



Conséquences du cumul des fonctions de mandataire social et de salarié en cas de perte d'emploi.

publié le **04/01/2010**, vu **53877 fois**, Auteur : [Maître HADDAD Sabine](#)

un mandataire social, au statut distinct moins protecteur que celui d'un salarié, (car révocable "ad nutum") pourrait-il cumuler son activité avec un contrat de travail pour bénéficier des dispositions protectrices du code du travail mais aussi des allocations de chômage ? Cet article a pour but de donner une ébauche de réponse...

Pour pouvoir accéder à l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) versée par le régime depuis le **1er avril 2009**, il faut que les demandeurs d'emploi inscrits au Pôle emploi, (issu de la fusion ANPE-ASSEDIC) remplissent certaines conditions énumérées par le règlement annexé à la convention d'indemnisation de chômage du **19 février 2009**.

L'appréciation définitive du caractère fictif du contrat de travail relève des pouvoirs souverains des juges et des pôles emplois, lesquels ne sont pas liés par la qualification donnée par les parties dans un contrat ou par les décisions des personnes morales (assemblées)

La question se posera de savoir si un dirigeant d'entreprise qui a le statut de mandataire social, distinct et moins protecteur que celui d'un salarié, (car révocable ad nutum) pourra cumuler son activité avec un contrat de travail pour pouvoir bénéficier des dispositions protectrices du code du travail mais aussi de l'ARE.

L'article 1984 du code civil définit le mandat comme un « *acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

Dans tous les cas, le fait de cotiser aux « Assedic », **même pendant plusieurs années, ne vaudra nullement reconnaissance de la qualité de salarié.**

Forcé de constater que les qualités de : *gérant minoritaire ou non associé de SARL, la qualité de Président ou membre d'un Conseil d'administration, de Directoire ou d'un conseil de surveillance de société anonyme* ne seront pas en elles-mêmes incompatibles avec des fonctions de salarié mais à de strictes conditions.

Cependant tous litiges, liés au contrat de travail d'un mandataire social resteront de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes, (*rémunération, durée du travail, congés payés, licenciement,*) lequel pourra par exemple écarter la validité du contrat de travail d'un gérant de petite structure (même en cas d'approbation par une assemblée) en raison de l'absence de lien de subordination réellement constaté, critère essentiel du contrat exigé par la jurisprudence.

En cas de conflit sur sa qualification juridique le conseil de Prud'hommes appréciera souverainement ces critères au regard des conséquences qui s'y attachent. A défaut, il pourrait se déclarer incompétent, au profit de la juridiction commerciale.

De deux choses l'une, soit une partie arguera d'un contrat de travail et devra en établir l'existence, et ses critères, soit, malgré la présence d'un écrit, la qualité de salariée sera contestée.

De même, il appartient au Pôle emploi local de procéder à la vérification des strictes conditions pour estimer si le contrat de travail qui lui est soumis est valable ou non et par conséquent si les rémunérations seront assujetties aux cotisations d'assurance chômage.

Lorsque la direction locales, puis, en cas de recours hiérarchique, l'instance paritaire régionale (IPR) de pôle emploi refuseront d'accorder des indemnités, lorsque le médiateur du pôle emploi n'aura pu débloquer la situation, restera le recours devant le Tribunal compétent, selon le type de décision prise.

A quelles conditions, les dirigeants et mandataires sociaux peuvent-ils être considérés comme titulaires d'un contrat de travail, et sont susceptibles de percevoir des allocations de chômage ?

I- Le mandat social n'est pas exclusif de l'existence d'un contrat de travail au regard de la Jurisprudence.

Citons quelques exemples récents :

- **Soc 17 Septembre 2008**, n° pourvoi 07-43.626 :

La production d'un écrit, (contrat de travail) lorsqu'il s'agit d'un mandataire social, est insuffisante à créer, à elle seule une apparence de contrat de travail. Il appartient à celui qui argue d'un contrat de travail **de rapporter la preuve d'un lien de subordination existant parallèlement à son mandat social.**

- **Soc 23 mai 2007**, n° pourvoi 05-44-174

« ...ayant retenu que M. X percevait une double rémunération pour son mandat social et son contrat de travail et qu'il exerçait des **fonctions techniques, distinctes** de ses fonctions de direction, dans un **état de subordination** envers la société, a pu décider qu'il n'avait pas cessé d'être uni à celle-ci par un contrat de travail pour l'exercice desdites fonctions. »

- **Cour d'Appel d'Agen 13 décembre 2005**

« *Si un mandat social et notamment un mandat de président de Directoire n'est pas, en lui-même, incompatible avec les fonctions de salarié, encore faut-il que **le contrat de travail du mandataire social corresponde à l'exercice effectif de fonctions techniques dans un lien de subordination avec la société...** La réalité d'un emploi salarié ne peut découler de la remise de bulletins de paie qui ne fait référence au titre de l'emploi occupé qu'à des fonctions de mandataire social ne visant aucune rémunération spécifique au titre d'une quelconque fonction salariée et ne portant mention d'aucune cotisation au régime d'assurance chômage. Il s'ensuit que l'appelant ne rapporte par la preuve qui lui incombe de l'existence d'un contrat de travail distinct du mandat social »*

- **Soc 14 mai 1998**, pourvoi n° 96-40-693

Une cour d'appel, ayant constaté qu'après sa désignation aux fonctions de gérant de la société qui

l'employait, en contrepartie desquelles elle percevait une rémunération distincte de son salaire, l'intéressée, qui ne détenait aucune part du capital de la société, avait continué d'occuper son emploi de vendeuse, qu'elle n'avait alors disposé d'aucune autonomie et avait été placée sous l'autorité et le contrôle des deux associés, ayant ainsi fait ressortir qu'elle avait exercé effectivement des fonctions techniques distinctes du mandat social dans un lien de subordination, en a déduit à juste titre que son contrat de travail antérieur à sa désignation en qualité de gérant de la société s'était poursuivi au sein de celle-ci jusqu'à la rupture des relations salariales décidées par l'assemblée générale extraordinaire des associés.

II- L'analyse des conditions liées au cumul

Pour qu'il y ait contrat de travail il faudra démontrer l'existence :

- d'un emploi véritable, avec justificatif d'un contrat écrit plus volontiers qui visera des fonctions précises et effectives
- d'une fonction salariée nettement distincte de la fonction de dirigeant visant des missions précises; techniques
- d'un réel lien de subordination entre le dirigeant salarié et la société, des fiches de paie

A) L'exercice de fonctions sérieuses, effectives et techniques, distinctes du mandat

La technicité particulière liée aux fonctions doit permettre de les distinguer des attributions relevant du mandat (l'analyse se fera à la date de signature contrat de travail). Dans les grandes entreprises, cette preuve sera plus aisée.

Les juges vérifieront ainsi les lieux et horaires de travail, si le travail est effectué dans un service organisé, si le matériel est bien fourni par l'employeur...

L'article **L 225-22 du code de commerce** prévoit pour les SA que :

*" Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à **un emploi effectif**. Il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail. Toute nomination intervenue en violation des dispositions ... est nulle. Le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction...."*

De même l'article **L 225-31 code de commerce** précise : « *Les administrateurs élus par les salariés ne perdent pas le bénéfice de leur contrat de travail. Leur rémunération en tant que salariés ne peut être réduite du fait de l'exercice de leur mandat* »

Il est cependant interdit à un administrateur de se faire consentir un contrat de travail postérieurement à sa nomination au conseil.

Cela implique que le « salarié », en sa qualité de mandataire, ne dispose pas des pouvoirs les plus étendus, du mandat social.

B) Une rémunération distincte et juste correspondant aux fonctions exercées ;

Si le mandat social peut être exercé de façon bénévole, le contrat de travail devra engendrer une juste et réelle rémunération en respect de la législation sociale (Smic) et de la convention collective. La production de bulletins de paie reste un élément essentiel.

C) Un état de subordination du dirigeant : critère essentiel de qualification du contrat de travail

Cela suppose que des directives soient données et qu'il y ait une certaine soumission.

Il ne sera jamais prudent d'être à la fois président et salarié d'une **petite entité juridique**.

Un travail effectué sous les ordres et selon les directives, les consignes de l'employeur, lequel aura le pouvoir d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements éventuels (critère de la subordination) sera envisagé.

C'est sans doute pour cela que le gérant d'une EURL, le gérant égalitaire ou majoritaire de SARL, l'associé majoritaire de SAS, ou l'associé unique de SASU, ne pourront cumuler un mandat de président de société avec un contrat de travail, au regard d'une entité juridique qu'ils contrôleront, et qui, par la force des choses ne les placera pas sous un lien de subordination !

Pas de cumul envisageable pour une personne qui aura le monopole des compétences.

La requalification du contrat sera retenue en l'absence d'horaire de travail, si le salarié gère lui-même son activité, choisissant les orientations, tout en respectant un projet, à mettre en œuvre, mais sans recevoir d'instruction... s'il participe aux activités selon son bon vouloir et selon des modalités déterminées par lui (**Soc 31 mai 2001**, n° de pourvoi : 99-21111).

La liberté de manœuvre (notamment en l'absence de directive ou d'obligation de rendre compte...) et le remboursement de des frais seront analysés...

- **Soc 2 Décembre 2008**, n° pourvoi n°07-44.685,

Ainsi, en présence d'une société mère, l'exercice d'un mandat social pour une filiale devra s'opérer **dans un lien effectif de subordination** vis-à-vis de la société mère pour déterminer que cette dernière **donne des directives et est bien l'employeur**.

En cas de difficultés, la preuve se fera par tous moyens.

Des témoignages relatifs aux fonctions exercées, permettront d'établir, le lien de subordination, de même que toutes clauses incérées dans le contrat sur la mission, la production de fiches comptables pour démontrer que les sommes versées constituent bien des salaires. Tous ces éléments seront utiles. (**Soc 11 juillet 2007**, n° de pourvoi : 06-43804).

- **Soc 17 Septembre 2008**, précité n° pourvoi 07-43.626, a pu juger que :

C'est à bon droit qu'une cour d'appel a constaté que la nomination comme président était antérieure à la prise d'effet du contrat de travail et que pendant l'exercice du mandat social, il n'était pas justifié de directives ou de comptes rendus d'activité...

D) L'absence de fraude à la loi ; (voire III-)

E) Des conditions complémentaires obligatoires pour certaines sociétés

1°- L'approbation de l'assemblée

a) cette approbation se fera a posteriori des conventions intervenues dans l'année entre la société et le gérant de SARL. Cependant, en l'absence de commissaire aux comptes et si le gérant n'est pas associé, il faudra l'autorisation préalable de l'assemblée.

Cela résulte de l'article **L 223-19 du code de commerce** :

« **Le gérant** ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes, présente à l'assemblée ou joint aux documents communiqués aux associés en cas de consultation écrite, **un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés**. L'assemblée statue sur ce rapport. Le gérant ou l'associé intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. **Toutefois, s'il n'existe pas de commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associé sont soumises à l'approbation préalable de l'assemblée** »

b) Pour les sociétés en commandite par actions, l'article **L 226-8 du code de commerce** prévoit :

« Toute autre rémunération que celle prévue aux statuts ne peut être allouée au gérant que par l'assemblée générale ordinaire. Elle ne peut l'être qu'avec l'accord des commandités donné, sauf clause contraire, à l'unanimité. »

L'assemblée générale ordinaire devra approuver les salaires, primes ou avantages en nature perçus par le gérant à moins qu'ils n'aient déjà été prévus dans les statuts eux-mêmes.

c) L'autorisation préalable du contrat de travail, d'un membre de directoire de SA par le conseil de surveillance, puis par l'AG des actionnaires.

Cela vaut pour un contrat de travail initial mais aussi en cas de modification importante du contrat initial.

A la différence des **administrateurs**, qui ne peuvent cumuler leurs fonctions avec un salariat qu'à condition que le contrat de travail soit **ANTERIEUR à leur nomination, dans les SA à directoires, les membres du directoire**, peuvent souscrire un contrat de travail sans condition d'antériorité sous réserve de l'autorisation du conseil de surveillance et de l'approbation de l'AG des actionnaires.

Mais le critère du contrat de travail viendra s'ajouter à ces conditions. (voire 3°), tel que cela résulte de la combinaison des articles **225-22 du Code de commerce** précité et **225-44 du code de commerce**.

De ce fait, il conviendra que l'administrateur **démissionne** de ses fonctions ou que son contrat de travail soit **rompu** (voire III) si sa nomination est antérieure.

Il faut savoir que dans son rapport annuel, un commissaire aux comptes devra mentionner les contrats de travail des dirigeants, et leur éventuelle modification et que tout actionnaire pourrait solliciter communication du montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées dans la société (**article L 225-115 4° du code de commerce**).

L'assemblée générale ordinaire doit approuver les salaires perçus (et primes ou avantages en nature éventuels) par le gérant à moins qu'ils n'aient déjà été prévus dans les statuts eux-mêmes (art. L 226-8 du Code de commerce).

2°- *L'approbation dans les statuts*

ex : pour un dirigeant de SAS, ou pour un gérant minoritaire de SARL

3°- *La limite autorisée du nombre de salariés dans les SA sous peine de nullité*

a) **les administrateurs salariés** de SA soumis à un emploi effectif ne peuvent dépasser le tiers des administrateurs en fonction. De même,

b) **les membres du conseil de surveillance** ne devront pas dépasser le tiers des membres en fonction.

4°- *L'interdiction du cumul lié à certaines fonctions*

- La qualité de « commerçant » de certains associés est incompatible avec un statut de salarié

Le gérant de SNC et le gérant de société en commandite simple ou par actions, lorsqu'ils ont la qualité d'associé, sont commerçants et ne peuvent donc être liés à la société par un contrat de travail. a contrario, s'ils ne sont pas associés, cela restera possible.

- Le contrat de travail consenti par une SA à un administrateur en fonction est nul, le cumul des fonctions d'administrateur et de salarié n'étant possible que si le contrat de travail est antérieur au mandat social.

III- Conséquences du cumul irrégulier ou frauduleux

Il convient de se montrer particulièrement prudent. Les règles du non cumul seront examinées strictement. Si les conditions du cumul ne sont pas remplies, que se passera-t-il ?

A) Annulation des contrats souscrits en fraude des droits ou en violation d'une règle de droit des sociétés.

1°- *Les contrats visant à détourner la règle de la révocation des dirigeants en assurant à l'intéressé la permanence de l'emploi sont entachés de nullité absolue. (voir II-D)*

(ex contrat de travail fictif, contrat constitutif d'avantages pour le dirigeant...)

2°- *Tout contrat conclu en violation des principes régissant le droit des sociétés codifiés dans le code de commerce seront nuls en droit et appréciés comme tel par un conseil de Prud'hommes. (voir II-E)*

Ainsi la convention conclue de façon illicite, sans respect des règles afférentes au droit des sociétés, pourra entraîner la condamnation de l'intéressé à restituer les salaires perçus.

Le dirigeant peut réclamer à l'Assedic le remboursement de la part salariale des cotisations

d'assurance-chômage perçues.

B) Rupture ou suspension du contrat de travail en l'absence de respect des conditions sur le cumul exposées exposées dans le I et II- A) à D) .

De deux choses l'une, soit, le contrat de travail pourra être:

- **rompu**, entre les parties, la rupture pouvant être fondée sur un licenciement, une démission, un départ négocié, ou un départ en retraite le cas échéant). Cette rupture n'entraînera pas automatiquement de rupture du mandat, laquelle serait envisageable ultérieurement pour juste motifs, ou bien ;

- **suspendu** durant la vie du mandat quand un salarié sera nommé mandataire social mais aussi s'il n'est plus soumis à un lien de subordination.

En effet, cette suspension d'un contrat de travail conclu antérieurement à la nomination au poste de dirigeant social, sera envisageable, s'il est démontré que le lien de subordination a disparu.

L'ancienneté au jour de la suspension demeurera acquise lorsque le contrat retrouvera effet.

C) La révocation du mandat social pour justes motifs.

A noter qu'en cas de rupture d'un mandat social, celle-ci n'entraînera pas forcément celle du contrat de travail du dirigeant, même si en pratique, il n'est pas évident que le mandataire social révoqué reste longtemps salarié d'une société.

A noter que toute rupture du mandat fondée sur une absence de motif légitime légitimera une demande de dommages et intérêts (révocation abusive ou vexatoire...)

En conclusion, les dirigeants de sociétés, comme les travailleurs indépendants, pourront , à défaut d'allocations de chômage souscrire une couverture contre le risque chômage en adhérant auprès de certaines compagnies d'assurances ou à l'un des deux régimes spécifiques créés par les organisations patronales.

- Le régime de garantie sociale des chefs et dirigeants d'entreprise : GSC

Pour avoir droit aux prestations, le dirigeant doit justifier :

- *d'une cessation d'activité due à des difficultés économiques (redressement ou liquidation judiciaire, fusion, restructuration...) ou ;*

- *d'une révocation, ou ;*

- *du non renouvellement du mandat prononcé à l'encontre du cotisant ;*

- *de la réalité de l'état de chômage.*

La GSC verse des indemnités journalières mensuellement **correspondant à un pourcentage du revenu forfaitaire ayant servi à fixer la classe de cotisation.**

40% pour un an de cotisations. Un régime de cotisations complémentaire permet aussi de bénéficier de prestations majorées dans la limite de 70% du revenu annuel.

GSC : 42 avenue Grande Armée 75017 Paris; Tél: 01 45 72 63 10, site web :
<http://www.gsc.asso.fr>

- Le régime de l'association pour la protection des patrons indépendants : APPI

Il suppose que la société ne soit pas en état de cessation de paiement, ni en redressement ou liquidation judiciaire lors de l'adhésion de l'entreprise ou de l'affiliation de l'un de ses dirigeants. L'APPI assure la protection des mandataires sociaux des entreprises adhérentes par différents régimes, garanties ou services. (PDG, directeurs généraux et administrateurs de SA, gérants minoritaires et majoritaires de SARL, gérants d'EURL, les présidents d'association loi 1901...)

Ce régime assure, **après 12 mois de cotisation, une indemnisation pendant les 12 mois suivant la cessation d'activité du fait d'un dépôt de bilan.**

APPI : 25 boulevard de Courcelles 75008 Paris; Tél : 01 45 63 92 02- mail : contact@appi-asso.fr,
site web : <http://www.appi-asso.fr>

conclusion : Ainsi, dans le doute sur la possibilité d'accéder aux allocations chômage, d'un dirigeant il faut savoir qu'une procédure permet d'interroger au préalable l'organisme de chômage, par le biais, d'un questionnaire à remplir, afin qu'il s'engage par avis ; soit favorablement en reconnaissant l'existence d'un contrat de travail ouvrant droit aux allocations perte d'emploi, soit défavorablement. (*directive Unedic n°2002-36, 31 juillet 2002*).

En cas de refus, le remboursement de toutes cotisations versées indûment, dans la limite depuis 2003 d'une prescription de 3 ans.

Demeurant à votre disposition.

Sabine HADDAD