

## VADEMECUM – DIRIGEANT OPERATIONNEL

LE STATUT JURIDIQUE DU DIRIGEANT OPERATIONNEL		
	Analyse / fondement légal	Commentaires /recommandations
<p><b>1.1 Qu'est-ce qu'un mandataire social ?</b></p>	<p>En droit des sociétés, le mandataire social se définit traditionnellement comme la personne dotée d'un pouvoir de représentation et de direction de la société à l'égard des tiers<sup>1</sup>.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Il exerce sa mission, en dehors de tout lien de subordination, pour le compte de l'entité au nom de laquelle il est habilité à agir.</li> <li>▪ Il incarne l'entité dont il est le représentant légal et est investi, <b>de par la loi</b>, des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de l'entité qu'il représente, dans les limites de l'objet social.</li> <li>▪ Il est en principe révocable <i>ad nutum</i></li> <li>▪ Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail est possible dans certains cas mais soumis à des conditions strictes posées par la jurisprudence. En particulier, l'existence du contrat de travail doit se justifier par <b>l'exercice effectif de fonctions techniques, clairement distinctes du mandat social.</b></li> </ul>	<p><b>Commentaire :</b> à titre d'exemple, dans les SA, le directeur général est un véritable mandataire social, qui, aux termes de l'article L. 225-56 du Code de commerce « <i>est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société [...] représente la société dans ses rapports avec les tiers. La société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances [...]. Les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du directeur général sont inopposables aux tiers</i> »</p>

<sup>1</sup> Dictionnaire Permanent social – dirigeants de sociétés, partie 1 – définition du mandat social.

## VADEMECUM – DIRIGEANT OPERATIONNEL

<p><b>1.2 Le dirigeant opérationnel est-il mandataire social ?</b></p>	<p>Le DO ne doit pas être considéré comme un mandataire social pour les raisons suivantes :</p> <p>1) <b>Le DO est salarié de la mutuelle ou de l'union</b> et est donc lié à cette dernière par un lien de subordination. Il exerce d'ailleurs ses fonctions sous le contrôle du conseil d'administration.</p> <p>⇒ art 211-14 al. 2 Code mut. : « <i>Le conseil d'administration approuve les éléments du contrat de travail du dirigeant opérationnel [...]</i> »</p> <p>⇒ art 211-14 al. 1 Code mut. : « <i>Le dirigeant opérationnel exerce ses fonctions sous le contrôle du conseil d'administration et dans le cadre des orientations arrêtées par celui-ci conformément aux dispositions de l'article L. 114-17</i> ».</p> <p>2) <b>Le DO ne dispose pas, de par la loi, d'un pouvoir général de représentation de la mutuelle ou de l'union.</b> Il exerce ses pouvoirs à l'égard des tiers dans la limite de la délégation qui lui a été accordée par le CA</p> <p>⇒ art 211-14 al. 3 Code mut. : « <i>Le dirigeant opérationnel exerce ses pouvoirs dans la limite de l'objet de la mutuelle ou de l'union, de la délégation mentionnée au précédent alinéa et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées générales, au conseil d'administration et au président</i> »</p> <p>✓ <b>Contrairement au Président</b>, le Code de la mutualité ne prévoit pas que le DO engage la mutuelle à l'égard des tiers.</p> <p>⇒ art L. 114-18 Code mut. : « <i>A l'égard des tiers, la mutuelle ou l'union est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet de la mutuelle ou de l'union, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte</i></p>	<p><b>Commentaire</b> : le fait que le DO soit un dirigeant effectif n'induit pas nécessairement le statut de mandataire social. L'ACPR fait d'ailleurs expressément la distinction au sein des dirigeants effectifs entre les mandataires sociaux et les dirigeants salariés</p> <p>⇒ <i>Le formulaire de nomination ou de renouvellement d'un dirigeant effectif établi par l'ACPR, envisage expressément l'hypothèse où le dirigeant effectif n'a pas la qualité de mandataire social</i><sup>3</sup>.</p> <p>⇒ <i>La notice de l'ACPR<sup>4</sup> sur la désignation des « dirigeants effectifs » dans le régime Solvabilité II en date du 2 novembre 2016 précise en outre « dans le cas général, les dirigeants effectifs ont soit le statut de mandataire social, soit celui de salarié de l'organisme » (voir notice susvisée chapitre I. principes généraux de gouvernance, p.3)</i></p> <p><b>Point d'attention</b> : Il s'agit d'une modification par rapport à ce qui était prévu pour le dirigeant salarié des mutuelles avant la transposition de Solvabilité 2. En effet, l'ancien article L. 114-19 al. 2 du Code de la mutualité prévoyait expressément qu'à l'égard des tiers, « <i>la mutuelle est engagée même par les actes du Président du CA ou des dirigeants salariés qui ne relèvent pas de son objet [...]</i> »</p>
--	---	---

<sup>3</sup> Formulaire de nomination ou de renouvellement de dirigeant effectif Annexe 1 de l'instruction à l'instruction n° 2017-I-10, questionnaire relatif au dirigeant, paragraphe 3 *Précisions complémentaires.*

<sup>4</sup> [https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user\\_upload/acp/publications/registre-officiel/20161102-notice\\_gouvernance-post-CCAP.pdf](https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/registre-officiel/20161102-notice_gouvernance-post-CCAP.pdf)

## VADEMECUM – DIRIGEANT OPERATIONNEL

<p><b>1.2 Le dirigeant opérationnel est-il mandataire social ?</b></p> <p><b>(Suite)</b></p>	<p><i>dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances ».</i></p> <p>3) Le DO n'est pas administrateur. Le Code de la mutualité ne fait d'ailleurs pas référence à la « <b>révocation</b> » du dirigeant opérationnel (notion propre aux mandataires sociaux) mais aux conditions dans lesquelles « <b>il est mis fin</b> » à ses fonctions</p> <p>⇒ art L. 114-18 Code mut. : « Le conseil d'administration des mutuelles et unions mentionnées à l'article L. 211-10 et des unions mutualistes de groupe mentionnées à l'article L. 111-4-2 nomme, sur proposition du président du conseil d'administration, le dirigeant opérationnel, qui ne peut être un administrateur. <u>Il est mis fin aux fonctions du dirigeant opérationnel suivant la même procédure.</u></p>	
--	---	--

## VADEMECUM – DIRIGEANT OPERATIONNEL

LE CONTRAT DE TRAVAIL DU DIRIGEANT OPERATIONNEL		
	Analyse / fondement légal	Commentaires /recommandations
<p><b>2.1 Quelles sont les principales conséquences du statut salarié du dirigeant opérationnel ?</b></p>	<p>Le DO est nommé par le Conseil d'Administration sur proposition du Président du Conseil d'Administration. Il est lié à la Mutuelle par un contrat de travail.</p> <p style="padding-left: 20px;">⇒ art 211-14 al. 2 Code mut. : « <i>Le conseil d'administration des mutuelles et unions mentionnées à l'article L. 211-10 et des unions mutualistes de groupe mentionnées à l'article L. 111-4-2 nomme, sur proposition du président du conseil d'administration, le dirigeant opérationnel, qui ne peut être un administrateur.</i></p> <p style="padding-left: 20px;"><i>Le conseil d'administration approuve les éléments du contrat de travail du dirigeant opérationnel....».</i></p> <p>Le DO est ainsi par principe un salarié de la Mutuelle ou de l'Union. Il n'est pas un mandataire social.</p> <p>En cette qualité de salarié :</p> <p style="padding-left: 20px;">⇒ Il est lié à la Mutuelle ou à l'Union par un lien de subordination;</p> <p style="padding-left: 20px;">⇒ Il doit rendre des comptes au Conseil d'Administration, au Président ou à toute personne ou organe désigné dans les statuts de la Mutuelle ou de l'Union.</p>	<p><b>Commentaire</b> : le DO a les mêmes droits et obligations que tout salarié de la Mutuelle ou de l'Union :</p> <p>⇒ <b>Ses droits</b> : droits à l'exécution du contrat de travail de bonne foi et au respect de la réglementation sociale, droit à la formation, respect des droits et libertés du salarié, respect de la dignité.</p> <p>⇒ <b>Ses obligations</b> : obligation de respect du contrat de travail et des directives de l'employeur, obligation de loyauté, obligation de discrétion.</p> <p>⇒ En cas de manquements de l'employeur ou du salarié à leurs obligations respectives, leurs responsabilités civiles mais également pénales peuvent être engagées.</p>

## VADEMECUM – DIRIGEANT OPERATIONNEL

### 2.2 Quels éléments du contrat de travail du dirigeant opérationnel soumettre à l'approbation du CA?

Les éléments du contrat de travail du DO sont *approuvés* par le Conseil d'Administration.

⇒ art 211-14 al. 2 Code mut.: « ... *Le conseil d'administration approuve les éléments du contrat de travail du dirigeant opérationnel...* ».

**1) L'approbation par le Conseil d'administration porte sur les éléments du projet de contrat de travail ou du projet d'avenant à conclure** avec la mutuelle par le salarié en tant que dirigeant opérationnel.

Les éléments du contrat de travail approuvés par le Conseil d'Administration sont, en règle générale, les **éléments dits essentiels du contrat**, qui ne peuvent pas être imposés au salarié par son employeur et qui ne peuvent pas être modifiés sans son accord préalable, à savoir : *la rémunération, les fonctions, la durée du travail et, sous certaines conditions, le lieu de travail.*

**2) Le PV du CA doit dès lors faire expressément mention de la nature des différents éléments du contrat ainsi approuvés** par le conseil (sans nécessairement avoir à détailler le montant de la rémunération notamment).

#### Recommandations :

- La Mutuelle doit conclure avec le DO un contrat de travail ou, s'il est déjà salarié de la Mutuelle lors de la prise de fonctions, un avenant à son contrat de travail d'origine. Ce contrat peut être conclu **pour une durée indéterminée ou déterminée** (le contrat doit dans cette seconde hypothèse respecter le formalisme et les règles de fond afférentes).
- Le contrat (ou l'avenant) doit, par ailleurs, pour éviter toute difficulté sur ce point, faire expressément référence aux fonctions du DO définies par le code de la Mutualité.
- **Le DO peut, en outre, le cas échéant, exercer, en parallèle de ses fonctions de DO**, des fonctions techniques salariées distinctes (DAF, Directeur juridique, DRH ...) au sein de la Mutuelle ou de l'Union et avoir de ce fait deux contrats de travail le liant à la Mutuelle.

En pareille situation, il convient de s'assurer que :

- ces deux fonctions distinctes et les missions attachées soient clairement définies et convenues entre les parties,
- la répartition du temps travail afférent à chacune d'entre elles soit identifiée et fixée.

## VADEMECUM – DIRIGEANT OPERATIONNEL

LA DELEGATION DE POUVOIRS		
	Analyse / fondement légal	Commentaires /recommandations
<p><b>3.1 Quel formalisme et quels contenus pour la délégation de pouvoirs ?</b></p>	<p>Le Conseil d'Administration délègue au DO les pouvoirs nécessaires pour assurer la direction effective de la Mutuelle ou de l'Union.</p> <p style="padding-left: 20px;">⇒ art 211-14 al. 2 Code mut. : <i>Le conseil d'administration des mutuelles et unions «... fixe les conditions dans lesquelles il lui délègue les pouvoirs nécessaires à la direction effective de la mutuelle ou de l'union. Le dirigeant opérationnel exerce ses fonctions sous le contrôle du conseil d'administration et dans le cadre des orientations arrêtées par celui-ci conformément aux dispositions de l'article L. 114-17. Il assiste à toutes les réunions du conseil d'administration. »</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Les pouvoirs du DO au sein de la Mutuelle sont définis et encadrés par le Conseil d'Administration au moyen d'une délégation de pouvoirs dont il <b>fixe</b> l'étendue et les conditions :               <ul style="list-style-type: none"> <li>– définition des missions et tâches confiées,</li> <li>– point sur le pouvoir d'engager la Mutuelle : dans quel cadre, dans quelles conditions, dans quelles limites, vis-à-vis de qui,...</li> <li>– détermination du pouvoir de représenter la Mutuelle : dans quel cadre, dans quelles conditions, vis-à-vis de qui,...</li> <li>– présentation des moyens dont dispose le DO pour la réalisation de ses missions,</li> <li>– transfert éventuel des responsabilités civiles et pénales afférentes aux attributions et pouvoirs délégués.</li> </ul> </li> <li>▪ Le PV du CA doit dès lors faire expressément mention du détail de la nature des attributions déléguées, de leurs conditions, durée et limites.</li> </ul>	<p><b>Point d'attention</b> : La délégation de pouvoirs doit être <b>écrite, spéciale, conforme au PV du CA en fixant les conditions, signée par le représentant de la Mutuelle ou de l'Union et par le salarié</b>. Elle doit en outre être, expressément et sans réserve, acceptée par le salarié.</p>

## VADEMECUM – DIRIGEANT OPERATIONNEL

<p><b>3.2 Quels sont les pouvoirs du dirigeant opérationnel ?</b></p>	<p><b>Le Conseil d'Administration délègue au DO les pouvoirs nécessaires pour assurer la direction effective de la Mutuelle ou de l'Union.</b></p> <p>Le DO, salarié de la Mutuelle dont il assure la direction effective, occupe les fonctions et les responsabilités les plus hautes dans la hiérarchie.</p> <p>En ce sens, notamment, en fonction des pouvoirs qui lui sont consentis et des termes de la délégation de pouvoirs qu'il a dûment acceptée :</p> <ul style="list-style-type: none"><li>– pour les autres salariés, il est « l'employeur » et dispose du pouvoir disciplinaire et de direction (engagement, rupture du contrat de travail, fixation des conditions de travail des salariés) ;</li><li>– Il assure la présidence des instances représentatives du personnel (DUP, CE, CHSCT, DP) ;</li><li>– Il est l'interlocuteur des organisations syndicales dans le cadre des négociations, qu'elles soient obligatoires ou non ;</li><li>– Il n'est pas électeur (et donc de fait pas éligible) aux élections professionnelles étant « assimilé à l'employeur ».</li></ul>	<p><b>Commentaire :</b> Le DO apparaît être, en interne, pour les salariés, et en externe, vis-à-vis des tiers, le représentant de la Mutuelle. Cette apparence peut être trompeuse car il représente la Mutuelle <b>dans les limites des pouvoirs qui lui sont consentis par le CA</b>. Il convient donc d'être attentif aux pouvoirs confiés et aux limites afférentes.</p> <p>Le DO peut, en fonction des pouvoirs qui lui sont consentis et des termes de la délégation de pouvoirs qu'il a dûment acceptée, voir sa responsabilité civile mais également pénale engagée.</p>
---	---	---

## VADEMECUM – DIRIGEANT OPERATIONNEL

LA CESSATION DES FONCTIONS DE DIRIGEANT OPERATIONNEL		
	Analyse / fondement légal	Commentaires /recommandations
<p><b>4.1 Comment est-il mis fin aux fonctions du dirigeant opérationnel ?</b></p>	<p><b>Le Conseil d'Administration peut envisager de mettre un terme à la mission du DO, salarié de la Mutuelle ou de l'Union, sur proposition du Président.</b></p> <p>Il appartient au CA de confier au Président (ou à tout autre représentant nommément identifié) les pouvoirs et le soin de mener la procédure adaptée.</p> <p>Ce n'est qu'une fois cette procédure menée à son terme que le CA pourra adopter une décision mettant fin met fin aux missions du DO concerné.</p> <p>⇒ <b>art 211-14 al. 2 Code mut. : « Le conseil d'administration des mutuelles et unions mentionnées à l'article L. 211-10 et des unions mutualistes de groupe mentionnées à l'article L. 111-4-2 nomme, sur proposition du président du conseil d'administration, le dirigeant opérationnel, qui ne peut être un administrateur.</b></p> <p><i>Il est mis fin aux fonctions du dirigeant opérationnel suivant la même procédure.»</i></p> <p>Le DO, en sa qualité de salarié, peut également être à l'initiative de la rupture de son contrat de travail, via une démission ou une demande de rupture conventionnelle notamment.</p>	<p><b><u>Points d'attention :</u></b></p> <p>⇒ <b>si le DO n'exerce que ses missions de DO et aucune fonction technique distincte</b>, la décision du CA devrait induire la rupture de son contrat de travail, via un licenciement, une rupture conventionnelle ou la proposition d'un nouveau poste de travail au sein de la Mutuelle ou de l'Union. La rupture, qui interviendrait à l'initiative de l'employeur, peut intervenir via un licenciement ou une rupture conventionnelle.</p> <p>Si la rupture du contrat de travail doit être envisagée et une procédure de licenciement initiée, le CA ne peut pas prendre de décision à ce titre, avant que la procédure afférente n'ait été menée à son terme : convocation à entretien préalable, tenue de l'entretien préalable, respect des délais légaux requis.</p> <p>⇒ <b>si le DO exerce par ailleurs des fonctions techniques distinctes</b>, la décision du CA ne devrait pas induire automatiquement la rupture de son contrat de travail. La problématique sera appréhendée au cas par cas, en fonction notamment des stipulations contractuelles et de la situation.</p>

## VADEMECUM – DIRIGEANT OPERATIONNEL

### 4.2 Quelle prise en charge par l'Assurance chômage Pôle Emploi pour le dirigeant opérationnel ?

Lorsque le CA met fin aux missions du DO et que le contrat de travail de ce dernier est rompu, le DO, salarié et non administrateur, peut en principe prétendre au bénéfice des allocations chômage, sous réserve que les cotisations afférentes aient été valablement versées.

L'allocation d'Aide au retour à l'Emploi n'est versée qu'aux salariés involontairement privés d'emploi qui remplissent certaines conditions d'activité d'âge, d'aptitude physique ainsi que d'inscription comme demandeurs d'emploi et de recherche d'emploi.

Le versement des contributions à l'assurance chômage s'effectue globalement et d'une façon anonyme : il exclut toute reconnaissance tacite d'un droit ultérieur aux prestations.<sup>5</sup>

Ainsi, Pôle Emploi n'indemnise que les salariés, étant rappelé que, pour être considéré comme salarié, le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif.

Trois conditions cumulatives doivent être réunies:

- l'exercice de fonctions techniques distinctes de celles exercées dans le cadre du *mandat social*,
- le versement d'une rémunération distincte de celle éventuellement perçue au titre du *mandat social*,
- l'existence d'une situation de subordination juridique à l'égard de l'employeur.

**Commentaire :** Le DO n'étant pas un mandataire social, sa prise en charge par Pôle Emploi ne devrait pas poser de difficulté.

**Toutefois, il arrive que Pôle Emploi refuse la prise en charge des dirigeants opérationnels ou directeurs de Mutuelle, considérant qu'ils seraient en qualité de dirigeants, des mandataires sociaux et non pas salariés.** Cette position est évidemment contestable, au regard notamment des dispositions du Code de la mutualité qui prévoient que le DO est lié à la Mutuelle par un contrat de travail.

**Recommandation :** Afin d'éviter des difficultés lors de la demande d'inscription à Pôle Emploi et en vue de sécuriser la situation, il peut être judicieux :

⇒ **Dans un premier temps, de procéder :**

- **à une analyse préventive de la situation particulière du DO**, sur la base des critères et questions prévus dans le questionnaire Pôle Emploi établi concernant la prise en charge des « *dirigeants - mandataires associés* »<sup>6</sup>, et au regard des titres et fonctions mentionnés aux contrat de travail et bulletins de paie, du PV du CA approuvant le contrat, fixant les délégations, des notifications ACPR ...
- **au besoin, à une mise en conformité et en cohérence de la situation existante** avec les dispositions du code de la mutualité relatives au DO. **Le DO ne doit en effet pas pouvoir être considéré, au regard des éléments de son dossier, comme étant un mandataire de fait de la Mutuelle.**

<sup>5</sup> Directive Unedic 10-80 du 28 janvier 1980 ; Circ. Unedic 80-22 du 22 mai 1980

<sup>6</sup> <http://www.pole-emploi.fr/employeur/dirigeant-d-entreprise-@/article.jspz?id=61560>

## VADEMECUM – DIRIGEANT OPERATIONNEL

**4.2 Quelle prise en charge par l'Assurance chômage Pôle Emploi pour le dirigeant opérationnel ?**

**(suite)**

⇒ **Dans un second temps, en cas de doute ou en vue d'une sécurisation formelle du dossier, solliciter de Pôle Emploi une étude de la situation d'une personne dirigeante afin de :**

- déterminer son assujettissement à l'assurance chômage ;
  - s'assurer de ses droits aux allocations d'assurance chômage, en cas de perte d'emploi.
- ❖ Si, après étude, Pôle Emploi considère que le salarié remplit les conditions pour prétendre au bénéfice de l'assurance chômage, la décision ainsi rendue sera acquise au DO et lui permettra d'être indemnisé en cas de rupture de son contrat de travail.
- ❖ Si, à l'inverse, Pôle Emploi considère que l'intéressé ne justifie pas de l'existence véritable d'un contrat de travail :
- les contributions patronales et ouvrières indûment versées pourront être remboursées, sur justification, dans la limite de trois ans ;
  - il pourra être envisagé de souscrire et de cotiser à un régime d'assurance chômage spécifique ;
  - si Pôle Emploi rend dans ce cadre une décision faisant grief, il pourrait être envisagé un recours administratif et, en cas d'échec, un recours contentieux.