondes doivent recouvrir des tâches de direction. De même que la jurisprudence sera plus encline à admettre le cumul lorsque deux modalités de rémunération différentes sont prévues ;

- d'autre part, un véritable lien de subordination doit s'exercer sur le dirigeant au titre de son contrat de travail, sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des directives et d'en contrôler l'exécution (*Cass. soc.*, 13 nov. 1996, n° 94-13.187 : *JurisData* n° 1996-004273). L'existence d'un tel lien de subordination ne peut découler des seules directives de l'assemblée générale des associés ou du conseil d'administration (*Cass. soc.*, 7 nov. 1995, n° 92-43.126, *Prigent c/ SA Imprimerie Lacoste*. - *Cass. soc.*, 4 févr. 1988, n° 85-42.190. - *Cass. soc.*, 28 janv. 1988, n° 84-42.315 : *JurisData* n° 1988-000306 ; *Bull. civ. V*, n° 83).

Lorsque le cumul ne remplit pas l'une de ces conditions, le contrat de travail se trouve automatiquement suspendu au cours de l'exercice du mandat social (*Cass. soc.*, 7 nov. 1995,

n° 92-44.498). Le salarié n'est plus en état de subordination, n'exécute plus les prestations prévues dans son contrat de travail et cesse de percevoir les rémunérations qui en découlent. Dès la cessation du mandat social, le contrat de travail reprend néanmoins tous ses effets.

La technique de la suspension automatique ne se conçoit toutefois que si le cumul est licite et si le contrat de travail revêt un caractère réel et sérieux au moment de l'accès au mandat social. Dans le cas contraire, et c'est la position de la Cour de cassation ici, le contrat est purement fictif et ne peut faire l'objet d'aucune suspension pendant le temps de l'exercice du mandat social.

C'est précisément dans ce cas de figure que se trouvait M. X. C'est d'ailleurs le sens de la formule de la cour d'appel, reprise mot pour mot par la Haute cour, selon laquelle « le contrat de travail conclu le 1<sup>er</sup> août 2001 est fictif » et « n'a en réalité jamais existé ».

Au vu des faits de l'espèce, cette interprétation relevait du bon sens. Pôle emploi ayant contesté la validité du cumul de M. X, celui-

ci avait accepté de ne percevoir de rémunération qu'au titre de son mandat social. Le fait que le contrat de travail ait été conclu postérieurement à sa nomination comme mandataire social plaide également en faveur de la thèse du contrat de travail fictif, pouvant être conclu notamment dans le but d'entraver la libre révocation du dirigeant.

La Haute juridiction souligne aussi l'absence de preuve d'un lien de subordination entre la société et M. X. Dans son exposé des faits, la cour d'appel rappelait en outre que ce dernier avait été nommé président du directoire par le conseil de surveillance le 15 mars 2002 ; M. X se trouvait donc « au sommet » de la société, le directoire étant investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société (*C. com.*, art. L. 225-64) et son président représentant la société à l'égard des tiers (*C. com.*, art. L. 225-66). Dans ces circonstances, on voit mal comment il aurait pu être placé dans un état de subordination.

## LA COUR [...] :

### Sur le moyen unique :

• Attendu, selon l'arrêt attaqué (Dijon, 5 janvier 2017), que M. X... a été nommé, le 24 juillet 2001, membre du directoire de la société Crossject ; qu'il a conclu avec cette société, le 1<sup>er</sup> août 2001, un contrat de travail à durée indéterminée pour exercer des fonctions de direction générale, commerciale et financière de la société ; que le 30 juin 2006, M. X... et la société Crossject ont signé un avenant au contrat de travail afin d'y stipuler une clause de non-concurrence ; que M. X... a, par ailleurs, conclu le 4 juillet 2006 un pacte d'actionnaires comportant également une clause de non-concurrence ; qu'à la suite de la contestation par Pôle emploi de la possibilité pour M. X... de cumuler son mandat social avec un contrat de travail, le conseil de surveillance de la société Crossject a décidé, le 11 juin 2002, que sa rémunération serait désormais versée au titre de son mandat social ; qu'après le non-renouvellement de son mandat de membre du directoire, décidé le 21 février 2013 par le conseil de surveillance, M. X... a assigné la société Crossject en paiement de l'indemnité prévue en contrepartie de la clause de non-concurrence ;

• Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande alors, selon le moyen :

1°/ que les juges ne sauraient méconnaître la loi du contrat, loi des parties ; qu'en considérant, pour écarter les demandes, que les parties s'accordaient pour dire que le contrat de travail à durée indéterminée conclu entre la société Crossject et M. X... le 1<sup>er</sup> août 2001 n'avait jamais existé du fait de l'absence de lien de subordination de M. X... vis-à-vis de son cocontractant et qu'il ne pouvait y avoir de requalification du contrat de travail en contrat de mandataire social ou de collaboration, sans rechercher si la réelle intention des parties n'avait pas été de prévoir précisément les conditions de la collaboration de M. X... avec la société Crossject et d'établir les conditions d'exercice du dirigeant qu'était M. X... aussi bien dans ses fonctions techniques de directeur général, commercial et financier que pour son mandat social, le contrat devant être requalifié en un contrat de mandataire

social ou de collaboration, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2°/ que les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en ajoutant, pour statuer comme elle l'a fait, qu'aucune pièce du dossier n'établissait la réalité du travail que M. X... aurait accompli pour le compte de la société Crossject, de façon distincte de son mandat social et dans un état de subordination à l'égard de ladite société, sans analyser les pièces produites par l'intéressé pour démontrer le travail effectué au profit pour la société Crossject, à savoir ses bulletins de paie de 2012, une attestation de M. A..., président du directoire, en date du 19 juillet 2012, relative à un voyage effectué pour obtenir une levée de fonds et la délibération du 21 février 2013 du conseil de surveillance reconnaissant ses fonctions distinctes et évoquant son rôle majeur « en matière de recherche de financements et de conclusions de partenariats commerciaux stratégiques » et le fait qu'il avait permis à la société de bénéficier de plusieurs levées de fonds d'envergure, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

3°/ que les juges sont tenus de répondre aux conclusions des parties ; qu'en ajoutant encore, pour débouter M. X..., qu'il était mal fondé à soutenir que l'avenant du 30 juin 2006 avait une existence autonome du contrat du 1<sup>er</sup> août 2001 dès lors qu'il y était expressément rattaché et s'y intégrait de plein droit, sans répondre aux conclusions de l'intéressé faisant valoir qu'en application du principe d'autonomie contractuelle, l'illicéité d'une clause ou d'un contrat ne pouvait suffire à elle seule à affecter la validité de tout un contrat et qu'en l'espèce, son objet étant parfaitement explicite et circonscrit, la clause de non-concurrence bénéficiait d'une autonomie suffisante pour continuer à exister indépendamment du sort du contrat initial, de sorte que la validité du contrat de travail initial était strictement indifférente d'autant plus que l'avenant de 2006, comportant la clause de non-concurrence litigieuse, avait été conclu cinq ans après ledit

Cet élément, pourtant crucial pour établir l'inexistence d'un lien de subordination, n'a pas été relevé par la Cour de cassation dans sa motivation. Sans doute a-t-elle considéré que ce motif était surabondant, au regard de l'absence de toute preuve d'un lien de subordination.

La demande de M. X relative à la requalification du contrat de travail en mandat social était elle aussi vouée à l'échec. Comment un contrat de travail, au demeurant purement fictif, pourrait-il être requalifié en « contrat de mandataire social ou de collaboration » ? Ces trois contrats obéissent chacun à un régime juridique différent et ne répondent pas aux mêmes critères.

Cet arrêt ne peut qu'être salué pour son interprétation stricte des critères de validité du cumul, conforme à l'esprit du statut du mandataire social.

Afin de réduire l'incertitude relative à la validité du cumul, les entreprises peuvent solliciter une étude de situation auprès de Pôle emploi. Cette étude se prononce sur la possi-

bilité pour le dirigeant en situation de cumul de bénéficier de l'assurance chômage au titre du contrat de travail. En réponse, Pôle emploi formule une appréciation sur l'existence ou non d'un contrat de travail. Bien que cette décision ne lie pas le juge en cas de litige, elle constitue un indice fort en faveur ou en défaveur de la validité du cumul.

Ayant fait l'objet d'une construction essentiellement jurisprudentielle, force est de constater que dans nombre de cas, le cumul n'est pas une solution satisfaisante : d'une part, pour le mandataire, qui se croit « protégé » par le droit du travail, mais sa situation peut être contestée notamment par Pôle emploi, et, d'autre part, pour la société, qui, en cas de validité du cumul, ou à l'issue de la suspension du contrat, devra « gérer », à la suite de la révocation du mandat (ou de la démission), la relation salariée ; en effet, la révocation des fonctions de membre du directoire n'a pas pour effet de résilier le contrat de travail (*C. com.*, art. L. 225-61), et la faute justifiant le licenciement ne constitue

pas nécessairement un juste motif de révocation (*Cass. com.*, 20 juin 2006, n° 05-14.168 : *JurisData* n° 2006-034378 ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 142, J. Monnet) et inversement.

Aussi, sous réserve de situations particulières justifiant le cumul, et satisfaisant à ses conditions légales et jurisprudentielles de validité, il peut être pertinent d'éviter le cumul, et à l'instar des recommandations du code AFEP-MEDEF, de mettre fin, le cas échéant, au contrat de travail lors de la nomination du mandataire (soit dans le cadre d'une rupture conventionnelle, soit par la démission) et en prévoyant, au bénéfice du mandataire, notamment le versement d'une indemnité en cas de révocation, éventuellement en fonction de son ancienneté, ou encore son rattachement à un régime privé d'assurance chômage. Et ce d'autant que dans un certain nombre d'hypothèses, le mandataire sera assimilé aux salariés et bénéficiera de la même protection sociale que les salariés, à l'exception de l'assurance chômage (*CSS*, art. L. 311-3).

contrat de 2001, la cour d'appel a encore violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

4°/ que les juges ne sauraient méconnaître la loi du contrat, loi des parties ; qu'en considérant enfin, pour statuer comme elle l'a fait, que l'absorption des fonctions salariées par le mandat social n'avait pas eu pour effet de transférer ni de transposer les dispositions du contrat de travail dans un contrat dit de mandataire social, ni d'ajouter au statut légal du mandataire social, que M. X... avait d'ailleurs signé le pacte d'actionnaires du 4 juillet 2006, comportant également une clause de non-concurrence, en qualité d'actionnaire et de dirigeant, et que les parties avaient donc conscience que l'avenant du 30 juin 2006 ne s'appliquait pas au mandat social, leur volonté étant bien de séparer le contrat de travail du mandat social, sans rechercher si la commune intention des parties n'avait pas été d'instituer, dans l'avenant de 2006, une clause *intuitu personae*, liée intrinsèquement à la personne de M. X..., dans quelle mesure le pacte d'actionnaires litigieux ne confirmait pas cette interdiction absolue de concurrence et si l'avenant litigieux ne faisait donc pas que consacrer et figer sur le plan individuel et bilatéral, entre M. X... et la société Crossject, les obligations contenues dans le pacte d'actionnaires, par nature collectif et susceptible d'évolutions, la cour d'appel a, à nouveau, privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

5°/ que le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'au demeurant, en se déterminant de la sorte sans restituer aux actes litigieux leur exacte qualification dès lors qu'elle écartait celles proposées par les parties, la cour d'appel a violé l'article 12 du Code de procédure civile ;

• Mais attendu qu'ayant constaté que les parties convenaient qu'en l'absence de lien de subordination entre la société Crossject et M. X..., le contrat de travail n'avait jamais existé, l'arrêt constate qu'à la suite de la remise en cause par Pôle emploi de la possibilité pour M. X... de cumuler un contrat de travail et un mandat social, le conseil de surveillance a décidé, à l'unanimité, que M. X... percevrait désormais sa rémunération

en contrepartie de l'exercice de son mandat social, ce que l'intéressé n'a jamais contesté, ayant même accepté la restitution des sommes qui lui revenaient au titre de sa part dans les cotisations salariales ; qu'il relève qu'aucune pièce du dossier n'établit la réalité du travail que M. X... aurait accompli pour le compte de la société Crossject, de façon distincte de son mandat social, qui plus est dans un état de subordination à l'égard de cette société ; qu'il ajoute que M. X... n'est pas fondé à demander la requalification du contrat de travail en contrat de mandataire social ou de collaboration, ces contrats n'ayant pas, par nature, le même objet ni ne répondant aux mêmes critères et le contrat signé le 1<sup>er</sup> août 2001 n'organisant pas les fonctions de mandataire social de M. X... au sein de l'entreprise et ne prévoyant pas davantage les conditions de sa collaboration avec la société Crossject ; qu'il relève encore que la nomination de M. X... en qualité de mandataire social est antérieure à la signature de son contrat de travail, en sorte que ce dernier ne constituait même pas une promesse de mandat social, et qu'au surplus, M. X... a signé le pacte d'actionnaires du 4 juillet 2006, qui comportait également une clause de non-concurrence, en qualité d'actionnaire et de dirigeant, ce qui démontre que les parties avaient conscience que l'avenant du 30 juin 2006 ne s'appliquait pas au mandat social et que leur volonté était bien de séparer le contrat de travail du mandat social ; qu'il en déduit que l'absorption des fonctions salariées par le mandat social n'a pas eu pour effet de transférer ni de transposer les dispositions du contrat de travail dans un contrat dit de mandataire social, ni d'ajouter au statut légal du mandataire social, que le contrat de travail conclu le 1<sup>er</sup> août 2001 était fictif et que l'avenant du 30 juin 2006, qui y est expressément rattaché et en constitue l'accessoire, est également sans effet ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui, analysant l'ensemble des pièces produites, a recherché la commune intention des parties en procédant aux recherches invoquées par les première et quatrième branches, a, sans méconnaître son office, légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

**Par ces motifs : rejette le pourvoi ; [...]**

M<sup>me</sup> Mouillard ; prés., SCP Delvolvé et Trichet, SCP Jean-Philippe Caston, av.\*