



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

DROIT DU TRAVAIL

Fiche 5

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

Fiche 05 - Le cumul d'un contrat de travail avec un mandat social

Mise à jour : juin 2023

Un salarié peut sous certaines conditions cumuler son emploi en tant que salarié avec un mandat social, comme par exemple, être gérant ou administrateur de la société qui l'emploie.

Lorsqu'un tel cumul est prévu :

- il faut considérer qu'il y a la conclusion de deux contrats distincts, même si, en pratique, le seul contrat qui est signé est le contrat de travail ;
- le contrat de travail doit correspondre à une fonction réellement exercée dans un lien de subordination et qui est distincte de la fonction de mandataire ;
- la fonction de mandataire doit aussi être effective.

1. La conclusion de deux contrats distincts

Le contrat de travail et le mandat social obéissent à des régimes juridiques très différents.

	Contrat de travail	Mandat social
Création	Signature d'un contrat de travail écrit entre les parties, et l'accomplissement des formalités légales	Mention dans les statuts de la société ou décision de l'assemblée des associés
Rémunération	Un salaire	Si une rémunération est prévue, elle doit être décidée en assemblée générale. A défaut d'une telle décision, le mandat du gérant ou de l'administrateur est gratuit ^[1]
Responsabilité	Responsabilité du droit commun	Les mandataires sociaux sont responsables envers la société, conformément au droit commun de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion ^[2]
La résiliation du contrat par l'employeur / le mandant	L'employeur doit respecter la procédure de licenciement organisée par le Code du travail	La révocation du mandataire est organisée par la Loi sur les Sociétés Commerciales (ou LSC) ^[3]
La résiliation du contrat par le salarié / le mandataire	Pour démissionner, le salarié doit <ul style="list-style-type: none"> - soit respecter un délai de préavis^[4] - soit justifier une faute grave de son employeur dans l'exécution de son contrat de travail^[5] 	La démission n'a pas à être acceptée par la société ^[6] Cependant la démission ne doit pas être intempestive et ne pas engager la pérennité de l'entreprise. A défaut le mandant pourra réclamer des dommages intérêts ^[7]

2. La consistance du contrat de travail

En cas de mise en question du caractère réel ou fictif du contrat de travail, les juges ne s'arrêtent pas à l'existence d'un contrat de travail, à la perception d'une rémunération ou encore à une affiliation à la sécurité sociale !

Le juge va en effet vérifier l'existence d'un emploi effectif comme salarié, c'est-à-dire :

- l'existence de fonctions techniques distinctes des fonctions exercées en vertu du mandat social ;
- l'exercice de cet emploi dans un lien de subordination vis-à-vis de l'entreprise.^[8]

A. Lorsque le mandat ne comprend pas l'autorisation d'établissement

Le juge va analyser l'existence d'indices tels que les suivants :

Pour l'administrateur de SA

- Est-ce que le contrat de travail est antérieur au mandat social ?
- Est-ce qu'il existe un Conseil d'administration et que l'administrateur-salarié n'est pas le seul administrateur ?

Pour le gérant d'une SARL

- Est-ce que la SARL est dotée d'un conseil de gérance ?
- Est-ce que le gérant a des pouvoirs limités et n'a pas le pouvoir de signature individuel ?

B. Lorsque le mandat comprend l'autorisation d'établissement

Le droit de la sécurité sociale impose des limites au cumul des fonctions[9]

- Si une personne est associée d'une SARL (mais aussi de SNC ou de SECS), elle ne peut pas être affiliée comme salarié si elle dispose de l'autorisation d'établissement et qu'elle détient plus de 25% des parts sociales.
- Si une personne est administrateur (ou commandités, délégués à la gestion journalière) d'une SA (mais aussi d'une SECA ou d'une société coopérative) elle ne peut pas être affiliée comme salarié si elle dispose de l'autorisation d'établissement.

3. La consistance du mandat social

Le salarié qui accepte un mandat social ne doit pas être un « gérant de paille », c'est-à-dire une personne interposée, ou avoir une attitude passive.

Le fait qu'un salarié fait office de personne interposée en mettant sa qualification et honorabilité professionnelles à la disposition de son employeur sans assurer la gestion réelle de l'entreprise est constitutif d'un délit pénal, tant à l'encontre du faux mandataire que du dirigeant de fait.[10]

Une attitude passive du gérant, qui ne se préoccupe pas de la gestion de la société, est constitutive d'une faute de gestion susceptible d'engager sa responsabilité personnelle à l'égard de la société.[11]

Un salarié peut être la personne sur laquelle repose l'autorisation d'établissement (personne physique désignée) seulement si les conditions suivantes sont réunies.

Les exigences sont aggravées si le salarié est la personne sur lequel repose l'autorisation d'établissement car il doit, suivant le droit d'établissement « assurer effectivement et en permanence la gestion journalière de l'entreprise » et aussi « être en ordre avec le paiement des charges sociales ou fiscales ».[12]

[1] Si une rémunération est prévue, elle doit être traitée fiscalement comme une charge au niveau de l'entreprise et comme un revenu provenant d'une profession libérale au niveau du salarié. Si le salarié-mandataire réside à l'étranger, une retenue à la source de 20% doit être effectuée. Depuis le 1er janvier 2017, les administrateurs exerçant au Luxembourg sont assujettis à la TVA (sauf exceptions).

[2] Article 441-9, al. 1er LSC qui est prévu pour les administrateurs de sociétés anonymes, et qui s'applique aux gérants par renvoi de l'article 700-16 LSC

[3] Si les administrateurs de SA sont librement révocables par l'assemblée générale (article 441-2, LSC), les gérants de Sarl sont révocables pour causes légitimes sauf stipulations

statutaires contraires des statuts (article 710-14 LSC).

[4] Article L.124-4. du Code du travail.

[5] Article L.124-10. du Code du travail.

[6] Manuel de droit des sociétés, JP Winany p.662.

[7] Article 2007 du Code civil.

[8] Par exemple : « Il ne résulte d'aucun élément du dossier que malgré son contrat de travail et son affiliation en tant que salarié à la sécurité sociale M. A. ait effectivement travaillé au service de la société sous les ordres et le contrôle du gérant statutaire ou qu'il ait été dans un lien de subordination à l'égard d'un responsable de la société. C'est donc à raison que le tribunal du travail a retenu que le lien de subordination de M. A. à l'égard de l'employeur n'était pas établi, que la preuve d'une relation de travail n'était pas rapportée et a conclu à son incompetence pour connaître des revendications de M. A. » (Cour d'appel, 22 janvier 2015, N°41209 du rôle).

[9] Articles 1.(4), 85.(7) et 170.(1), Code de la sécurité sociale.

[10] Délit sanctionné d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois ans et/ou amende de 251 à 125.000 euros (article 39 (3), Loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales).

[11] Articles 441-9 (1) et 710-16, LSC.

[12] Ces conditions sont listées à l'article 4, Loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

