

Introduction

La notion de dirigeant de société

- 1 Le titre de cet ouvrage pourrait donner à penser qu'il s'agit d'un mémento donnant les clefs de la conduite du dirigeant dans les multiples facettes de son activité. Cet ouvrage n'a pas cette ambition ou plutôt il en a une autre plus restreinte : essayer de dire l'essentiel du droit des sociétés, du droit fiscal et du droit social d'une manière aisément accessible. Ces domaines se sont à ce point compliqués depuis peu que cette ambition suffit à fournir la matière du livre. Le dirigeant apparaît donc sous une qualification qu'il faut commencer par expliciter.

Les dirigeants concernés

- 2 Dans son acception actuelle, appliquée à l'entreprise, le terme de « dirigeant » est relativement récent ; il est apparu au début du siècle en même temps que se développait la fonction qu'il qualifie (selon le dictionnaire Robert : le mot apparaît vers 1835 au sens de « classe sociale dirigeante » et vers 1900 au sens de « dirigeant d'entreprise »).

Ce terme recouvre en pratique deux notions légèrement différentes.

Au sens large, il s'applique à toute personne ayant une responsabilité dans le cadre de l'administration, de la gestion ou de la direction d'une entreprise. Ainsi, celui qui dispose d'attributions spécifiques à la tête de l'entreprise peut être considéré comme un dirigeant au sens large du terme.

Dans une acception plus restreinte, la qualification de dirigeant est réservée à celui qui assure la direction, par opposition à une simple participation à l'administration. Cette fonction de direction, au sens strict, comporte un double pouvoir : celui de prendre la décision et celui de l'exécuter ou de la faire exécuter.

- 3 Bien que la seconde définition soit plus étroite et plus conforme à l'étymologie, la présente étude fait référence à l'acception la plus large de la notion de dirigeant.

Encore convient-il de préciser que seule est prise en considération la situation des dirigeants « de droit », c'est-à-dire de ceux qui sont régulièrement titulaires d'une fonction attribuée par les organes sociaux, conformément aux règles fixées par le droit des sociétés. Il ne sera pas fait état de la situation des dirigeants « de fait », c'est-à-dire des personnes se comportant comme des dirigeants, mais n'ayant pas reçu à cet effet une habilitation juridique régulière.

Il ne sera pas fait non plus référence à ceux qui disposent de pouvoirs de direction dans l'entreprise, mais qui ne font pas partie des organes sociaux au sens juridique du terme, même s'ils ont souvent de larges attributions : ces directeurs sont des salariés contribuant au développement de l'entreprise, mais ne participant pas au fonctionnement de la société en tant qu'elle est une personne morale regroupant un certain nombre d'associés apporteurs de capitaux.

Les sociétés concernées

- 4 Des considérations pratiques conduisent à limiter le cadre de cet ouvrage aux sociétés anonymes, SAS et SARL.

Les dirigeants des sociétés anonymes et des SARL ont un statut qui présente de nombreux points communs, ce qui permet d'envisager ce statut de manière globale. Certes les SAS représentent une catégorie très originale, soumise pour une grande part à l'invention des rédacteurs de statuts. Pourtant, dans la réalité, la plupart des SAS ont des dirigeants qui ressemblent grandement à ceux des sociétés anonymes.

En outre et surtout, ces trois catégories de sociétés représentent les options juridiques les plus fréquemment rencontrées dans la pratique. Même si les entreprises individuelles sont numériquement plus nombreuses, car elles englobent la plupart des entreprises artisanales et libérales, les sociétés anonymes, les SAS et les SARL regroupent les entreprises qui ont l'influence économique la plus importante.

Au sein des sociétés anonymes, l'évolution de la réglementation des marchés financiers conduit de plus en plus à distinguer société anonyme cotée et société anonyme non cotée. Cet ouvrage concerne essentiellement les sociétés non cotées.

Pendant, ce droit des sociétés non cotées fournit un socle naturel au droit des sociétés cotées.

La place du dirigeant dans la société

- 5 Dans la conception retenue, est considérée comme dirigeant toute personne qui exerce à un titre quelconque une fonction sociale dans le cadre de la direction, de l'administration ou de la surveillance. Aussi convient-il de présenter sommairement la place du dirigeant au sein de la société.

La société anonyme à conseil d'administration

- 6 La société anonyme s'adresse, en principe, aux entreprises les plus importantes ayant un capital élevé susceptible de permettre le développement d'une très large activité. Les faits ont contredit cette conception, et on peut

rencontrer en France de nombreuses sociétés anonymes de taille modeste, voire parfois très modeste. Les raisons de cette option ne doivent pas être recherchées dans les caractéristiques juridiques qu'offre la société anonyme, mais dans les statuts fiscal et social dont ont pu bénéficier ses dirigeants. Cette constatation permet de relever l'importance des aspects fiscaux et sociaux dans la vie des affaires. Mais elle conduit surtout à déplorer les conséquences qu'entraîne une option juridique fondée sur ces seules considérations, qui est bien souvent source de difficultés ultérieures d'ordre patrimonial ou d'ordre économique.

- 7** Il est habituel de relever que la société anonyme est la forme la plus élaborée et la plus complexe des personnes morales de droit privé. Cette complexité se justifie par les nombreuses possibilités qu'offre cette structure dont l'organisation est très hiérarchisée.

L'assemblée générale des actionnaires est l'organe social de base, compétent pour décider de toutes modifications des statuts. Elle désigne en son sein les dirigeants de la société et, le cas échéant, peut les sanctionner par une révocation, s'ils ne remplissent pas leur mission de la façon qui convient.

Les dirigeants désignés par l'assemblée générale forment le conseil d'administration, qui dispose de larges pouvoirs. Mais les administrateurs ont individuellement des attributions restreintes, car les pouvoirs sont attribués à l'organe social statuant collégialement. Les administrateurs choisissaient parmi eux un président, que la pratique connaissait sous le nom de P-DG. Il lui incombait la charge de diriger la société et bénéficiait à ce titre de pouvoirs personnels très étendus. Le président était soumis au contrôle du conseil d'administration, qui pouvait procéder à sa révocation en toute liberté.

- 8** Cette situation a connu une profonde transformation, à la suite de la loi NRE du 15 mai 2001. La loi distingue maintenant le président du conseil d'administration et le directeur général. Le président du conseil d'administration voit son rôle limité à la présidence du conseil, tandis que le directeur général est l'organe exécutif de la société anonyme. Mais la loi permet de regrouper sur la même tête les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général. Dans ce cas, où les fonctions ne sont pas dissociées, on retrouve finalement l'ancienne figure du P-DG. Cette hypothèse, présentée un peu par la loi comme une exception, est en réalité le schéma d'organisation le plus souvent suivi, dans la mesure où il permet de reproduire la figure traditionnelle du P-DG.

- 9** La présentation, même sommaire, des principaux organes sociaux ne peut être complète sans qu'il soit fait référence au commissaire aux comptes. Les attributions de celui-ci se sont développées au fil des années. D'abord chargé de vérifier la régularité et la sincérité des comptes et d'assurer le respect de l'égalité entre les actionnaires, le commissaire aux comptes s'est vu confier peu à peu une mission générale de contrôle de la régularité juridique des différentes opérations sociales et du comportement juridique des dirigeants ; plus récemment, son rôle a été étendu à une mission de prévention des difficultés économiques auxquelles la société peut se trouver confrontée. Amené à intervenir de manière permanente, et plus spécialement à l'occasion de

l'arrêté des comptes sociaux, le commissaire aux comptes est, pour les dirigeants, un interlocuteur privilégié. Son intervention est souvent plus efficace que celle de l'assemblée générale dont le rôle est, en pratique, assez réduit.

La société anonyme avec directoire

10 La loi de 1966 a introduit une variante dans le mode d'administration de la société anonyme (1). Dans cette société anonyme avec directoire, l'essentiel des dispositions qui lui sont applicables sont celles de la société anonyme à conseil d'administration ; seul le mode de fonctionnement des organes dirigeants est différent. On relèvera par ailleurs que les actionnaires ont le choix soit lors de la création de la société, soit à tout moment de la vie sociale, de modifier dans un sens ou dans un autre le mode d'administration de la société. Mais l'option exercée est obligatoirement globale et les actionnaires doivent se déterminer en faveur de l'une ou l'autre formule sans avoir la possibilité de mettre en place une formule intermédiaire.

11 La formule nouvelle ne modifie pas le principe de hiérarchie des pouvoirs, mais elle en donne une illustration différente.

L'assemblée générale reste l'organe de base de la société. Elle a notamment compétence pour désigner les membres du conseil de surveillance et pour procéder à la révocation des différents dirigeants.

Le conseil de surveillance est composé d'actionnaires. Son rôle et sa responsabilité sont limités. Ce conseil est chargé de définir la politique générale de la société, d'assurer le contrôle de la gestion et d'en apprécier les résultats. L'existence de cet organe social ne met pas en cause le rôle du commissaire aux comptes qui garde l'ensemble des attributions ayant été évoquées dans la société anonyme à conseil d'administration. Le conseil de surveillance a également compétence pour désigner les membres du directoire.

Le directoire, placé sous le contrôle du conseil de surveillance, est chargé d'assurer la direction de la société. En principe organe collégial, le directoire peut cependant être constitué d'un seul dirigeant dans les sociétés dont le capital est inférieur à 150 000 €. Dans ce cas, le dirigeant porte le titre de directeur général unique. Le ou les membres du directoire peuvent être choisis parmi les actionnaires, mais aussi en dehors d'eux. L'accès d'une personne non actionnaire aux fonctions de dirigeant est l'une des caractéristiques essentielles de cette formule de société anonyme par rapport à la société à conseil d'administration.

La dualité des organes dirigeants, conseil de surveillance, d'une part, directoire, d'autre part, a pour effet de distinguer de manière particulièrement nette le pouvoir de direction du pouvoir de contrôle. Cette organisation qui paraît assez rationnelle et conforme aux méthodes de gestion modernes n'a cependant pas connu l'accueil qui pouvait légitimement être attendu ; cette formule est peu utilisée dans les sociétés non cotées.

(1) Les modalités de fonctionnement de cette forme de société sont inspirées du droit allemand qui connaissait cette formule avant qu'elle ne soit introduite dans le droit français. Sur cette forme de société, voir Caussain, « Le directoire et le conseil de surveillance », LITEC, 2002.

La société par actions simplifiée

- 12** La loi du 3 janvier 1994 a introduit une nouvelle forme de société, la société par actions simplifiée (SAS). Elle a été voulue comme une forme très contractuelle, laissant une grande liberté aux statuts pour définir l'organisation des pouvoirs des dirigeants et ceux des associés. Pour le reste, en particulier, pour tout ce qui concerne le droit des valeurs mobilières et du capital social, s'applique le droit de la société anonyme.

La liberté des statuts pour définir les pouvoirs des dirigeants est cependant encadrée par la loi qui impose au moins l'existence d'un président. Celui-ci peut être assisté de directeurs généraux et de directeurs généraux délégués. Les statuts peuvent prévoir l'existence d'autres dirigeants.

Les statuts doivent aussi prévoir la répartition des pouvoirs. S'il n'existe qu'un dirigeant, il sera le président. S'ils sont plusieurs, les statuts organiseront les compétences de chacun.

La liberté des statuts est telle qu'il sera difficile d'en donner une description très précise. On ne pourra que présenter un tableau schématique des possibles. Il est indéniable que sa souplesse a plu et qu'on ne constitue quasiment plus de société anonyme, mais seulement des SAS.

La souplesse de cet instrument a été accrue par la possibilité qui lui a été donnée de n'exister qu'avec un seul associé.

La société par actions simplifiée unipersonnelle

- 13** La loi du 12 juillet 1999 autorise la création de la société par un associé unique. Cette formule juridique n'est pas une nouvelle forme de société. Le fonctionnement de la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) est d'une relative simplicité, puisque l'associé unique sera le plus souvent en même temps le président de la société. Une SAS devient SASU en ne conservant qu'un seul associé. De même une SASU devient SAS en ajoutant des associés. Ce passage très aisé de la SAS à la SASU et réciproquement est un avantage supplémentaire que permet ce type de société.

La société à responsabilité limitée

- 14** La SARL concerne, en principe, des entreprises petites ou moyennes ; elle constitue pour celles-ci un cadre mieux adapté et moins contraignant que celui de la société anonyme. La réglementation de la SARL permet d'assurer un contrôle de la cession des titres à des tiers, et même entre associés, grâce à une procédure d'agrément assez contraignante. Les règles de vote dans la SARL, et notamment les conditions de majorité extraordinaire, conduisent en outre à un meilleur contrôle des décisions par les associés. Ces différentes caractéristiques, que l'on ne retrouve pas dans les sociétés anonymes, se révèlent mieux adaptées dans le cadre de sociétés fermées qui regroupent des membres d'une même famille ou des associés participant à l'activité de l'entreprise.

En contrepartie, la SARL n'offre pas toutes les possibilités que la société anonyme permet d'obtenir, notamment en ce qui concerne la participation de partenaires financiers. Elle ne présente pas non plus la formidable souplesse de la SAS.

Cette forme de société a été introduite en France en 1925, à une époque où les entreprises artisanales commençaient à accéder au niveau industriel. La SARL a connu dès l'origine un très grand succès qui ne s'est pas démenti au fil des ans. Elle est souvent utilisée comme cadre juridique de la création d'entreprises nouvelles. Elle a même servi de support juridique à l'entreprise unipersonnelle introduite dans le droit français par la loi du 11 juillet 1985.

15 Destinée aux petites et moyennes entreprises, la SARL est d'un fonctionnement relativement plus simple. Comme dans toute société, on trouve l'assemblée générale, avec des attributions sensiblement identiques à celles présentées pour la société anonyme.

16 Mais c'est surtout par ses dirigeants que la SARL se distingue de la société anonyme. Un seul organe, la gérance, est chargé d'assurer l'administration et la direction de la société et dispose à cet effet de plus larges pouvoirs. La gérance, désignée par l'assemblée générale, est placée sous le contrôle de cette dernière. Les relations entre le dirigeant et les associés sont directes. La gérance peut être confiée à une seule personne, associée ou non associée ; elle peut également être assurée par plusieurs personnes, mais elle ne constitue pas, dans cette hypothèse, un organe collégial : chacun des gérants dispose, à titre personnel, de pouvoirs identiques.

Dans la plupart des cas, les SARL n'ont pas de commissaire aux comptes ; l'obligation d'introduire cet organe social est imposée aux seules sociétés dont l'activité est importante.

L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée

17 La loi du 11 juillet 1985 a autorisé la création d'entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL). Cette formule juridique ne constitue pas une nouvelle forme de société. L'EURL est une SARL soumise à toutes les règles prévues par la loi pour cette forme de société, sous réserve de quelques adaptations liées à l'existence d'un seul associé. L'associé unique peut se désigner comme gérant ou confier la gérance à un tiers. Le gérant se trouve dans la même situation que celui d'une SARL constituée de plusieurs associés. Comme il a été vu à propos de la SAS, le passage de la SARL à l'EURL ou réciproquement est un grand avantage de ce type de société.

Les nouvelles tendances

18 Les idées du « corporate governance », qu'on traduit souvent par l'expression de « gouvernement d'entreprise », sont nées aux États-Unis dans les années 1980. Elles visent à améliorer le gouvernement des entreprises en

cherchant à mieux contrôler le pouvoir des dirigeants par un ensemble de contre-pouvoirs permettant de mieux faire respecter les droits des associés.

Ces idées concernaient essentiellement les sociétés cotées et il en a été de même en France, quand elles ont atteint notre pays dans les années 1990. Ces idées ne se sont pas d'abord traduites par des textes de droit impératif. Des recommandations AFEP-MEDEF sont apparues dans deux rapports Viénot de 1995 et de 1999 et dans un troisième, le rapport Bouton de 2002. Ils proposent la nomination d'administrateurs indépendants, la création de comités spécialisés du conseil d'administration – comité d'audit, comité de rémunération, comité de sélection – la rédaction d'une charte de déontologie des administrateurs. Un dernier rapport AFEP-MEDEF de 2008 concerne les rémunérations des dirigeants.

Mais dans le même temps, la force juridique de ces rapports a évolué de manière relativement subtile. En effet, depuis la loi du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire (art. L. 225-37, al. 7 et L. 225-68, al. 8), les sociétés cotées sur un marché réglementé doivent appliquer un code de gouvernement d'entreprise ou expliquer pourquoi elles ne l'appliquent pas. Or ces recommandations AFEP-MEDEF représentent le code de gouvernement d'entreprise le plus souvent utilisé et dorénavant les sociétés cotées devront le plus souvent appliquer ces recommandations AFEP-MEDEF ou expliquer pourquoi elles ne l'appliquent pas (Ripert et Roblot, n° 2141).

- 19** Même si ces idées nouvelles ont pour cible les sociétés cotées, il est indubitable qu'elles imprègnent quelque peu les mentalités du moment et certaines réformes législatives en sont inspirées : il en va ainsi de la dissociation possible des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général créée par la loi NRE du 15 mai 2001. L'attention portée au conflit d'intérêts, dans la loi NRE, au travers de la question des conventions passées entre la société anonyme et ses dirigeants, en est une autre illustration.

Présentation générale du statut du dirigeant

- 20** Il est souvent demandé un véritable statut du dirigeant, non pas tant par souci de logique juridique que pour faire disparaître de nombreuses ambiguïtés de la situation actuelle. Cependant, la loi de 1966, pas plus que les différents textes postérieurs qui l'ont complétée, n'ont défini un statut homogène du dirigeant de société comparable, par exemple, au statut du commerçant ou à celui du salarié.

La fonction reste marquée par l'idée que le dirigeant est l'émanation des associés et représente les apporteurs de capitaux. Cette conception n'est pas fautive mais elle fait quelque peu l'impasse sur son rôle dans la gestion de la société. Aussi n'est-il pas étonnant de voir le dirigeant tenter de se faire reconnaître, indépendamment de sa fonction, un statut juridique de salarié, au sens du droit du travail, mieux défini et surtout plus protecteur de ses intérêts.

La situation juridique : l'absence de réglementation homogène

Les fondements du statut

• **La diversité des fondements**

- 21** Deux textes, la loi du 24 juillet 1966 et le décret du 23 mars 1967, regroupaient la plus grande partie des dispositions intéressant les sociétés commerciales ; ils comportaient donc de nombreuses dispositions relatives au statut juridique des dirigeants. Depuis l'ordonnance du 18 septembre 2000, la loi du 24 juillet 1966 a été codifiée dans le Livre II d'un nouveau code de commerce. Tous ses articles ont reçu de nouveaux numéros dans les articles L. 210-1 à L. 248-1 du code de commerce. Le décret du 23 mars 1967 a été atteint par ce mouvement de codification, par le décret du 25 mars 2007. Tous ses articles ont reçu de nouveaux numéros dans les articles R. 210-1 à R. 228-96.

Mais si ces deux textes – le livre II du code de commerce et sa partie réglementaire – regroupent la plus grande partie de la réglementation des sociétés commerciales, ils ne constituent pas cependant tout le droit des sociétés. De nombreuses dispositions ont été édictées par d'autres lois ou décrets qui sont restés indépendants : ainsi en est-il par exemple de la réglementation des coopératives, des formalités du registre du commerce et des sociétés... Et dans le domaine du statut des dirigeants, il est souvent fait appel à des dispositions d'ordre plus général, notamment en ce qui concerne la responsabilité civile et la responsabilité pénale.

Cette diversité des fondements de la réglementation, obligeant à rechercher les différentes composantes du statut dans de nombreux textes de lois, ou même simplement réglementaires, est l'une des raisons qui conduisent parfois les dirigeants à ignorer, en toute bonne foi, les dispositions qui leur sont applicables.

• **Le caractère impératif des fondements**

- 22** La société a été longtemps conçue comme une institution qui imposait aux associés un ensemble de règles intangibles. Leur principale liberté s'exprimait dans la faculté d'adhérer à la société. Après, ils abdiquaient toute liberté et étaient soumis au régime juridique de la société qu'ils avaient choisi. Mais depuis une trentaine d'années, la thèse institutionnelle a perdu du terrain au profit d'une vue plus contractuelle de la société. La naissance en 1994 de la SAS, qui laisse à ses associés une très grande liberté statutaire, en particulier en ce qui concerne l'organisation des pouvoirs des dirigeants, en est l'expression la plus marquante (Guyon, n° 8). L'évolution récente est cependant pleine d'ambiguïtés, car, dans le même temps, les idées du « corporate governance » venues d'outre-Atlantique visent à imposer une structure plus équilibrée des pouvoirs et, en particulier, de ceux des dirigeants.

- 23** En réalité, on ne sait plus si la distinction entre l'institution et le contrat est encore très pertinente. Ce qui importe surtout est la notion d'ordre public, qui interdit des conventions contraires et qui impose des normes impératives. Or il est évident que cette notion est très différemment développée selon les formes de société. L'ordre public est très vigoureux dans les sociétés anonymes et les SARL. Il est beaucoup plus limité dans les SAS. Les associés et les dirigeants devront penser à ces différences fondamentales lorsqu'il leur est donné la possibilité de choisir leur forme sociale.

Les caractéristiques du statut

- 24** La nature particulière du statut de dirigeant de société conduit à rechercher les caractéristiques de ce statut par référence à d'autres situations juridiques mieux définies.

• **Le dirigeant, mandataire ?**

- 25** Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, les dirigeants sociaux étaient considérés comme des mandataires investis d'un double mandat : de la part des associés pour assurer la gestion interne de la société, de la part de la société elle-même pour représenter la personne morale à l'égard des tiers. C'est ainsi que les principes du mandat ont servi de base à l'élaboration des règles régissant la situation juridique des dirigeants de sociétés commerciales et leurs rapports avec la société. C'est notamment dans ce cadre qu'a pu s'établir la notion de libre révocabilité ou que se sont peu à peu affirmés les contours de la responsabilité du dirigeant.

- 26** La loi de 1966 a marqué une évolution très nette. Les règles du mandat ne permettent plus, à elles seules, de définir la situation du dirigeant. La loi s'en écarte bien souvent lorsqu'elle détermine la position du dirigeant et celui-ci apparaît bien plutôt comme un organe social que comme un mandataire. Cet organe social a, en particulier, reçu un statut original dans ses relations avec les tiers, qui tend à protéger ces derniers des dangers des relations avec un représentant d'une personne morale.

Cependant la terminologie adoptée dans la loi de 1966 traduit une certaine ambiguïté qui démontre que le législateur ne s'est pas totalement départi de l'héritage du droit antérieur. Ainsi les textes font-ils référence tout à la fois aux « fonctions » ou au « mandat ».

• **Le dirigeant, commerçant ?**

- 27** Il a toujours été admis que les actes de commerce ne confèrent pas la qualité de commerçant au dirigeant qui les accomplit pour le compte et au nom de la société. Le dirigeant n'est pas un commerçant.

- 28** Il faut cependant éviter de tirer des conclusions hâtives de l'énoncé de ce principe, car les restrictions qui le nuancent sont nombreuses.

Certes, le dirigeant n'a pas à requérir son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, mais son nom et sa fonction sont mentionnés sur l'extrait d'immatriculation de la société qu'il dirige.

Le dirigeant est électeur et éligible aux tribunaux de commerce et chambres de commerce et d'industrie en qualité de représentant de la société.

Même s'il n'est pas commerçant, le dirigeant pourra être assigné devant la juridiction commerciale par un associé : l'article L. 411-4-2° du code de l'organisation judiciaire donne compétence aux tribunaux de commerce pour connaître des « contestations relatives aux sociétés commerciales » (Conte, Germain et Gutman, n° 016). De même, le cautionnement donné par le dirigeant d'une société commerciale au profit de cette dernière relève normalement de la compétence du tribunal de commerce.

De façon plus essentielle, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires de la société, la loi permet de frapper les dirigeants de sanctions civiles ou pénales, de même nature que celles qui sont appliquées aux commerçants. Dans ces mêmes circonstances, l'action en comblement du passif social autorise les créanciers de la société à agir en responsabilité contre les dirigeants sociaux et met, d'une certaine manière, face à face les créanciers de la société et les dirigeants sociaux (voir § 2305).

On ne peut, enfin, manquer de relever que certaines fonctions de dirigeant placent leur titulaire sous un régime fiscal et social identique à celui d'un commerçant individuel.

Certains auteurs, allant au-delà de ces particularités, considèrent, de manière plus globale, que le dirigeant social prend habituellement des décisions qui donnent naissance à des actes de commerce et qu'il exerce une activité à finalité commerciale. Les dirigeants appartiendraient ainsi dans une typologie moderne à une nouvelle catégorie de quasi-commerçants (Champaud, RTD Com 2003, p. 741).

• Le dirigeant, professionnel indépendant ?

- 29** La loi de sauvegarde des entreprises vise dorénavant également les « professionnels indépendants ». Les URSSAF se sont efforcées de faire ouvrir des procédures collectives à l'égard des gérants majoritaires de SARL qui ne payaient pas leurs cotisations, en se fondant sur leur qualité prétendue de professionnel indépendant. La Cour de cassation a décidé assez logiquement que ce type de dirigeant agit au nom de la société et non en son nom personnel et qu'il ne peut donc pas relever en tant que gérant majoritaire de la loi de sauvegarde (cass. com. 12 novembre 2008, Bull. Joly, p. 298, note Le Corre, Droit des sociétés 2009, n° 15, obs. Legros).

Ce cas jurisprudentiel incite à ne pas chercher dans cette direction une qualification générale du dirigeant comme professionnel indépendant.

• Le dirigeant, salarié ?

- 30** Le dirigeant, quelle que soit sa fonction, n'est pas un salarié au sens juridique de ce terme. Les fonctions sociales en elles-mêmes ne peuvent, en aucune manière, conférer le statut de salarié.

Le dirigeant ne peut donc se prévaloir des garanties attachées à ce statut de salarié.

Ainsi, les litiges entre le dirigeant et la société ne relèvent pas de la juridiction prud'homale (cass. soc. 9 juillet 1976, Bull. Joly 1976, p. 414). De même, le dirigeant ne bénéficie ni des garanties accordées aux salariés privés d'emploi ni des droits de propriété reconnus aux salariés dans le cadre des inventions effectuées dans l'exercice de leur activité professionnelle.

Aucune des règles relatives au salaire ne peut s'appliquer à sa rémunération, le dirigeant ne peut se prévaloir du salaire minimum de croissance (SMIC) (cass. soc. 28 mars 1984, Bull. Joly 1984, n° 354, p. 915).

La qualité de dirigeant ne donne pas droit au bénéfice des congés payés, ni au régime de l'intéressement des salariés.

- 31** Dans la mesure où il n'est pas un salarié, le dirigeant n'est pas subordonné à la société ou à d'autres organes sociaux. Il exerce ses fonctions sous sa propre responsabilité même s'il est assujéti au contrôle d'autres organes de la société.

Si le dirigeant n'est pas juridiquement un salarié, il relève souvent, sur le plan fiscal et dans le domaine de la protection sociale, du régime des salariés. Cette assimilation, partielle, au statut de salarié contribue à entretenir une certaine confusion dans l'esprit même des intéressés qui ne mesurent pas l'exacte portée de leur qualité de salarié.

- 32** Cette ambiguïté est d'autant plus marquée que le dirigeant est parfois retenu, pour le calcul de certains seuils, dans l'effectif de l'entreprise et exclu dans d'autres cas.

Par ailleurs, et dans certaines situations particulières, le dirigeant peut bénéficier d'un contrat de travail passé avec la société qu'il dirige, et ce cumul, parfois possible ou parfois impossible, est source de nombreuses confusions et difficultés pratiques (voir § 400).

De façon plus exceptionnelle encore, un dirigeant peut bénéficier de l'article L. 7321-2 du code du travail (cass. soc. 25 mars 2009, BRDA 15 avril 2009, n° 4).

• Le dirigeant, employeur ?

- 33** Le pouvoir de représentation de la société conduit à conférer au dirigeant, dans le cadre du droit du travail, une position particulière qui s'affirme spécialement dans les relations sociales au sein de l'entreprise.

Ainsi le dirigeant, même s'il a par ailleurs la position de simple salarié ou de cadre, ne peut participer aux élections de délégués du personnel car sa fonction « le fait participer aux pouvoirs d'un employeur » (cass. com. 25 mars 1980, Rev. soc. 1980, p. 757). Pour les mêmes raisons, le dirigeant de société se trouve écarté des élections au comité d'entreprise. Le code du travail (c. trav. art. L. 1441-4), pour l'élection des conseillers prud'hommes, considère comme employeurs, au même titre que les chefs d'entreprise individuelle, les présidents des conseils d'administration et les directeurs généraux.

La position d'employeur apparaît également de manière particulièrement significative dans le cadre de la mise en jeu de sa responsabilité en matière pénale. C'est parce que le dirigeant dispose du pouvoir de direction que sa responsabilité peut être mise en cause pour le non-respect des règles du droit du travail, ou en cas d'accident du travail.

• Le dirigeant, associé ordinaire ?

- 34** Le dirigeant n'est pas forcément un associé. Le droit lui en fait parfois obligation, ainsi est-ce le cas du P-DG, du président du conseil d'administration, de l'administrateur où le droit y est indifférent, ou encore des membres du directoire, du gérant de SARL ou des dirigeants de la SAS.

S'il est associé, il peut en tant que dirigeant voir certains de ses droits limités par rapport à ceux d'un actionnaire ordinaire. Ainsi il ne peut recevoir de stock-options s'il possède plus de 10 % du capital social (art. L. 225-182). De même, il ne peut participer à une attribution gratuite d'actions, permise par la loi de finances de 2004, s'il possède plus de 10 % du capital social (art. L. 225-197-1). Ces limitations peuvent paraître paradoxales. En réalité, elles sont le signe de certaines limites que la loi assigne à certains avantages des dirigeants, dans une zone de conflits d'intérêts possibles.

L'opposabilité du statut : l'information des tiers

- 35** Dans les relations internes à la société, les décisions prennent immédiatement effet : le dirigeant entre donc en fonction dès sa nomination et il perd tous pouvoirs dès la cessation de ses fonctions (cass. soc. 12 octobre 2005, BRDA 2006/13).

À l'égard des tiers, la situation est différente : la décision sociale n'est opposable aux tiers qu'après exécution des mesures de publicité légale.

- 36** Diverses mesures de publicité sont prévues par la loi et par des dispositions réglementaires en cas de nomination d'un dirigeant ou de cessation de ses fonctions. Ces obligations, parfois considérées comme de simples formalités d'intérêt secondaire, méritent d'être prises en considération par les dirigeants, pour les conséquences juridiques qui leur sont attachées.

Remarque pratique

L'exécution des formalités concernant les mandats des dirigeants apporte une sécurité tant aux tiers qu'à la société et aux dirigeants eux-mêmes. À l'inverse, l'inobservation de ces obligations peut entraîner des conséquences préjudiciables pour la société et pour le dirigeant.

Les formalités de publicité

- 37** La nomination et la cessation des fonctions doivent être publiées. Le renouvellement de fonctions, n'entraînant aucune modification de la situation, ne doit faire l'objet d'aucune formalité particulière (rép. Arnaud, JO 4 mars 1972, AN quest. p. 519).

• La publicité par voie de presse

La publicité dans un journal d'annonces légales

- 38** La première formalité consiste à porter toute modification dans la composition des organes sociaux à la connaissance d'un large public. La société doit procéder à l'insertion, dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social, d'un avis indiquant la nomination ou la cessation des fonctions d'un dirigeant. Cette formalité doit être effectuée à la diligence et sous la responsabilité des représentants légaux de la société (art. R. 210-18, al. 1) et dans le délai d'un mois qui suit l'événement.

La publicité dans le BODACC

- 39** Une seconde publicité, également effectuée par voie de presse, mais destinée à un public plus restreint mais aussi plus professionnel, doit être effectuée par une insertion dans le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC). Cette insertion est mise à la charge des greffiers des tribunaux de commerce qui y procèdent lorsqu'ils sont informés de la modification par le dépôt des différents documents au registre du commerce et des sociétés. Cet avis doit être adressé au bulletin par le greffier dans les huit jours du dépôt au registre du commerce et des sociétés.

• L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés

Les déclarations

- 40** La demande d'immatriculation d'une société au registre du commerce et des sociétés comporte l'indication des personnes à qui ont été confiées les fonctions de dirigeant (art. R. 123-54). Divers renseignements sont exigés : nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile personnel, nationalité.

Remarque pratique

Un dirigeant peut être autorisé à faire figurer son adresse professionnelle au registre du commerce en vue d'assurer sa sécurité et de protéger son domicile et sa famille (Paris 23 janvier 1998, Bull. Joly 1998, p. 551).

La société doit demander une inscription modificative dans le mois de tout fait ou acte rendant nécessaire la rectification ou le complément des mentions figurant au registre du commerce et des sociétés (art. R. 123-66). Ainsi, toute nomination nouvelle et toute cessation de fonctions, quelles qu'en soient les causes, sont soumises à déclaration.

L'inscription au registre du commerce et des sociétés

- 41** Le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la régularité de la demande présentée (art. R. 123-94). Il vérifie que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires, qu'elles correspondent aux pièces justificatives et actes déposés en annexe et sont compatibles, dans le cas d'une demande de modification ou de radiation, avec l'état du dossier.

Il est précisé que le greffier vérifie, en outre, que la constitution ou les modifications statutaires des sociétés commerciales sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent (1).

- 42** La déclaration entraîne l'inscription au registre du commerce et des sociétés par le greffier – ou la radiation, le cas échéant – des renseignements concernant le dirigeant. Le greffier délivre un extrait d'immatriculation, qui constitue « la carte d'identité » de la société et justifie la qualité de dirigeant à l'égard des tiers.

• La publicité imposée

L'intervention d'une personne justifiant d'un intérêt

- 43** Lorsqu'une formalité de publicité a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé de désigner un mandataire pour procéder à la déclaration (art. R. 210-18, al. 2). Cette demande ne peut être présentée qu'après mise en demeure de la société, restée sans suite pendant un délai d'un mois. Cette procédure, peu utilisée en général, trouve cependant une application en cas de modification dans la composition des organes sociaux.

Remarque pratique

Les anciens dirigeants, démissionnaires, voire révoqués, en cas d'inaction de leurs successeurs, peuvent accomplir les formalités de publicité relatives à la cessation de leurs fonctions. Cette déclaration leur permet, le cas échéant, de dégager leur responsabilité à l'égard des tiers pour tous les actes intervenus postérieurement à cette cessation.

L'injonction du juge

- 44** Le juge commis à la surveillance du registre du commerce peut ordonner aux représentants légaux de la société de procéder à une formalité non exécutée (art. L. 123-94). Le dirigeant mis en cause qui, dans les quinze jours de la date à laquelle est devenue définitive l'ordonnance rendue par le juge commis à la surveillance du registre, n'a pas, sans excuse jugée valable, déféré à cette injonction s'expose à diverses sanctions (art. L. 123-3 : amende de 3750 €).

• Les effets attachés à la réalisation des formalités

- 45** D'une manière générale, les nominations ou radiations qui sont régulièrement publiées sont opposables aux tiers (art. L. 210-9). L'apparence ne peut contredire ce que dit la publicité. Ainsi, si des tiers passent un contrat avec un ancien P-DG, dont le départ a été régulièrement publié, ceux-ci ne peuvent se prévaloir de l'apparence et le contrat passé n'engage pas la société (cass. com. 4 mai 1993, Rev. soc. 1993, p. 567, note Saintourens).

(1) Le contentieux du refus d'immatriculation ou d'enregistrement des modifications fait l'objet des articles R. 123-143 à R. 123-149.

En ce qui concerne les modifications dans la composition des organes sociaux, le délai d'opposabilité est de seize jours après la publicité au BODACC lorsque les tiers prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'avoir connaissance de la modification (c. com. art. L. 210-5).

Lorsqu'il y a discordance entre le texte déposé au registre du commerce et le texte publié au BODACC, ce dernier ne peut pas être opposé aux tiers. Ceux-ci peuvent cependant s'en prévaloir, à moins que la société ne prouve qu'ils ont eu connaissance du document déposé au registre du commerce.

- 46** La conséquence la plus importante de la publicité est certainement la sécurité qu'elle apporte aux tiers. En effet, ni ceux-ci ni la société ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société, lorsque cette nomination a été régulièrement publiée (art. L. 210-9).

Les tiers n'ont donc pas à se préoccuper des modalités de désignation ou du respect des conditions d'accès aux fonctions.

Les conséquences du défaut de réalisation des formalités

• Les relations entre la société et les tiers

- 47** Les tiers et les administrations publiques peuvent se prévaloir à l'encontre de la société des nominations ou cessations de fonctions, même dans le cas où aucune formalité de publicité n'a été effectuée (art. L. 123-9).

En revanche, la société ne peut se prévaloir à l'égard des tiers ou des administrations des nominations et cessations de fonctions des dirigeants tant que celles-ci n'ont pas été régulièrement publiées. Ce principe reçoit-il exception quand les tiers ont personnellement connaissance de la composition réelle des organes sociaux ? Les juges du fond paraissent l'admettre (Paris 15 septembre 1995, Bull. Joly. 1996, p. 50, note Le Cannu).

- 48** Ces diverses conséquences, justifiées par la nécessité d'assurer la protection des tiers dans leurs rapports avec une personne morale, doivent conduire les dirigeants à une certaine rigueur dans l'exécution des formalités de publicité prévues par la loi. Il apparaît clairement que le respect des formalités constitue une garantie pour la société elle-même puisque celle-ci peut se prévaloir d'une situation régulière et qu'en revanche, l'absence de formalités est susceptible de la priver de certains droits.

• Les relations entre le dirigeant et les tiers

- 49** Selon la jurisprudence civile, les règles relatives à l'inopposabilité aux tiers des nominations ou cessations de fonctions ne concernent que les engagements de la société à l'égard des tiers. Elles ne s'appliquent pas lorsque la responsabilité personnelle est mise en cause. La publicité ne joue donc aucun rôle lorsqu'il s'agit de déterminer si, et jusqu'à quel moment, la responsabilité personnelle peut être engagée (cass. com. 17 janvier 1989, Rev. soc. 1989, p. 638, note Reinhard).

Il en va de même pour la déclaration des créances effectuée par le dirigeant de la société (cass. com. 12 juillet 2004, Bull. Joly 2004, p. 1525, note Bahans et Le Cannu).

• Les relations entre la société et le dirigeant

- 50** L'absence de formalités reste sans effet dans les relations entre la société et le dirigeant. La Cour de cassation a rappelé plusieurs fois que le défaut de publication ne peut avoir pour effet de remettre en cause la décision de nomination ou de cessation des fonctions.

Ainsi a-t-elle jugé qu'un contrat de travail signé après une démission, alors que celle-ci n'était pas publiée, était valable et ultérieurement opposable à l'ASSEDIC (cass. soc. 9 octobre 1991, Rev. Soc. 92, p. 319 ; cass. soc. 26 juin 2008, Rev. soc. 2009, p. 108, note Barbiéri).

La situation fiscale : la diversité des statuts

- 51** Le dirigeant de société étant avant tout un contribuable, il va sans dire que celui-ci est concerné par l'ensemble des règles qui régissent la fiscalité française, et notamment la fiscalité personnelle et patrimoniale. Mais évidemment, seules les règles spécifiques aux dirigeants méritent un examen particulier dans cet ouvrage. Les autres relèvent de la fiscalité générale.

Ces règles spécifiques concernent avant tout la rémunération des dirigeants, quelle que soit la forme prise par cette rémunération (rémunération classique ou avantages résultant d'une participation au capital de l'entreprise). Mais la qualité de dirigeant peut également avoir une incidence sur la détermination de l'impôt de solidarité sur la fortune, à travers l'exonération des biens professionnels.

Dans la mesure où la qualité de dirigeant peut influencer sur des impôts de nature différente, il faut donc d'emblée accepter de ne pas appliquer les mêmes principes et donc des règles uniformes pour apprécier la situation fiscale d'ensemble d'un dirigeant de société.

La fiscalité de la rémunération des dirigeants de société

- 52** L'imposition de la rémunération des dirigeants de sociétés n'est pas uniforme. Le statut fiscal du dirigeant dépend avant tout du statut fiscal de la société qu'il dirige et, plus précisément, de la distinction entre les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés et celles qui ne le sont pas. Dans le premier cas, la rémunération des dirigeants est en principe considérée comme un salaire. Dans le second cas, leur rémunération est assimilée à une répartition du résultat fiscal de la société, tout au moins lorsque les dirigeants possèdent également la qualité d'associé.

Par voie de conséquence, cette rémunération ne sera pas assimilée à un salaire et suivra le sort réservé au résultat fiscal de l'entreprise.

- 53** L'application de ce principe aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée permet de constater que les dirigeants de sociétés anonymes sont assimilés à des salariés puisque ces sociétés sont obligatoirement soumises à l'impôt sur les sociétés. Un traitement fiscal spécifique est toutefois réservé aux jetons de présence et aux rémunérations exagérées.

En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, celles-ci sont en principe soumises à l'impôt sur les sociétés. La rémunération des gérants devrait donc être assimilée dans tous les cas à un salaire. Cependant, pour des raisons historiques, on continue de distinguer les gérants majoritaires et les gérants minoritaires. Cette distinction est devenue purement formelle pour l'imposition des rémunérations (voir § 1005). En revanche, leur régime social reste différent (voir § 1067) et cette distinction présente encore un intérêt au regard de l'impôt de solidarité sur la fortune (voir § 1210).

Par ailleurs, contrairement aux sociétés anonymes, certaines sociétés à responsabilité limitée peuvent ne pas être soumises à l'impôt sur les sociétés. Il s'agit des SARL dites « de famille ». On appliquera alors aux dirigeants de ces sociétés les règles relatives aux sociétés non soumises à l'impôt sur les sociétés (voir § 1059). Il en est de même des dirigeants des jeunes sociétés de capitaux (SA, SAS, SARL) qui optent temporairement pour le régime des sociétés de personnes (voir § 1061).

- 54** On en terminera avec cette approche en constatant que certaines opérations patrimoniales entre le dirigeant et la société engendrent des rémunérations qui font l'objet d'une attention fiscale particulière. Tel est le cas, par exemple, de redevances de brevets versées par une société à son dirigeant. On prendra toutefois garde au fait que la plupart de ces opérations ne concernent pas directement les dirigeants, mais les associés. Certes, il arrive fréquemment qu'un dirigeant soit également associé, mais il convient de ne pas confondre ces deux situations. Simplement, le fait pour un associé d'avoir par ailleurs la qualité de dirigeant peut parfois avoir une incidence sur la solution fiscale.

La fiscalité des mécanismes de participation au capital

- 55** Plusieurs mécanismes permettent de participer au capital ou aux résultats de l'entreprise. Ces mécanismes ne sont pas réservés aux seuls dirigeants, mais certains d'entre eux, notamment le régime des stock-options et celui des bons de créateurs d'entreprises sont considérés, tout au moins dans les faits, comme l'une des composantes du statut des dirigeants.

Par nature, les mécanismes de participation au capital développent une technique pointilliste influencée par le respect de la durée de détention des titres et des périodes d'indisponibilité. L'objectif fiscal de ces régimes est de permettre à leurs bénéficiaires d'obtenir soit une exonération d'impôt, soit une imposition à taux réduit.

Les caractéristiques particulières de ces dispositions, conjuguées avec leurs fréquents ajustements dans le temps, nécessitent une approche très technique reposant sur une démarche spécifique pour laquelle les principes relatifs à la fiscalité de la rémunération sont de peu d'utilité.

Les dirigeants et l'impôt de solidarité sur la fortune

- 56** Le lien entre la fonction de dirigeant et l'impôt de solidarité sur la fortune s'explique par le fait que les biens professionnels sont exclus de l'assiette de cet impôt.

On notera, en particulier, que les titres de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés détenus par les dirigeants sont des biens professionnels exonérés, lorsque ces derniers exercent à titre principal leur fonction dans la société, que la rémunération qu'ils en tirent représente plus de la moitié de leurs revenus professionnels et que leur participation dans le capital de la société est significative.

La fonction de dirigeant se révèle ainsi une condition nécessaire mais pas suffisante. Celle-ci n'a d'incidence, par ailleurs, que sur la notion de biens professionnels. Toutefois, l'importance à la fois financière et psychologique de cet impôt pour les dirigeants de société conduit à l'incorporer à toute étude consacrée à leur statut fiscal.

La situation sociale : une classification dualiste

Distinction traditionnelle entre dirigeants salariés et non salariés

- 57** En matière de protection sociale, le statut de salarié est, en principe, réservé au titulaire d'un contrat de travail placé dans un état de subordination à l'égard d'un employeur et bénéficiaire d'une rémunération. La nature juridique des fonctions assumées par un dirigeant ne permet donc pas à celui-ci de bénéficier de plein droit de ce statut.

C'est par l'effet de dispositions particulières que certaines fonctions permettent à leur titulaire de relever du régime général de sécurité sociale dans les mêmes conditions que l'ensemble des personnes liées à l'entreprise par un contrat de travail.

Malgré cette assimilation, les dirigeants ne bénéficient pas du statut de salarié, au sens juridique du terme : ils ne sont pas titulaires d'un contrat de travail.

- 58** Il convient de distinguer entre ces dirigeants qui sont affiliés au régime général de la sécurité sociale (voir § 1450) et ceux qui relèvent du régime des non-salariés (voir § 1750).

La nature des fonctions est l'élément principal retenu par les différentes législations pour reconnaître à certains dirigeants le statut de salarié. Mais il faut relever la différence fondamentale existant entre les dirigeants de

société anonyme et ceux de SARL. Alors que, pour les premiers, le seul critère des fonctions est pris en compte, pour les seconds, l'importance de la participation au capital constitue un critère supplémentaire pour apprécier la qualité de salarié.

- 59** En qualité de mandataires sociaux, sont obligatoirement affiliés au régime général de sécurité sociale pour les risques maladie, maternité, vieillesse les présidents du conseil d'administration, les directeurs généraux et les directeurs généraux délégués des sociétés anonymes et des sociétés d'exercice libéral à forme anonyme (c. séc. soc. art. L. 311-3-12°).

L'affiliation au régime général implique une rémunération. Les gérants minoritaires non rémunérés ne relèvent donc pas de ce régime. À noter qu'ils ne relèvent pas pour autant du régime des non-salariés (cass. soc. 13 janvier 1988, n° 85-11621, BC V n° 32).

- 60** Le gérant majoritaire de SARL est exclu du régime général de la sécurité sociale et dépend du régime des non-salariés non agricoles. Il se trouve soumis à l'ensemble de la réglementation organisant ce régime et placé dans la même situation qu'un employeur travaillant à titre indépendant.

Il n'est fait aucune distinction à cet égard entre un dirigeant rémunéré ou non rémunéré : dans tous les cas, le gérant majoritaire est obligatoirement affilié au régime des travailleurs non salariés (cass. soc. 19 février 1981, n° 79-15514, BC V n° 155 ; 15 juillet 1999, n° 97-21146). Le gérant majoritaire, même non rémunéré, est soumis aux cotisations minimales des régimes sociaux (cass. soc. 28 mai 1998, JCP 98, Éd. E n° 25, p. 963).

Les administrateurs et membres du conseil de surveillance

- 61** La situation sociale des membres d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance qui n'exercent aucune autre fonction ou activité dans l'entreprise est assez différente de celle des dirigeants ayant un rôle de direction. Bien qu'ils ne soient pas considérés comme des salariés, ils ne sont pas affiliés au régime social dit « des non-salariés ». Ils ne bénéficient, à titre obligatoire, d'aucune protection sociale.

Il faut, à cet égard, réserver la situation de certains administrateurs ou membres du conseil de surveillance titulaires de nombreux mandats et pour lesquels la multiplicité des interventions pourrait constituer une véritable activité professionnelle. Cette hypothèse devrait être peu fréquente en pratique, mais ne doit pas être systématiquement écartée ; elle pourrait alors conduire les organismes gérant les régimes de non-salariés à exiger des cotisations sur les jetons de présence ou, à défaut, les cotisations minimales forfaitaires.

Administrateurs

- 62** En leur seule qualité, les administrateurs ne sont ni des non-salariés ni des salariés.

En effet, les sommes versées aux administrateurs de SA, autres que le président et en leur seule qualité d'administrateur, ne sont pas, en principe, soumises aux cotisations dues sur les salaires (cass. soc. 26 mai 1987, n° 85-12333, BC V n° 341).

Il en va ainsi des jetons de présence versés aux administrateurs non salariés. Ces sommes constituent la rémunération d'un mandat social, n'ont pas de caractère salarial et ne sont donc pas soumises à cotisations (cass. soc. 16 mars 1976, n° 74-13824, BC V n° 173).

Il en est de même des rémunérations attribuées en cas d'accomplissement d'une mission exceptionnelle ponctuelle pour le compte du conseil d'administration.

Un administrateur qui, en raison de ses compétences particulières, se voit confier par le conseil d'administration une mission d'audit consistant en quelques missions spéciales n'est pas assujéti au régime général de sécurité sociale au titre de l'allocation annuelle qu'il perçoit en rémunération de cette mission. Cette mission n'est pas permanente. Il s'agit d'une activité ponctuelle exclusive de tout lien de subordination (cass. soc. 31 octobre 2000, n° 99-11808).

Membres du conseil de surveillance

- 63** Leurs fonctions ayant un caractère exclusivement non salarié même si elles sont rémunérées (lettre 1888/86, Bull. Jur. UCANSS 1987, 11, Bull. inf. soc. 1987, p. 525), le président et le vice-président du conseil de surveillance ne relèvent pas du régime général de la sécurité sociale.

Ils sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application du régime des non-salariés dès lors que la rémunération perçue au titre de leurs fonctions correspond à une activité professionnelle. Il convient, toutefois, d'être prudent dans la mesure où les fonctions qu'ils exercent ne sont pas toujours considérées comme des activités professionnelles non salariées.

Ainsi, il a été jugé que le président du conseil de surveillance n'entrait pas dans l'énumération de l'article R. 241-2 du code de la sécurité sociale, qui assujétti au paiement de la cotisation personnelle d'allocations familiales les personnes exerçant une activité professionnelle non salariée (cass. soc. 25 janvier 2001, n° 99-12376, BC V n° 26 ; cass. soc. 18 octobre 2001, n° 00-11663).

Le président du conseil de surveillance

- 64** Les membres du conseil de surveillance peuvent allouer une rémunération à leur président. D'aucuns avaient considéré que cette rémunération devait entrer dans le champ d'application du régime général des salariés. Cette interprétation a été écartée en matière sociale par une décision du directeur de la sécurité sociale selon laquelle la loi du 14 décembre 1985 « n'apporte pas de modifications fondamentales sur le caractère exclusivement non salarié de cette activité ».

Sociétés	Fonctions	Statut fiscal	Statut social
SA	Président du conseil d'administration	Salarié	Salarié (1)
	Directeur général	Salarié	Salarié (1)
	Membre du directoire	Salarié	Salarié (1)
	Administrateur	Non salarié	Pas de régime social (2)
	Membre du conseil de surveillance	Non salarié	Pas de régime social
	Président du conseil d'administration non rémunéré	Sans objet	Pas de régime social
SARL	Gérant associé minoritaire ou égalitaire	Salarié	Salarié (1)
	Gérant non associé (sauf s'il est membre d'un collège majoritaire)	Salarié	Salarié (1)
	Gérant associé majoritaire	Non salarié	Non-salarié (3)
	Gérant associé ou non, membre d'un collège majoritaire	Non salarié	Non-salarié (3)
	Gérant minoritaire ou égalitaire non rémunéré	Sans objet	Pas de régime social
SAS	Président	Salarié	Salarié (1)
	Directeur général ou directeur général délégué	Salarié	Salarié (1)

(1) La couverture sociale est seulement acquise en cas de rémunération.
(2) En pratique, couverture s'il cumule la fonction et un contrat de travail.
(3) L'absence de rémunération n'a pas d'incidence sur l'exigibilité des cotisations.

Assurance chômage

65 En raison de leur qualité de mandataires, les dirigeants de sociétés sont exclus du régime d'assurance chômage des salariés, bien qu'ils puissent par ailleurs être assimilés à des salariés au regard de la sécurité sociale. Ce n'est que dans le cas de cumul du mandat social et d'un emploi salarié, et exclusivement au titre du contrat de travail correspondant, qu'ils participent au régime d'assurance chômage et à l'AGS (circ. Unédic 2002-36 du 31 juillet 2002).

Ils peuvent toutefois se prémunir contre le risque de chômage en s'affiliant :

- à l'Association pour la garantie sociale des chefs et dirigeants d'entreprise ;
- ou à l'Association pour la protection des patrons indépendants.

Il leur est également possible de souscrire un contrat auprès d'un organisme assureur pour se prémunir contre ce risque.

Cumul mandat social et contrat de travail

66 Les mandataires sociaux peuvent, sous certaines conditions, pour l'exercice de fonctions techniques distinctes cumuler un mandat social et un contrat de travail. Dans ce cas, les intéressés sont soumis au droit du travail pour leur fonction correspondant au statut de salarié (voir §§ 400 et s.).