

Le statut social du dirigeant : salarié ou indépendant

Rappel de certaines règles

Nomination des dirigeants sociaux :

- Décision de l'associé unique ou de l'assemblée générale des associés
- Nomination pour une durée limitée ou sans limitation pour les gérants de sociétés à responsabilité limitée et pour une durée maximale de six ans pour les administrateurs de sociétés anonymes
- Indépendance des dirigeants sociaux et agissement dans l'intérêt de la société
- Responsabilité au titre des fonctions de dirigeant social différente de la responsabilité au titre du contrat de travail

Rémunération des dirigeants sociaux:

- Fixée, dans son principe et ses modalités, par les associés, sauf stipulations contraires des statuts (pour les sociétés anonymes)
- Pratique fréquente (pour les administrateurs de sociétés anonymes): décision du conseil d'administration d'octroyer une avance sur leur rémunération devant être approuvée ultérieurement par l'assemblée générale des actionnaires
- Mandat de gérant de société à responsabilité limitée présumé à titre gratuit et preuve de l'exercice du mandat social à titre onéreux par le mandataire social
- Mandat d'administrateur de société anonyme présumé à titre onéreux dans le silence des statuts
- Rémunération fixe, proportionnelle ou mixte et éventuelles gratifications exceptionnelles
- Emploi de jetons de présence et tantièmes comme mode de rémunération des administrateurs d'une société anonyme

Fin du mandat social

- Par démission, survenance du terme du mandat ou par révocation à l'initiative des associés
- Administrateur de société anonyme nommé pour une durée maximale de six ans renouvelable
- Administrateur de société anonyme révocable ad nutum
- Gérant de société à responsabilité limitée révocable pour juste cause, sauf stipulations contraires des statuts

Validité de principe du cumul

Silence de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales

Interprété comme une absence de prohibition du cumul du mandat social et d'un contrat de travail

Admission de la validité de principe du cumul

Exercice d'un contrôle

Contrôle éventuel sur la réalité du cumul effectué au niveau du contrat de travail et non au niveau du mandat social

Contrôle exercé au travers de l'appréciation du caractère réel et sérieux du contrat de travail

Contrôle fondé sur une contestation émanant du dirigeant social, de la société ou d'un tiers

Risques liés à l'existence du contrat de travail

- Remise en cause du principe de révocabilité ad nutum des dirigeants sociaux
- Sanction au travers de l'abus de droit en cas de cumul visant à faire échec au principe de révocabilité ad nutum et à assurer l'immovibilité du dirigeant social
- Existence d'une protection supplémentaire pour le dirigeant social salarié (découlant du droit du travail)

Risques liés à l'absence de mandat social

- Représentation de la société réservée aux mandataires sociaux valablement désignés
- Protection de la société et des tiers au travers de la notion de gestion de fait
- Gérant de fait défini comme la personne, non titulaire d'un mandat de gestion, et exerçant, en fait, la direction de la société de façon indépendante et par des actes positifs
- Eventualité de requalification des agissements d'un salarié comme administrateur ou gérant de fait
- Responsabilité du dirigeant de fait fondée sur le droit commun mais également risque d'extension de faillite en cas d'insuffisance d'actif

Exigence d'une dualité de fonctions

- Fonctions de direction dans l'exercice du mandat social
- Fonctions distinctes au titre du contrat de travail, essentiellement techniques, administratives ou commerciales
- Nécessité d'un encadrement et d'une limitation précise des contours de l'activité salariée : fonctions de direction, surtout les plus générales, insuffisantes pour constituer une fonction distincte

- Nécessité de prévoir des rémunérations distinctes au titre de chacune des fonctions

Exigence d'un contrôle dans l'exercice des activités salariées :

- Distinction essentielle avec la délégation de fonctions qui peut être faite à un salarié pour la gestion journalière
- Exigence d'un lien de subordination dans l'exercice des fonctions salariées sous la surveillance d'un organe de la société
- Difficilement admis dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés de petite taille car confusion fréquente
- Divergences jurisprudentielles importantes car analyse essentiellement factuelle

Applications pratiques

- Gérant unique : cumul traditionnellement refusé, a fortiori si le gérant est également associé de la société
- Accès à la gérance par un associé unique salarié parfois considéré comme une cause de suspension immédiate du contrat de travail par certains auteurs
- Société à responsabilité limitée avec conseil de gérance, pouvoirs limités du gérant, participation minoritaire (cumul admis)
- Administrateur au sein du conseil d'administration d'une société anonyme : fonctions salariées exercées sous le contrôle du conseil d'administration
- Administrateur unique d'une société anonyme : identité de solutions avec celle applicable au gérant unique
- Administrateur-délégué unique : divergences importantes
- Prise en considération de la qualité d'associé majoritaire ou minoritaire.