

1212

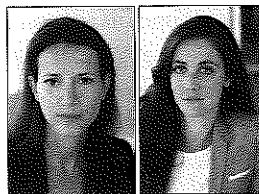
Le statut des dirigeants de société : une notion à géométrie variable

Angeline DUFFOUR,

avocat associé, cabinet Cohen & Gresser

Anna MILLERET-GODET,

avocat collaborateur, cabinet Cohen & Gresser



La question du choix du statut du dirigeant de société engendre de nombreuses implications quant à la législation applicable à la relation contractuelle, aux problématiques de représentation et de responsabilité internes et externes mais également au régime de sécurité sociale applicable. Aussi est-il important de connaître ces enjeux afin de faire le choix le plus adapté à la situation considérée.

S'il existe différentes catégories de dirigeants (président, directeur général, gérant, etc.) selon les différentes formes de sociétés existantes, il existe également, dans une moindre mesure, diverses manières pour le dirigeant d'exercer ses fonctions. Celles-ci dépendent, pour l'essentiel, du rôle que la société entend confier au dirigeant qu'elle nomme, notamment en termes de pouvoirs, de devoirs et de responsabilités (1). Des besoins de la société, des spécificités de la situation mais également des négociations avec le dirigeant concerné découleront l'application de législations différentes à la relation contractuelle (2) mais également de régimes sociaux différents (3).

1. Le statut du dirigeant

Selon le dictionnaire Littré, le dirigeant social est celui « qui a la principale direction ». En l'absence de définition légale du terme « dirigeant », cette notion recoupe principalement deux statuts : celui de mandataire social (A) et celui de salarié (B), statuts, le cas échéant, cumulables.

A. - Le dirigeant mandataire social

De manière traditionnelle, la notion de dirigeant est associée à celle de représentant légal de la société exerçant ses fonctions dans le cadre d'un mandat social, mentionné comme tel sur l'extrait K-bis de la société et ayant, en cette qualité, le pouvoir de diriger la société et de la représenter vis-à-vis des tiers. C'est ainsi que le dirigeant mandataire social est compétent, dans la limite des statuts, pour signer tout contrat et document au nom et pour le compte de la société. Il engage valablement la société par sa seule signature et ce, même s'il outrepassa ses pouvoirs au titre de son mandat social ou va à l'encontre des instructions des associés.

Il est pleinement responsable de ses actes à l'égard des organes qui l'ont nommé, d'où l'importance pour la société de délimiter précisément les pouvoirs du dirigeant dans les statuts et, pour le dirigeant, de contracter une assurance afin de le protéger en cas de mise en jeu de sa responsabilité civile et de mettre en place le cas échéant des délégations de pouvoirs.

Si le dirigeant mandataire social peut se décharger d'une partie de ses responsabilités en matière pénale en consentant des délégations de pouvoirs adéquates, c'est sous certaines conditions très strictes tenant non seulement à la personne du délégataire, laquelle doit appartenir à l'entreprise et disposer de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires mais aussi à la délégation elle-même, laquelle doit être limitée à des domaines spécifiques (représentation du personnel, hygiène et sécurité, par exemple), le dirigeant ne pouvant déléguer la totalité de ses pouvoirs¹.

Les fonctions du dirigeant exercées uniquement dans le cadre d'un mandat social sont, par nature, exclusives de tout lien de subordination. Par conséquent, en retenant exclusivement le cadre juridique du mandat social, la société abandonne, de fait, son « pouvoir hiérarchique », faute de pouvoir contrôler l'activité du mandataire social (ses déplacements, ses jours de repos, etc.) et le sanctionner le cas échéant.

Le mandataire social est cependant tenu à l'égard des associés de respecter certaines obligations (loyauté, information, etc.), ce qui permet un certain *reporting* et un contrôle de la mise en place de la stratégie de l'entreprise, en dehors de tout lien de subordination dès lors que l'existence d'un lien de subordination ne saurait découler des seules directives de l'assemblée des associés ou du conseil

1. Cass. crim., 22 janv. 1986, n° 84-95.210.

d'administration lesquelles concernent l'activité de mandataire et non celle de salarié².

B. - Le dirigeant salarié

Le dirigeant uniquement titulaire d'un contrat de travail (donc hors cas de cumul) n'est pas le représentant légal de la société (sauf s'il est reconnu dirigeant de fait). Il ne figure donc pas sur l'extrait K-bis de la société et n'est pas responsable pénalement des fautes commises dans l'exercice de son contrat de travail, sauf délégation de pouvoirs établie en bonne et due forme.

En tant que salarié, il est soumis à l'ensemble des obligations inhérentes au contrat de travail, ce qui comprend l'obligation de loyauté. La société dispose de l'ensemble de ses prérogatives d'employeur pour contrôler son activité, lui donner des instructions et, le cas échéant, le sanctionner.

Le législateur et le juge ont toutefois souhaité adapter les dispositions relatives au temps de travail à ce statut particulier en définissant le cadre dirigeant comme celui à qui sont confiées « des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, qui est habilité à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoit une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement » (C. trav., art. L. 3111-2) et qui participe à la direction de l'entreprise³, en l'excluant des dispositions relatives à la durée du travail.

Ainsi, selon les besoins de la société (représentant légal pouvant engager la société vis-à-vis des tiers ou seulement dirigeant salarié, nécessité d'un véritable contrôle de son activité ou *reporting* limité, dirigeant responsable pénalement ou simple exécutant, etc.), l'un ou l'autre des statuts précités paraîtra le plus adapté, étant précisé qu'il importe également de composer avec les souhaits du dirigeant concerné, souvent réfractaire à l'idée d'abandonner la protection attachée au statut de salarié.

2. La législation applicable au dirigeant

La relation établie par une société avec un dirigeant peut être soumise au droit social, au droit des sociétés ou à l'un et à l'autre.

A. - Le dirigeant mandataire social

Sauf hypothèse de cumul, en l'absence de tout lien de subordination, le dirigeant mandataire social est exclu de la protection attachée au droit du travail et relève des dispositions du Code de commerce. Il en découle, pour la société, beaucoup plus de souplesse dans la gestion de la relation contractuelle. Ainsi, une clause de non-concurrence n'aura pas nécessairement à être assortie d'une contrepartie financière pour être valable⁴. Le plus souvent, les parties peuvent fixer les conditions d'exercice du mandat social dans le cadre d'un contrat de mandat.

Particularité applicable aux sociétés cotées et aux sociétés non cotées qui y adhèrent, leurs dirigeants sont soumis aux dispositions du code AFEP-MEDEF. Cet ensemble de recommandations peut être désigné par ces sociétés comme étant leur code de référence en application des articles L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce.

La rémunération des mandataires sociaux n'est pas obligatoire⁵. Elle est fixée par les organes de direction de la société. Ainsi, dans

une société anonyme de forme classique, le conseil d'administration est seul compétent pour fixer la rémunération des présidents et des directeurs généraux (C. com., art. L. 225-74 et L. 225-53). Le procès-verbal du conseil d'administration constitue la preuve de la décision. À défaut d'être mentionnée dans le procès-verbal, le dirigeant ne peut prétendre au versement de la rémunération qui aurait été décidée.

En matière de participation aux résultats de l'entreprise, si le principe est que les mandataires sociaux ne peuvent y prétendre, le législateur a néanmoins prévu quelques exceptions. Ainsi, les présidents, directeurs généraux, gérants et membres du directoire peuvent bénéficier de la participation (C. trav., art. L. 3323-6) et de l'intéressement (C. trav., art. L. 3312-3) dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à 50 salariés, dans celles qui ont mis en place volontairement un accord de participation et dans les entreprises qui ont mis en place un accord dérogatoire plus favorable que le régime légal. Ces accords doivent cependant expressément mentionner que les dirigeants mandataires sociaux bénéficient de l'intéressement et de la participation. À défaut⁶, les sommes versées au profit des dirigeants ne bénéficient pas des régimes social et fiscal de faveur et sont considérées comme du salaire.

S'agissant de la révocation du mandataire social, celle-ci est beaucoup plus simple que le licenciement d'un dirigeant salarié.

• **Révocation *ad nutum*** : sous réserve de ne pas être abusive, la révocation est *ad nutum* pour les présidents et directeurs généraux des sociétés anonymes, les dirigeants des sociétés par actions simplifiées et ceux des sociétés en commandite par actions si les statuts le prévoient, ce qui offre beaucoup plus de flexibilité. Mais est considérée comme abusive une révocation intervenant dans des circonstances vexatoires ou brutales. Ainsi, la publication au RCS de l'intégralité du procès-verbal de révocation d'un dirigeant mentionnant que celle-ci est prononcée pour faute grave a un caractère vexatoire⁷. En revanche, le fait de ne pas avoir informé le dirigeant, dans un délai raisonnable, de la révocation envisagée, pour lui permettre d'organiser sa défense ne suffit pas à qualifier cette révocation d'abusives dès lors que le dirigeant a été mis en mesure de présenter ses observations⁸.

• **Révocation pour juste motif** : la révocation doit être fondée sur un « juste motif » à l'égard des gérants de sociétés en nom collectif, de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés en commandite simple ainsi que des directeurs généraux des sociétés anonymes (s'ils ne sont pas président du conseil d'administration), des directeurs généraux délégués ainsi que des membres du directoire de ces mêmes sociétés. La révocation pour « juste motif » est toutefois à peine plus protectrice qu'une révocation *ad nutum*. Ainsi, est considérée comme procédant d'un juste motif, la révocation du dirigeant fondée sur son attitude considérée comme de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société⁹.

Compte tenu de la protection toute relative attachée au statut de mandataire social, les dirigeants négocient régulièrement des indemnités de départ ou « golden parachute » (lesquelles ne doivent toutefois pas restreindre ou entraver la libre révocabilité du dirigeant)¹⁰ et la prise en charge d'une assurance chômage privée.

2. Cass. soc., 7 nov. 1995, n° 92-43.126.

3. Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-24.412 : *JurisData* n° 2012-001256. — Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 12-19.759 : *JurisData* n° 2014-014934 ; JCP S 2014, 1405, note F. Dumont.

4. Cass. com., 11 mars 2014, n° 12-12.074 : *JurisData* n° 2014-004400.

5. Cass. soc., 31 mars 1982, n° 81-11.449.

6. Circ. NOR SOCX0508715C, 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale.

7. CA Paris, pôle 5, ch. 8, 30 avr. 2014, n° 13/12230 : *JurisData* n° 2014-010876.

8. Cass. com., 8 avr. 2014, n° 13-11.650 : *JurisData* n° 2014-007020.

9. Cass. com., 4 févr. 2014, n° 13-10.778 : *JurisData* n° 2014-001553.

10. Cass. soc., 6 nov. 2012, n° 11-20.582 : *JurisData* n° 2012-024882.

B. - Le dirigeant salarié

En tant que salarié, le dirigeant bénéficie, en principe, de l'ensemble des dispositions du droit du travail. Toutefois il ne peut être ni électeur ni éligible aux élections des institutions représentatives du personnel et est exclu des dispositions relatives à la durée du travail (*C. trav.*, art. L. 3111-2), notamment en ce qui concerne le repos quotidien, hebdomadaire ou dominical, les durées maximales de travail, les heures supplémentaires, les jours fériés, le travail de nuit et les astreintes.

Ainsi, en cas de licenciement, la société doit respecter l'ensemble de la procédure, justifier d'une cause réelle et sérieuse et verser au dirigeant l'ensemble des indemnités légalement, conventionnellement ou contractuellement prévues.

Chaque fois qu'elle le pourra, la société qui souhaite nommer un de ses salariés en tant que dirigeant, préférera rompre le contrat de travail (par rupture conventionnelle homologuée le plus souvent, dès lors qu'il n'est plus possible de recourir à la rupture amiable du contrat de travail fondée sur l'article 1134 du Code du travail)¹¹ ou le nover (en substituant, selon la volonté des parties formalisée par écrit conformément à l'article 1273 du Code civil, au contrat de travail qui disparaît, un mandat social).

C. - Le dirigeant mandataire social et salarié

Dans certains cas, le dirigeant peut cumuler avec son mandat social un contrat de travail lequel sera le plus souvent préexistant au mandat. Dans ce cas, la société est tenue d'appliquer à la fois le droit du travail au titre de son contrat de travail et le droit des sociétés au titre de son mandat social. Ainsi, les ruptures du contrat de travail et du mandat social devront être traitées distinctement dès lors qu'elles n'obéissent pas aux mêmes règles et que la révocation du mandataire social n'emporte pas résiliation du contrat de travail¹².

Pour que ce cumul soit valable, le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif, ce qui implique la réunion de plusieurs conditions :

- l'exercice de fonctions techniques distinctes de celles exercées dans le cadre du mandat social ce qui suppose l'exercice de fonctions spécifiques nécessitant une technicité particulière, permettant de les distinguer des attributions relevant du mandat social ; dans les petites entreprises, la jurisprudence retient difficilement l'existence d'un contrat de travail, les fonctions salariales étant souvent absorbées par les fonctions de gestion¹³ ;

- l'existence d'une rémunération distincte de celle du mandat social, ce qui ne signifie pas nécessairement que le dirigeant doit recevoir une double rémunération mais il doit percevoir au moins une rémunération au titre de son contrat de travail, le mandat social pouvant quant à lui être gratuit ;

- l'existence d'un lien de subordination vis-à-vis de la société, ce qui implique que le dirigeant reçoive des directives de la société et qu'il soit soumis à son contrôle ;

- l'absence de fraude à la loi, ce qui signifie que le contrat de travail ne doit pas avoir été conclu dans le seul but de détourner la règle de la libre révocabilité des dirigeants¹⁴ ; tel est le cas d'un contrat de travail conclu postérieurement à la nomination du mandataire social ou qui n'a pas reçu exécution avant le mandat social¹⁵.

Si le cumul n'est pas valable, le contrat de travail préexistant est suspendu pendant toute la durée du mandat social, obligeant la société à faire une application successive du droit des sociétés dans le cadre de la rupture du mandat social et du droit du travail, au terme du mandat, lorsque le contrat de travail reprendra effet.

Afin d'éviter d'avoir à trancher le problème du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, il est possible, dans les groupes de sociétés, de conclure un contrat de travail avec le dirigeant au niveau de la société mère, ayant pour objet l'exercice d'un mandat social au sein de la filiale. Cette formule permet, côté société, en cas de révocation, d'éviter d'avoir à rechercher un motif distinct pour mettre un terme au contrat de travail. Ce cumul est approuvé par la Cour de cassation¹⁶ à la condition de caractériser un véritable lien de subordination avec la société mère, lequel ne se limite pas au contrôle normal assuré par l'actionnaire majoritaire de la filiale au sein duquel le mandataire exerce son mandat¹⁷.

3. Le statut social du dirigeant

La situation du dirigeant mandataire social étant également, du point de vue de la protection sociale, moins favorable que celle des dirigeants exclusivement salariés, il y a là une raison supplémentaire régulièrement invoquée par ces dirigeants, pour solliciter le maintien de leur contrat de travail. Toutefois, ce maintien a des limites et des solutions existent pour « compenser » une éventuelle perte de protection sociale.

A. - Le statut de dirigeant en matière de sécurité sociale

En droit de la sécurité sociale, le législateur assimile le mandataire social à un salarié relevant du régime général. Ainsi, sont notamment affiliés au régime général de la sécurité sociale, à condition de percevoir une rémunération :

- les présidents, directeurs généraux, directeurs généraux délégués (CSS, art. L. 311-3, 12°) et membres du directoire¹⁸ des SA ;
- les présidents et dirigeants statutaires des SAS (CSS, art. L. 311-2, 23°), qu'ils soient associés majoritaires ou minoritaires ou non associés¹⁹ ;
- les gérants associés (minoritaires ou égalitaires) ou non associés des SARL (CSS, art. L. 311-3, 11°) ainsi que le gérant non associé des SNC, SCS et SCA (CSS, art. L. 311-2).

Ces dirigeants sont assujettis au régime général de la sécurité sociale dans des conditions identiques aux salariés, à l'exception de l'assurance chômage.

En revanche, sont notamment affiliés au régime social des indépendants (RSI) et non au régime général de la sécurité sociale :

- les gérants associés majoritaires de SARL ;
- les gérants associés des SNC, des SCS ou des SCA

Si, dans les SNC, les SCS et les SCA, le simple fait d'être associé justifie le rattachement du dirigeant au RSI (celui-ci étant commerçant), il en va autrement dans les SARL où il est de surcroît tenu compte du pourcentage détenu dans le capital social puisque seuls sont rattachés au RSI les dirigeants majoritaires²⁰, les autres l'étant au régime général de la sécurité sociale.

Par ailleurs, la perception d'une rémunération est la condition *sine qua non* pour l'affiliation des dirigeants au régime général de sécurité sociale. Il convient de le rappeler dès lors que la rémunéra-

11. Cass. soc., 15 oct. 2014, n° 11-22.251 : *JurisData* n° 2014-024074 ; JCP S 2014, 1436, note G. Loiseau, 2° esp.

12. Cass. soc., 14 juin 2000, n° 97-45.852 et n° 97-45.945 : *JurisData* n° 2000-002453.

13. Cass. soc., 21 juill. 1981 : *Bull. civ.* 1981, V, n° 722.

14. Cass. soc., 23 juin 1988, n° 85-46.078.

15. Cass. soc., 19 déc. 1979, *Heer c/ SARL Joaillerie Bauer*.

16. Cass. soc., 2 oct. 1991, n° 87-45.668 : *JurisData* n° 1991-002459 ; RJS 1991, n° 1252.

17. Cass. soc., 19 mars 1997, n° 94-41.444 : *JurisData* n° 1997-005430.

18. Lettre CNAMTS, 8 nov. 1972.

19. Rép. min. n° 69294 : JOAN Q 25 mars 2002, p. 1703.

20. L. Nurit Pontier, *Le statut social des dirigeants* : JCP E 2002, 222.

tion est entendue très largement par la jurisprudence et qu'elle inclut les jetons de présence²¹, avances en compte-courant (sauf si elles correspondent à une distribution ou à une avance de dividendes²², la prise en charge par l'employeur des cotisations volontaires d'assurance chômage²³ ou de primes d'assurance-vie, etc.

B. - Le statut du dirigeant en matière d'assurance chômage

Le principe, souvent mis en avant par les dirigeants pour refuser leur changement de statut, est qu'en l'absence de contrat de travail, ils ne sont pas éligibles à l'assurance chômage en cas de révocation, étant rappelé que, même dans l'hypothèse d'un cumul avec un contrat de travail, leur éligibilité est loin d'être automatique. En effet, le dirigeant privé d'emploi ne peut bénéficier de l'assurance chômage au titre de son contrat de travail qu'à la condition que le cumul de son contrat de travail avec son mandat social soit considéré comme valable par Pôle emploi, ce qui suppose que ses fonctions, au titre de son contrat de travail, concernent l'exercice de tâches techniques distinctes, effectuées dans le cadre d'un lien de subordination juridique en contrepartie d'une rémunération correspondant à un salaire. Ainsi, n'est pas éligible à l'assurance chômage le dirigeant qui dispose dans la société de tous les pouvoirs, sans aucun contrôle, et qui exerce ses fonctions en toute indépendance²⁴.

En cas de suspension du contrat de travail durant l'exercice du mandat social, si la rupture du contrat de travail intervient immédiatement après la révocation du mandat, Pôle emploi ne verse pas d'allocations de chômage au dirigeant, faute pour ce dernier de pouvoir justifier du versement de salaires (et donc de cotisations à Pôle emploi) durant les 12 derniers mois précédant le licenciement.

En pratique, la question de l'éligibilité à l'assurance chômage du dirigeant qui cumule ses fonctions avec un contrat de travail dépend de l'analyse que Pôle emploi fait de sa situation.

Afin d'anticiper un éventuel refus de Pôle emploi, il est recommandé, dans des hypothèses de cumul, de solliciter son avis sur la

situation du dirigeant. Une procédure d'interrogation préalable de Pôle emploi existe à cette fin, laquelle consiste principalement à remplir un formulaire de « demande de renseignements » et à communiquer un certain nombre de documents. Pôle emploi vérifie alors que le contrat de travail est réel et qu'il correspond à un emploi effectif. Pôle emploi répond à la demande en émettant un avis positif ou négatif. En cas d'avis positif, celui-ci est opposable à Pôle emploi en cas de rupture du contrat de travail sous réserve que la situation du dirigeant n'ait pas changé. En cas d'avis négatif, les cotisations à l'assurance chômage éventuellement versées à tort peuvent être récupérées dans la limite de la prescription triennale mais surtout il est possible de mettre en place une assurance chômage privée telle que l'Association pour la protection des patrons indépendants (APPI) et la Garantie sociale des chefs d'entreprise (GSC).

S'agissant des conditions d'affiliation à la GSC (qui est la plus fréquemment utilisée), l'entreprise doit être membre d'un syndicat patronal adhérent à cet organisme, être inscrite au registre du commerce et des sociétés et ne pas être en situation de difficultés économiques et financières au moment de l'affiliation du dirigeant. Ce dernier doit, quant à lui, percevoir un revenu professionnel hors dividendes, ne pas avoir plus de 58 ans (les services de la GSC étudient au cas par cas toute demande d'affiliation d'un dirigeant âgé de 58 à 60 ans) et ne pas être titulaire d'une pension d'invalidité de 2^e ou 3^e catégorie au titre d'un régime obligatoire de base de la sécurité sociale.

Conclusion. – La notion de dirigeant recouvre de nombreuses réalités ; la frontière entre le droit du travail et le droit social est relativement ténue faute de statut spécifique du dirigeant et par suite de la volonté des parties, parfois commune, de « jouer sur les deux tableaux ». L'immixtion du statut protecteur du salarié dans la sphère du droit des sociétés est souvent décrite comme portant atteinte au principe de libre révocation. À l'inverse, d'autres fustigent les avantages octroyés aux dirigeants (rémunérations élevées, « golden hello » et « golden parachute », etc.), pourtant accordés en partie en compensation d'un statut plus précaire. Paroxysme de cette immixtion, les dirigeants n'hésitent plus aujourd'hui à saisir le conseil de prud'hommes en vue de faire requalifier leur mandat social en contrat de travail. Une réforme du statut semble donc nécessaire.

MOTS-CLÉS : Cadres - Cadre dirigeant - Mandataire social - Salarié - Statut

JURISCLASSEUR : Travail Traité, Fasc. 2-14, par Catherine Puigelier

21. Cass. soc., 16 mars 1976, n° 74-13.824 : *JurisData* n° 1976-096173. – Cass. soc., 7 févr. 1980, n° 78-13.425.

22. Cass. soc. 23 mai 1996, n° 94-12.010 : *JurisData* n° 1996-002058. – Cass. 2^e civ., 25 mai 2004, n° 03-30.030 : *JurisData* n° 2004-023797.

23. Cass. soc., 18 mars 1999, n° 97-19.231 : *JurisData* n° 1999-001270.

24. Cass. soc., 17 sept. 2008, n° 07-43.626 : *JurisData* n° 2008-045061 ; JCP S 2008, 1581, note C. Puigelier.