

Le Contrat de travail du Dirigeant

par Maître Gilles GARENCE

• *Réunion de l'AAPDS du*

Mardi 17 Septembre 2019



Le Contrat de travail du Dirigeant

Réunion de l'AAPDS du Mardi 17 Septembre 2019

Sommaire

- *Qui peut être « Dirigeant » et salarié ?*
 - *Les Dirigeants de droit*
 - *Le Cadre Dirigeant*
- *Le Cumul de mandat social et de contrat de travail*
 - *Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités*
 - *La condition sine qua non de l'emploi salarié effectif*
- *La Formalisation du Contrat de travail du Dirigeant*
- *Le Dirigeant de droit, un salarié surveillé... traqué ?*

LE « DIRIGEANT »

Absence de définition légale générale

Le droit des sociétés parle de « *gérant, de président, d'administrateur, de directeur général, de membre du directoire* ».

Le droit pénal recherche souvent le chef d'entreprise bien que le Code pénal n'emploie pas ce terme.

Le code du travail depuis la réforme de 2008 ne parle plus que d'« *employeur* ».

LE « DIRIGEANT »

- ◆ **Définition courante :** Celui qui assure la conduite générale de l'entreprise et dispose du **pouvoir de prendre des décisions**, pouvoir dont la contrepartie est la **responsabilité**.
- ◆ Pas de définition légale donc pas de véritable statut juridique du dirigeant d'entreprise.
- ◆ Il s'agit donc plutôt d'une *fonction*. Dès lors, l'**identification** du « dirigeant d'entreprise » va **dépendre** non seulement de la qualification juridique de la **position** confiée à l'individu au regard du droit des sociétés et du droit social, mais aussi de ses **attributions et responsabilités réellement exercées**.

LE « DIRIGEANT »

En droit français, on distingue trois catégories de « dirigeants d'entreprise » :

- Les dirigeants de droit
- Les dirigeants de fait
- Les cadres dirigeants

En toute logique, seuls les premiers et derniers pourront être partie à un contrat de travail et seront donc étudiés en vue des développements ultérieurs.

Les Dirigeants de droit

Dans les Sociétés commerciales : Les Mandataires sociaux

Selon la forme juridique de la société, la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, relative aux sociétés commerciales, précise que la direction est assurée par :

- le ou les gérants dans les sociétés en nom collectif ;
- le ou les gérants dans les SARL ;
- le président du conseil d'administration dans les SA ;
- le directoire dans les SA à directoire et conseil de surveillance ;
- le président dans les sociétés par actions simplifiées.

Les Dirigeants de droit

En principe, ils **ne relèvent pas du droit du travail**, ni de l'assurance chômage.

Sauf s'ils remplissent les conditions permettant de **cumuler un mandat social avec un contrat de travail**.

Ce cumul est possible **sous réserve que le dirigeant exerce des fonctions techniques distinctes, dans un état de subordination à l'égard de la société**.

L'analyse de ces conditions fera l'objet d'un développement particulier.

Les Dirigeants de droit

Hors ces cas de cumul, rapide rappel du statut des mandataires sociaux et des intérêts que peuvent représenter la conclusion d'un contrat de travail :

- les mandataires sociaux ne bénéficient ni des congés payés, ni du Smic, ni plus généralement de l'ensemble de la réglementation du travail et des accords ou conventions collectifs ;
- les litiges naissant entre les mandataires sociaux et leurs sociétés sont de la compétence du tribunal de commerce ou du TGI, selon que la forme de l'entreprise est ou non commerciale, et non du conseil de prud'hommes ;

...

Les Dirigeants de droit

- la rémunération des mandataires sociaux ne bénéficie ni d'une protection particulière, ni d'une garantie de paiement ;
- les mandataires sociaux ne peuvent bénéficier, sauf exception, des accords collectifs sur la participation et l'intéressement aux résultats de l'entreprise ;
- ils sont exclus du décompte de l'effectif de la société ;
- les dispositions relatives au licenciement ne s'appliquent pas à eux, ils **peuvent être révoqués « ad nutum »**.

Seuls certains d'entre eux bénéficient du régime général de la sécurité sociale (présidents-directeurs généraux, directeurs généraux, gérants minoritaires ou égalitaires de SARL).

Les Dirigeants de droit

Deux cas particuliers (issus de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire):

- Le dirigeant d'une société coopérative, dite « Scop ».

Pour les titulaires d'un contrat de travail qui accèdent aux fonctions de dirigeants, la loi prévoit la possibilité de maintenir « *le lien de subordination résultant de leur qualité de salarié* ». Attention ce maintien du contrat de travail n'est possible que si c'est clairement précisé dans l'acte nommant le salarié à la fonction de dirigeant, à défaut le contrat de travail est présumé suspendu.

Les Dirigeants de droit

- **L'entrepreneur salarié associé d'une coopérative d'activité et d'emploi.**

Est entrepreneur salarié d'une coopérative d'activité et d'emploi toute personne physique qui remplit les critères fixés par l'article L. 7331-2 du Code du travail

Dans un délai de trois ans (ou moins dans certaines circonstances) l'entrepreneur salarié devient associé de la coopérative d'emploi.

L'ensemble du Code du travail s'applique à l'entrepreneur salarié, y compris la garantie des AGS et la compétence prud'homale.

Les Dirigeants de droit

Dans les Associations :

La responsabilité juridique et financière incombe au Président, même si l'exercice effectif du pouvoir de direction dépend de ce que prévoient les statuts.

Les Cadres dirigeants

Salarié de l'entreprise en application de son contrat de travail.

Distinguer le cadre classique du « cadre dirigeant »

L' Article L. 3111-2 du Code du travail exclut les « *cadres dirigeants* » du champ d'application des dispositions relatives à la durée du travail, :

« *Les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux dispositions des titres II et III (c'est à dire Titre II : Durée du travail, répartition et aménagement des horaires et Titre III : Repos et jours fériés NDLR)* »

Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement. »

Les Cadres dirigeants

Il apparait ainsi que pour qualifier un salarié de cadre dirigeant il faut un cumul de trois critères légaux :

- *la présence de responsabilités importantes dans l'exercice de sa fonction impliquant une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps ;*
- *un pouvoir de décision largement autonome ;*
- *un niveau élevé de rémunération.*

Cf. not. Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 06-46.208, n° 7 FS - P + B, Cass. soc., 26 oct. 2011, n° 10-13.866

Les Cadres dirigeants

La jurisprudence a entendu compléter la définition du Cadre dirigeant ainsi il faut au regard de ces 3 critères légaux cumulatifs vérifier si le Cadre **participe à la direction de l'entreprise** :

- Le fait qu'un salarié dispose d'une grande autonomie dans l'organisation de son travail nécessitée par son haut niveau de responsabilité et soit classé au coefficient le plus élevé de la convention collective ne suffit pas pour avoir le statut de cadre dirigeant. *Il faut également rechercher si le salarié participe à la direction de l'entreprise* (Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-24.412, n° 271 FS - P + B + R, Cass. soc., 4 févr. 2016, n° 14-23.663).

Les Cadres dirigeants

Attention, la participation à la direction de l'entreprise ne constitue pas un critère autonome et distinct se substituant aux 3 critères légaux.

Ainsi la qualification de cadre dirigeant ne peut être écartée au seul motif « *qu'il n'est pas démontré que le salarié participait réellement à la direction de l'entreprise* ». Il faut examiner la situation du salarié au regard des 3 critères légaux fixés à l'article L. 3111-2 du code du travail (Cass. soc., 22 juin 2016, n° 14-29.246, n° 1284 FS - P + B + R, Cass. soc., 1^{er} déc. 2016, n° 15-24.695).

Ce n'est qu'après avoir vérifié que les 3 critères légaux sont réunis, qu'il faudra examiner si cela implique la participation du salarié à la direction de l'entreprise.

Les Cadres dirigeants

Etre attentif aux dispositions conventionnelles :

Parfois, les critères attribuant la qualité de cadre dirigeant sont définis par des dispositions conventionnelles.

Toutefois, même si un accord collectif retient, pour la fonction occupée par le salarié, la qualité de cadre dirigeant, le juge doit vérifier précisément les conditions réelles de l'emploi du salarié concerné (Cass. soc., 22 juin 2011, n° 10-10.945, Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 06-46.208, n° 7 FS - P + B).

Les Cadres dirigeants

Pour la rédaction du Contrat, ou son analyse :

Pour limiter toute discussion sur la qualité de “cadre dirigeant”, il faudra que **le contrat soit le plus précis et clair concernant les trois critères d'identification indiqués à l'article L. 3111-2 du code du travail.**

Mais évidemment toujours avoir à l'esprit que le **juge du fond fera une appréciation in concreto** des conditions d'exercice des fonctions du salarié et vérifiera notamment s'il dispose d'une large autonomie de décision, il ne peut s'en tenir aux seules mentions du contrat d'embauche pour décider si le salarié est ou non un cadre dirigeant. (Cass. soc., 5 oct. 2011, n° 10-17.110; Cass. soc., 11 janv. 2017, n° 14-21.548).

Les Cadres dirigeants

Concrètement, la matérialisation des deux premiers critères cités par l'article L 3111-2 du code du travail est l'attribution d'une **délégation de pouvoirs** que le dirigeant de droit va conférer à un cadre.

Rappel des deux critères :

- *la présence de responsabilités importantes dans l'exercice de sa fonction impliquant une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps ;*
- *un pouvoir de décision largement autonome ;*

Les Cadres dirigeants

La délégation de pouvoirs correspond à une recherche de transfert de responsabilité notamment pénale.

Les délégations de pouvoirs subsistent même si l'autorité qui les a consenties cesse ses fonctions.

Le principe est que le dirigeant confie, au nom et pour le compte de la société, à une personne investie d'une fonction déterminée, **le mandat de représenter la société, personne morale, dans les limites de ses attributions.**

Les Cadres dirigeants

Récapitulatif des dispositions applicables et non applicables aux cadres dirigeants en ce qui concerne les durée du travail, repos et congés :

<u>Dispositions légales non applicables aux cadres dirigeants</u>	<u>Dispositions légales applicables aux cadres dirigeants</u>
Repos quotidien Repos hebdomadaire Durées maximales de travail (quotidienne, hebdomadaire) Contrôle de la durée du travail Heures supplémentaires Jours fériés Travail de nuit	Congés annuels payés Repos obligatoire des femmes en couches Congés non rémunérés Congés pour événements familiaux Compte épargne-temps Hygiène, sécurité et conditions de travail Médecine du travail

Les Cadres dirigeants

Le reste des dispositions du Code du travail s'applique aux cadres dirigeants, notamment :

- l'obligation d'assurer leur sécurité (Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 09-67.798, Bull. civ. V, n° 281).
- les conventions collectives d'entreprise et de branche, (Cass. soc., 6 avr. 2011, n° 07-42.935, Bull. civ. V, n° 90), à l'exception, toutefois de celles qui touchent à la durée du travail, au repos hebdomadaire ou quotidien, et au chômage des jours fériés, à moins que l'accord collectif visé n'en dispose autrement par une **clause expresse** (Cass. soc., 27 juin 2012, n° 10-28.649, Bull. civ. V, n° 200).

Les Cadres dirigeants

- Le droit aux indemnités de rupture.
- Ils peuvent être inscrits aux élections prud'homales dans le collège des employeurs (C. trav., art. L. 1441-12).

En revanche, en ce qui concerne les élections professionnelles, les cadres qui détiennent une délégation écrite d'autorité permettant de les assimiler au chef d'entreprise sont exclus de la liste électorale.

• **NB** : Les contestations par les salariés de leur qualité de cadre-dirigeant ont principalement pour but de leur faire bénéficier du paiement des heures supplémentaires ou de jours RTT issus d'un accord collectif.

• Dirigeant de fait :

Celui qui exerce concrètement des pouvoirs de direction au sein d'une entreprise mais sans en avoir été légalement été investi.

Si reconnu dirigeant de fait, la personne est révocable ad nutum donc sans aucune indemnité de rupture...

LE CUMUL DE MANDAT SOCIAL ET D'UN CONTRAT DE TRAVAIL

Quel intérêt ?

Le statut de salarié dispose d'avantages que le mandataire social peut souhaiter : Stabilité de l'emploi, garantie de versement d'un salaire, des indemnités de rupture de son contrat de travail, la protection sociale.

Dans la vie de l'entreprise, le salarié est susceptible d'être appelé à accéder à des fonctions sociales au cours de l'évolution de son contrat de travail et ce, sans pour autant perdre le bénéfice du statut de salarié.

LE CUMUL DE MANDAT SOCIAL ET D'UN CONTRAT DE TRAVAIL

◆ LES CONDITIONS :

- Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités d'employeur
- La condition sine qua none d'emploi salarié effectif

Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités

Société en nom collectif :

- ◆ **Gérant associé** Pas de cumul possible
- ◆ **Gérant pas associé** Cumul possible

Société en commandite simple ou par actions :

- ◆ **Gérant associé** Pas de cumul possible
- ◆ **Gérant pas associé** Cumul possible

Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités

Association

- ◆ **Cumul possible mais** la Chambre sociale de la Cour de cassation exige l'existence *de possibilités financières suffisantes* pour justifier de la légitimité d'un cumul (*Cass. soc., 17 déc. 1987 : Dr. soc. 1988, p. 475*) en plus de l'existence de fonctions distinctes exercées sous un rapport de subordination.

Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités

Société coopérative ouvrière de production

- ◆ **Le cumul possible sous réserve de l'autorisation préalable du conseil d'administration** (dans le respect de la procédure d'autorisation préalable du conseil d'administration conformément aux dispositions de l'article L. 225-38 du Code de commerce).

Société par actions simplifiées :

Le cumul **possible** dès lors qu'il n'est pas interdit par les statuts

Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités

Société à responsabilité limitée :

- ◆ Cumul **impossible** pour le **gérant majoritaire**
- ◆ Cumul **impossible** pour un **gérant minoritaire unique**
- ◆ Cumul **impossible** pour un **locataire gérant**
- ◆ Cumul **possible** pour le **gérant égalitaire**
- ◆ Cumul **possible** pour le **gérant minoritaire ou non associé**
- ◆ Cumul **possible** pour l'**associé minoritaire, ou non majoritaire**

Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités

Quel que soit le cas de figure, **Obligation d'approbation par les associés dudit contrat de travail.**

- ◆ Cf. Article L. 223-19 du Code de commerce avec présentation par le gérant ou le commissaire aux comptes à l'assemblée ou joindre aux documents communiqués aux associés, en cas de consultation écrite, un rapport sur les conventions intervenues entre la société et l'un de ses gérants ou associés.
- ◆ Si ce n'est pas le Commissaire aux comptes qui est intervenu, le gérant devra l'aviser le commissaire aux comptes de la conclusion de ces conventions.

Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités

Société anonyme :

◆ Mandataire social devenant salarié :

Impossibilité de cumul pour un administrateur

Cumul possible pour un Président, un membre du directoire ou membre du conseil de surveillance

Sous réserve de l'**autorisation préalable du conseil de surveillance** (*C. com.*, art. L. 225-86) et l'**approbation ultérieure par l'assemblée générale sur rapport du commissaire aux comptes** (*C. com.*, art. L. 225-88).

Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités

♦ Salarié devenant mandataire social :

Administrateur :

Possible de cumuler le contrat de travail et le mandat d'administrateur à condition que :

Le contrat de travail corresponde à un **emploi effectif**

Le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction (sachant que les administrateurs élus, les administrateurs représentant des salariés actionnaires et les représentants d'une société coopérative ne sont pas pris en compte parmi les administrateurs salariés (*C. com., art. L. 225-22.*)).

Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités

- ◆ **Sanction : Nullité du mandat**
- ◆ **Si aucune disposition n'est prise au sujet du sort du contrat de travail il est suspendu de plein droit le temps de l'exercice du mandat.**

Les possibilités / impossibilités de cumul en fonction des formes juridiques des entités

Le Directeur général

- Le cumul est **possible à condition** d'avoir préalablement obtenu l'autorisation du conseil d'administration, elle-même suivie d'un vote de l'assemblée générale sur rapport spécial des commissaires aux comptes.

Les Président, membres du directoire ou du conseil de surveillance

- **Cumul possible**

LA CONDITION SINE QUA NON DE L'EMPLOI SALARIE EFFECTIF

- La Cour de Cassation exige pour qu'il puisse y avoir cumul que les fonctions salariées correspondent à un **emploi effectif exercé dans un état de subordination à l'égard de la société et ce, en contrepartie d'une rémunération distincte de celle qui peut être allouée comme mandataire social** (*Cass. soc., 5 févr. 1981 : Bull. civ. 1981, V, n° 105. – Cass. soc., 14 juin 2005, préc. n° 25. – Cass. soc., 14 mai 1998 : TPS 1998, comm. 233 ; JurisData n° 1998-002091 – Cass. soc., 29 nov. 2006, préc. n° 13. – V. pour l'impossibilité pour le juge des référés de connaître de la licéité du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, CA Versailles, 5 mai 1995 : Bull. Joly 1995, p. 764*).

LA CONDITION SINE QUA NON DE L'EMPLOI SALARIE EFFECTIF

- ◆ **Critère jurisprudentiel : Des Fonctions techniques nettement dissociables de celles du mandat** (*Cf. not. Cass. soc., 17 sept. 2008 : JCP S 2008, 1581, note C. Puigelier,*)

Pour apprécier cela, la Cour de cassation demande au juge du fond d'analyser *in concreto* :

- ◆ d'une part, l'exercice effectif d'attributions salariales spécifiques ;
- ◆ d'autre part, la dimension de l'entreprise et les pouvoirs des intéressés pouvant être qualifiés de "décisionnels" (*Cass. soc., 5 juin 1980 : JCP G 1981, II, 19630, note Y. Guyon*).

LA CONDITION SINE QUA NON DE L'EMPLOI SALARIE EFFECTIF

L'exercice effectif d'attributions salariales spécifiques =
Technicité particulière des fonctions occupées (*Cass. soc.*,
16 févr. 1987 : *D.* 1988, *somm.* p. 101. – *Cass. com.*, 7 juin 1988,
préc. n° 35. – *Cass. com.*, 16 févr. 1989 : *Jurispr. soc.* UIMM n° 89-
515, p. 186), sachant que les connaissances techniques ne
suffisent pas à elles seules, puisqu'il faut que le prétendu
salarié précise en quoi consistaient les fonctions,
précisément, techniques dont il avait la charge (*Cass. com.*,
16 févr. 1989, *préc.*).

LA CONDITION SINE QUA NON DE L'EMPLOI SALARIE EFFECTIF

Dimension de l'entreprise :

la réalité des fonctions distinctes est rarement admise dans une entreprise de petite taille

LA CONDITION SINE QUA NON DE L'EMPLOI SALARIE EFFECTIF

- ◆ **Autre critère jurisprudentiel : la subordination juridique pour la partie technique des fonctions :**

L'emploi effectif permettant la légitimité d'un cumul suppose également que l'individu soit placé sous un contrôle continu créateur de dépendance de la part de la société concernée

Le lien de subordination ne saurait être caractérisé si les fonctions que l'intéressé exerçait avant sa nomination *“ne sont plus soumises désormais qu'à sa propre autorité”* (Cass. com., 7 juin 1988 : Bull. civ. 1988, IV, n° 191).

LA CONDITION SINE QUA NON DE L'EMPLOI SALARIE EFFECTIF

La Taille de l'entreprise est un indice pour apprécier l'existence du lien de subordination :

La distinction entre fonctions salariales et fonctions sociales est difficile à opérer dans une **petite entreprise**.

La nature des fonctions exercées est un autre indice, sachant que celle-ci résulte logiquement et obligatoirement de la taille de l'entreprise elle-même.

LA CONDITION SINE QUA NON DE L'EMPLOI SALARIE EFFECTIF

- ♦ Ayant relevé que l'intéressé, associé unique de la société, qui avait exercé les fonctions de gérant jusqu'au 30 novembre 2011, disposait du pouvoir de révoquer le gérant, ce qui excluait toute dépendance attachée à la qualité de salarié, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'était pas dans un lien de subordination à l'égard de la société, et ne pouvait se prévaloir du contrat de travail qu'il a conclu avec cette dernière le 10 décembre 2011 (*Cass. soc.*, 16 janv. 2019, n° 17-12.479 : *JurisData* n° 2019-000294).

LA CONDITION SINE QUA NON DE L'EMPLOI SALARIE EFFECTIF

- La **rémunération perçue en qualité de salarié** pour des fonctions techniques distinctes constitue encore l'une des conditions de la reconnaissance d'un cumul légitime (*Cass. soc., 2 juin 1988 : Bull. civ. 1988, V, n° 338*)
- Une rémunération **proportionnée** aux tâches techniques confiées, sous peine de rejet de l'existence du lien de subordination pour suspicion de s'être octroyé une rémunération sans qu'il ait rencontré d'obstacle au sein de la société (*Cass. com., 12 juill. 1983 : Bull. civ. 1983, IV, n° 218*).

- Une situation de cumul irrégulier entraîne la suspension du contrat de travail pendant la durée d'exercice du mandat, ce qui peut entraîner une perte des droits à l'assurance chômage.
- L'AFEP-MEDEF se prononce, dans ses recommandations, en faveur d'une absence de tout cumul contrat de travail – mandat **social**. (cf. Code de gouvernement d'entreprise et de sociétés cotées révisé en 2018)
- Sachant qui peut prétendre à bénéficier d'un contrat de travail en qualité de dirigeant, il convient d'envisager sa rédaction.

La Formalisation du Contrat de travail du Dirigeant

- ◆ Il est fréquent que dans le cadre des discussions précontractuelles le **rapport de force soit en faveur du futur dirigeant.**
- ◆ En conséquence, le contrat de travail voit s'insérer des **clauses spéciales**, de nature et d'objets variés, s'ajoutant aux clauses usuelles. Elles seront la plupart du temps déterminantes pour inciter le potentiel dirigeant à s'engager.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- La plupart du temps il s'agira d'un Contrat à durée indéterminée puisque le nouveau dirigeant va s'engager dans une **politique d'entreprise à moyen ou long terme.**

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Informations à recueillir auprès du client sur les conditions générales d'emploi du dirigeant :

- ◆ Identité des parties ; Durée du contrat ; Lieu de travail ;
- ◆ Date d'entrée en fonction ; Qualification ; Durée du travail ;
- ◆ Rémunération ; Convention collective de branche et accords collectifs d'entreprise applicables.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Informations spécifiques pour la **rédaction des clauses spéciales** du contrat, sans l'insertion desquelles les parties ne pourront être considérées comme liées, *est-il envisagé ?* :

- ◆ Le versement d'une prime d'embauche (« *golden hello* ») ;
- ◆ Une période d'essai ; Une clause de mobilité ;
- ◆ Une clause de loyauté et de confidentialité **renforcée** ;
- ◆ Des avantages en nature (logement, véhicule, etc.) ;
- ◆ Une rémunération variable ou un bonus ;

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- ◆ L'enrôlement à un programme d'attribution d'actions ;
- ◆ Le régime fiscal dont bénéficiera le dirigeant ;
- ◆ Une indemnité contractuelle de licenciement (*golden parachute*) ;
- ◆ Un préavis étendu ;
- ◆ Une clause de non-concurrence ;
- ◆ L'adhésion à un régime de retraite à cotisations ou à prestations définies ;

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- Le cumul du contrat de travail et d'un mandat social ;
- La conclusion d'une délégation de pouvoir ayant pour effet de transférer la responsabilité pénale ;

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Analyser les conventions ou accords collectifs applicables

Dans certains cas, la convention collective encadre le contenu des clauses contractuelles (en fixant, par exemple, une durée maximale de la période d'essai ou en instaurant un délai de prévenance en matière de mobilité géographique) ;

Rappel, le contenu des clauses contractuelles ne saurait être moins favorable que le dispositif conventionnel applicable ;

Un dispositif conventionnel peut être un préalable indispensable à la possibilité d'insérer valablement certaines clauses contractuelles, comme la faculté de renouveler la période d'essai par exemple.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Analyser les usages et engagements unilatéraux en vigueur au sein de la structure :

- Le contrat de travail ne pourra pas y déroger dans un sens moins favorable.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- ◆ Eu égard aux enjeux financiers et organisationnels liés à l'embauche d'un dirigeant, il est nécessaire de déterminer dès l'embauche le plus précisément possible les modalités d'exécution de la relation de travail.

Cette détermination peut être opérée par le contrat de travail ou par un document annexe.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- ◆ Les modalités de *reporting* et de pilotage de la société peuvent être définies dans le contrat de travail.

Cela permettra à la société employeur de disposer de **comptes rendus réguliers de l'activité** du dirigeant et de recevoir les **données financières en temps utiles** et ce même si le dirigeant dispose d'une grande autonomie dans l'exercice de ses fonctions.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- ◆ En ce qui concerne certains **avantages périphériques**, comme la mise à disposition d'un logement ou le versement d'un bonus, la pratique consiste assez fréquemment à convenir de ces éléments avec le dirigeant par le biais d'un document **annexe** au contrat de travail, afin de garantir un plus grand niveau de confidentialité.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Les conditions de rupture du contrat de travail peuvent être utilement anticipées :

- En pratique, le départ d'un dirigeant n'intervient pas sans **négociation** d'une transaction, évidemment cela est dicté par le souhait de la société à protéger les informations **confidentielles** auxquelles le dirigeant a eu accès.
- À cet égard, les clauses contractuelles de licenciement, dont l'AFEP/MEDEF **condamne** la pratique, présentent l'intérêt de déterminer, *a priori*, les bases sur lesquelles la négociation financière s'engagera.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

A l'évidence, chaque clause spéciale du contrat peut présenter un réel **coût financier** pour la société.

- Recommander au client de procéder en amont à une **appréciation** de leur coût et de procéder à une définition globale de la rémunération, incluant les avantages directs et indirects, immédiats et différés, consentis au dirigeant.
- Il est fréquent que les dirigeants souhaitent disposer de **simulation** de leur **rémunération** après paiement de l'impôt sur le revenu des personnes physiques. Cette simulation peut s'avérer déterminante dans sa prise de décision.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- ◆ **La conclusion du contrat de travail ouvrira droits à Pôle emploi :** C'est le lien subordonné dans l'exécution de tâches distinctes qui détermine l'assujettissement à Pôle emploi.
- ◆ NB : Les mandataires non salariés peuvent souscrire à un régime volontaire spécifique de risque perte d'activité : l'assurance perte d'emploi GSC (créée par le MEDEF notamment).
- ◆ À condition de respecter les conditions soumises au Pôle emploi lors de la demande initiale, la décision d'affiliation de cet organisme vaut pour l'avenir et tant que le lien de subordination demeure.
- ◆ Attention : Des allocations perçues à tort doivent être remboursées sauf si le bénéficiaire n'a pas trompé les autorités sur sa situation et pouvait légitimement croire percevoir à une indemnisation (*CEDH, 26 avr. 2018, n° 48921/13 : JCP S 2018, act. 127*).

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Les Clauses générales du contrat de travail

Parties au contrat de travail :

- ◆ L'employeur, personne morale prise en la personne d'un de ses représentants, et le dirigeant, personne physique.

Date de début du contrat ou de la relation de travail :

Marque le début de dates importantes pour la relation de travail, par exemple :

- ◆ l'expiration de l'éventuelle période d'essai (dès lors que les parties en ont instauré une) ; la période d'acquisition des droits à congés payés ; le calcul de l'ancienneté ; l'ouverture des droits aux assurances sociales.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Le Lieu de travail

- ◆ Information devant être portée à la connaissance du dirigeant dans les deux mois de son embauche. Il est donc judicieux de le mentionner dans le contrat de travail.
- ◆ La mention du lieu de travail dans le contrat de travail n'exclura pas l'obligation, pour le dirigeant, d'effectuer d'éventuels déplacements occasionnels, nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions.
- ◆ **MAIS** : Même pour un dirigeant, alors qu'il pourrait être présumé, l'engagement de mobilité ne se présume pas et doit faire l'objet d'une clause ou d'un avenant au contrat de travail.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Les Fonctions, qualification et classification

- ◆ Ces éléments doivent aussi être portés à la connaissance du dirigeant **dans les deux mois de son embauche**, encore une fois préférable de les mentionner dans le contrat de travail. *NB* : En tout état de cause, les fonctions pour lesquelles le dirigeant est embauché ont une valeur contractuelle, elles ne pourront être modifiées par l'employeur qu'avec l'accord exprès du salarié dirigeant.

La Structure de la rémunération

- ◆ La rémunération d'un dirigeant contient le plus souvent un salaire fixe auquel s'ajoutent des éléments de rémunération additionnelle, qu'ils soient ou non récurrents. Une option consiste à convenir avec le dirigeant d'un plan de rémunération, qui peut être supérieur à l'année et peut être fondé sur les résultats financiers de la société ou tout autre critère pertinent. On peut aussi préciser dans cette clause les avantages en nature prévus.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Durée du travail :

- ◆ Rappel : **Exclusion** du dirigeant du dispositif de la durée du travail **si** il se voit confier des **responsabilités** dont l'importance **implique une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps**, s'il est **habilité à prendre des décisions de façon largement autonome**, **perçoit une rémunération** se situant dans les **niveaux les plus élevés** des systèmes de rémunération pratiqués dans son entreprise ou établissement **et qu'il participe à la direction de l'entreprise**.
- ◆ **Attention** : La conclusion d'une convention individuelle de forfait en jours **exclut la qualité de cadre dirigeant**. La conclusion d'une convention individuelle de forfait en jours, quand bien même elle serait irrégulière, exclut la qualification de cadre dirigeant, sans qu'il soit besoin d'examiner les fonctions réelles exercées par le salarié (*Cass. soc., 7 sept. 2017, n° 15-24.725 : JurisData n° 2017-017198*).

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- ◆ L'article 17 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (*JO n° L 299, 18 nov. 2003, p. 9*) permet aux États membres de déroger aux dispositions relatives au repos journalier, au temps de pause, au repos hebdomadaire et au travail de nuit, pour « *les cadres dirigeants...* », tout en respectant les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs. Pas certain que les juges puissent considérer que l'Etat français a fait usage de ce droit à dérogation donc mieux vaut a minima **respecter les durées maximales de travail quotidiennes et hebdomadaires.**

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Modèle de clause concernant la durée du travail :

« Compte tenu de l'importance des responsabilités qu'il (ou qu'elle) doit assurer dans le cadre de ses fonctions, Monsieur (ou Madame) < > est totalement indépendant(e) dans la gestion de son emploi du temps.

En qualité de cadre dirigeant(e), et conformément aux dispositions de l'article L. 3111-2 du Code du travail, Monsieur (ou Madame) < > n'est pas soumis(e) à la réglementation de la durée du travail.

Néanmoins, compte tenu de ses autres activités, Monsieur (ou Madame) < > reconnaît ne pas pouvoir consacrer la totalité de son temps à l'exécution du présent contrat. Aussi, pour satisfaire aux exigences de la législation de la sécurité sociale, les parties ont-elles décidé de déclarer sur le bulletin de paye que le temps consacré au présent contrat correspond à 151,67 heures par mois. »

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Autres « clauses classiques » :

- ◆ Clause mentionnant les conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise.
- ◆ Clause relative à la durée du congé payé ou fixant les modalités d'attribution et de détermination de ce congé ;
- ◆ Clause relative à la durée du délai de préavis en cas de rupture du contrat de travail ou précisant les modalités de détermination de cette durée;

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Les Clauses particulières du contrat de travail

Une Clause de confidentialité dite 'renforcée'

- Domaine des affaires donc protection du « secret » des affaires
- la société peut déterminer la nature des informations qu'elle considère comme confidentielles et que le dirigeant devra tenir secrètes à l'issue de sa relation de travail (peut être utile pour protection d'un secret de fabrication aussi). Mais une définition la plus large possible devra être retenue afin d'anticiper d'éventuelles évolutions dans le temps des informations en cause.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Une Clause de garantie d'emploi

Pas de rupture du contrat pendant une durée convenue avec le dirigeant. Si non-respect : dommages-intérêts, éventuellement, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction de l'ancienneté.

Etre **attentif** :

- ◆ À la date d'entrée en vigueur (dès la date de conclusion du contrat de travail ou à l'expiration de la période d'essai) ;
- ◆ Aux hypothèses dans lesquelles la clause ne sera pas opposable à l'employeur (manquement constitutif d'une faute grave, inaptitude physique d'origine non professionnelle, accord des parties, faute grave ou lourde du salarié, force majeure)
- ◆ Aux conséquences d'une violation de la clause par l'employeur – la fixation d'une **indemnité** (dans son *quantum* ou son mode de calcul) constituant une clause pénale.

Ces clauses peuvent notamment présenter un intérêt dans le cadre d'un fusion/rachat d'entités pour protéger certains postes clés et surtout certaines personnes,

Document à usage strictement personnel -
Ne pas diffuser en dehors de l'AAPDS.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Une Clause de non-concurrence

- L'enjeu est tel pour l'entreprise est tel qu'elle **semble être impérative** dans le contrat de travail d'un dirigeant.
- Dans le cadre d'une **négociation de rupture**, la question de l'application de cette clause pourra constituer un **enjeu important**.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Rappel des conditions de validité :

- ◆ être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ; être limitée dans le temps et dans l'espace ; tenir compte des spécificités de l'emploi du dirigeant ; comporter l'obligation pour l'employeur de verser au dirigeant une contrepartie financière. La proportionnalité des exigences résultant de la clause doit pouvoir être établie au regard des objectifs poursuivis et les éventuelles restrictions qui résulteraient du droit conventionnel applicable dans l'entreprise devront être considérées.

Attention particulièrement à :

- ◆ la faculté, pour l'employeur, de renoncer à sa mise en œuvre ;
- ◆ les modalités d'indemnisation du dirigeant (date, caractère forfaitaire ou échelonné notamment) ;
- ◆ les conséquences de la nullité de la clause ou d'un manquement du dirigeant.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Une Clause de reprise d'ancienneté

Peut servir à convaincre, à inciter un dirigeant que l'on souhaite réellement embaucher.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Une Clause dite « *de changement de contrôle* » :

Possibilité pour le dirigeant de résilier son contrat de travail, en raison d'un changement d'actionnaire de la société

Utile pour garantir la situation du dirigeant, notamment si la société est considérée comme une entreprise « cible » du fait de son côté prometteur pour l'avenir.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

La Clause de délégation de pouvoirs

- ◆ Fondamentale pour un Cadre dirigeant.
- ◆ Le mandataire social, le délégant, transfère de ses responsabilités à une autre personne, le cadre dirigeant, délégataire.
- ◆ La délégation de pouvoirs permet au délégataire de représenter et d'engager la société auprès des tiers. Le délégataire peut donc signer des actes au nom de la société et ainsi engager la société.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- ◆ La délégation de pouvoirs doit être large mais pas illimitée :
- ◆ > Transfert des attributs essentiels du chef d'entreprise :
 - ◆ pouvoir de direction sur les éléments concernés et il assume la responsabilité qui en découle.
 - ◆ Transfert de la responsabilité pénale pour le salarié délégataire.
- ◆ Si elle n'est que très partielle on ne pourra pas considérer que le délégataire est un « dirigeant ».
- ◆ Mais elle ne peut pas être illimitée et priver le dirigeant de droit de ses pouvoirs :
 - ◆ L'organisation et la politique générale de l'entreprise, relèvent nécessairement de la responsabilité exclusive du mandataire social.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- ◆ **L'objet** de la délégation de pouvoirs doit également être **précis, détaillé**, cela permet de savoir en cas d'infraction, qui est responsable.
- ◆ Le chef d'entreprise doit **déterminer de manière exacte les pouvoirs conférés**, la clause ne doit donc pas être rédigée en termes généraux.

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- ◆ Le délégataire doit détenir **l'autorité nécessaire** pour mener à bien sa mission **en totale autonomie**.
- ◆ S'il est dans l'obligation, de demander des autorisations à des supérieurs c'est qu'il n'est pas doté d'une autorité suffisante.
- ◆ NB : La subdélégation est permise.

Rappel des 3 critères légaux et du critère jurisprudentiel du cadre dirigeant :

- ◆ la présence de responsabilités importantes dans l'exercice de sa fonction impliquant une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps ;
- ◆ un pouvoir de décision largement autonome ;
- ◆ un niveau élevé de rémunération;
- ◆ Prendre part à la direction de l'entreprise

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- ◆ « **Modèle de Délégation concernant un chef d'établissement :**
- ◆ *La société < >, représentée par Monsieur (ou Madame) < >, ayant la qualité de < exemple : dirigeant(e) de droit >, délègue à Monsieur (ou Madame) < >, ayant qualité de < >, tous pouvoirs de façon effective et permanente, afin qu'il (ou elle) soit en mesure d'assurer l'entière responsabilité de la gestion de l'établissement < >.*
- ◆ *Monsieur (ou Madame) < > est investi(e) par la société < > de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement à l'observation et la bonne application des dispositions légales pouvant entraîner la responsabilité du dirigeant.*

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- *En raison de ses compétences techniques et professionnelles, la société délègue à Monsieur (ou Madame) < > les pouvoirs suivants.*
- *Monsieur (ou Madame) < > aura la capacité de conclure un certain nombre de contrats ou d'effectuer des opérations engageant la société, à savoir :*
- *< Liste indicative à adapter à chaque domaine de compétences :*
- *Exemples :*
- *- conclure les baux ;*

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- - *consentir toute promesse de vente, acheter ou céder à titre onéreux tous biens mobiliers ou immobiliers ;*
- - *contracter ou résilier toutes polices d'assurance concernant les risques de toute nature ;*
- - *signer tous actes d'achat ou de vente de biens mobiliers ou immobiliers ;*
- - *formuler toute demande d'immatriculation des véhicules neufs auprès de la Préfecture ;*
- - *faire fonctionner tous comptes bancaires et postaux de la société < >, tirer tous chèques, gérer tous retraits et donner tous ordres de virement dans la limite du solde disponible de chaque compte, remettre tous chèques ou effets à l'escompte ou à l'encaissement, requérir tous cautionnements bancaires ;*

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

- - *obtenir des organismes bancaires ou assimilés les prêts, emprunts et autres crédits nécessaires pour assurer la trésorerie de la société < > ;*
- - *représenter la société vis-à-vis de l'administration fiscale ;*
- - *négocier les contrats d'achat. >*
- *Monsieur (ou Madame) < > déclare expressément accepter la présente délégation et reconnaît être informé(e) des effets de celle-ci, notamment des conséquences en matière de responsabilité pénale.*
- *La délégation de pouvoirs de Monsieur (ou Madame) < > sera valable < tout au long de ses missions, jusqu'au terme du présent acte >, sauf < révocation anticipée ou renouvellement exprès >. »*

La Formalisation du Contrat de travail du Cadre Dirigeant

Indemnité contractuelle de licenciement (Golden parachute)

- ◆ En principe, cette clause prévoit que le versement d'une indemnité contractuelle de licenciement peut intervenir pour un motif autre que la faute grave ou lourde.
- ◆ L'AFEP-MEDEF recommande que le montant de cette indemnité de départ, éventuellement cumulée avec les indemnités versées en application d'une clause de non-concurrence, ne soit pas supérieur à 2 ans de rémunération (fixe et variable inclus).

Le dirigeant de droit, un salarié surveillé... traqué ?

- ◆ La **loi Sapin 2** (L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 : JO 10 déc. 2016, texte n° 2 . – Ord. n° 2017-1162, 12 juill. 2017 : JO 13 juill. 2017, texte n° 17 . – C. com., art. L. 225-37-2 et L. 225-82-2 a mis en place un système de contrôle de la rémunération des dirigeants par les actionnaires.
- ◆ La **Loi PACTE** impose désormais (article 178 et Décret n°2019-862 du 20 août 2019 JO du 2 août 2019) aux SA d'inclure dans le rapport présenté aux AG **le niveau de rémunération des principaux dirigeants par rapport à celui des salariés** (C. com., art., L. 225-37-3 al. 4 et 5 et prévoit une obligation accrue d'avoir des administrateurs salariés (L. n° 2019-486, 22 mai 2019, préc., art. 184).

Le dirigeant de droit, un salarié surveillé... traqué ?

- ◆ Le vote annuel de l'assemblée générale des actionnaires sur les éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature, attribuables aux présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués des sociétés anonymes cotées en Bourse (à conseil d'administration ou à conseil de surveillance) devient contraignant et non plus seulement consultatif.
- ◆ Les éléments composant cette rémunération sont notamment (*C. com. art. R. 225-29-1 et R. 225-56-1*) : les rémunérations, indemnités ou avantages dus à raison de la prise de fonctions, les jetons de présence, la rémunération fixe annuelle, la rémunération variable annuelle, la rémunération variable pluriannuelle, les attributions d'options de souscription ou d'achat d'actions, les attributions gratuites d'actions, les rémunérations exceptionnelles.

Le dirigeant de droit, un salarié surveillé... traqué?

Les avantages propres aux dirigeants sont menacés, ce qui génère des risques :

- ◆ Application du principe **d'égalité de traitement entre cadres et non cadres** : **les primes spécifiques sont menacées**, seules les avantages salariaux versés selon des modalités différentes (primes de 13e mois par exemple) sont conformes (Cass. soc., 26 sept. 2018, n° 17-15.101 : JurisData n° 2018-016342 ; JCP S 2018, 2018, 1337, note E. Lederlin).
- ◆ Nécessité en **prévoyance santé ou retraite de traiter tous les salariés d'une manière équivalente, obligatoire et collective sans distinction d'âge ou de nationalité** (Cass. 2e civ., 20 déc. 2018, n° 17-27.021 : JurisData n° 2018-023676 ; JCP S 2019, 1034, note A. de Louvigny), ce qui **empêche tout avantage hors norme du dirigeant**.

Le dirigeant de droit, un salarié surveillé... traqué?

- ◆ abondement patronal au PEE sans versement préalable du salarié à condition d'être prévu par le plan et identique pour l'ensemble des salariés (*Loi PACTE n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 162*) ;
- ◆ création de bonus récupérables (rémunération variable pouvant, en tout ou partie, être réduite ou donner lieu à restitution lorsque le preneur de risque a méconnu les règles édictées par l'établissement) et exclusion pour la détermination de diverses indemnités de rupture (*C. trav. art. L. 1226-15, L. 1234-9, L. 1235-3, L. 1235-3-1, L. 1235-11 et L. 1235-16*) de la partie de la part variable dont le versement peut être réduit ou donner lieu à restitution (*L. n° 2019-486, 22 mai 2019, préc., art. 77*) ;

CONCLUSION

Attention au but recherché par notre client, aux conditions de validité du contrat, à la qualité des signataires, à leurs statuts juridiques, au contenu du contrat mais aussi...

... au risque de vol du contrat par le dirigeant... :

- ◆ Un salarié ne refusera jamais à un supérieur, qui prétextera ne plus retrouver son exemplaire, de lui sortir son contrat de travail du dossier, sauf que s'il ne le restitue pas, l'employeur n'aura plus d'exemplaire à faire valoir...

Dès lors par exemple difficile de faire valoir une clause de non-concurrence...

- ◆ Enfin, une suggestion personnelle...