

François PERCHAT
Dominique VOILLET

Inspecteur Commercial Vie GAN
Agent Général GAN Vincennes



Impacts de la forme juridique sur le statut du dirigeant : anticipation et conseil par l'expert comptable des conséquences sociales



Ordre du jour



Rappel sur les principaux statuts de société (entreprise individuelle, SARL, SA, SAS)


- **Présentation du statut de dirigeant :**
 - Le Dirigeant Mandataire social
 - Le Dirigeant Salarié « Sécurité sociale S.S.»
 - Le Dirigeant Associé
 - Le Dirigeant Mandataire social avec contrat de travail
 - Le Dirigeant Associé Mandataire social avec Contrat de travail

- **Le conseil du cabinet au regard du droit du travail :**
 - Mandataire social avec contrat de travail (clause particulière du contrat de travail, rémunération, congés payés, Indemnité de rupture...)
 - Dirigeant Salarié (Cadre dirigeant)
 - Associé avec contrat de travail

- **Le conseil du cabinet au regard du droit Social :**
 - Situation sociales des dirigeants relevant du régime général (affiliation régime général, prévoyance, retraite, chômage, cumul emploi retraite)
 - Situation sociale des dirigeants non salariés (cas concernés, protection sociale, chômage...)
 - Situation du dirigeant cumulant statut salarié et non salarié

Rappel des principaux statuts



	<u>DIRIGEANTS</u> = Représentant légale de la Société		
① <u>ASSOCIE</u> Pas de lien de subordination Pas « salarié DT » Pas « salarié SS »	② <u>MANDAT SOCIAL</u> = Pouvoir de gestion et de représentation de la Sté Pas de lien de subordination Pas « salarié DT » Peut être « salarié SS »	③ <u>CONTRAT DE TRAVAIL</u> Lien de subordination « salarié DT » « salarié SS »	

Statuts susceptibles de se cumuler mais qui ne se confondent pas.

D'où de multiples possibilités :

① □ ② □ ③

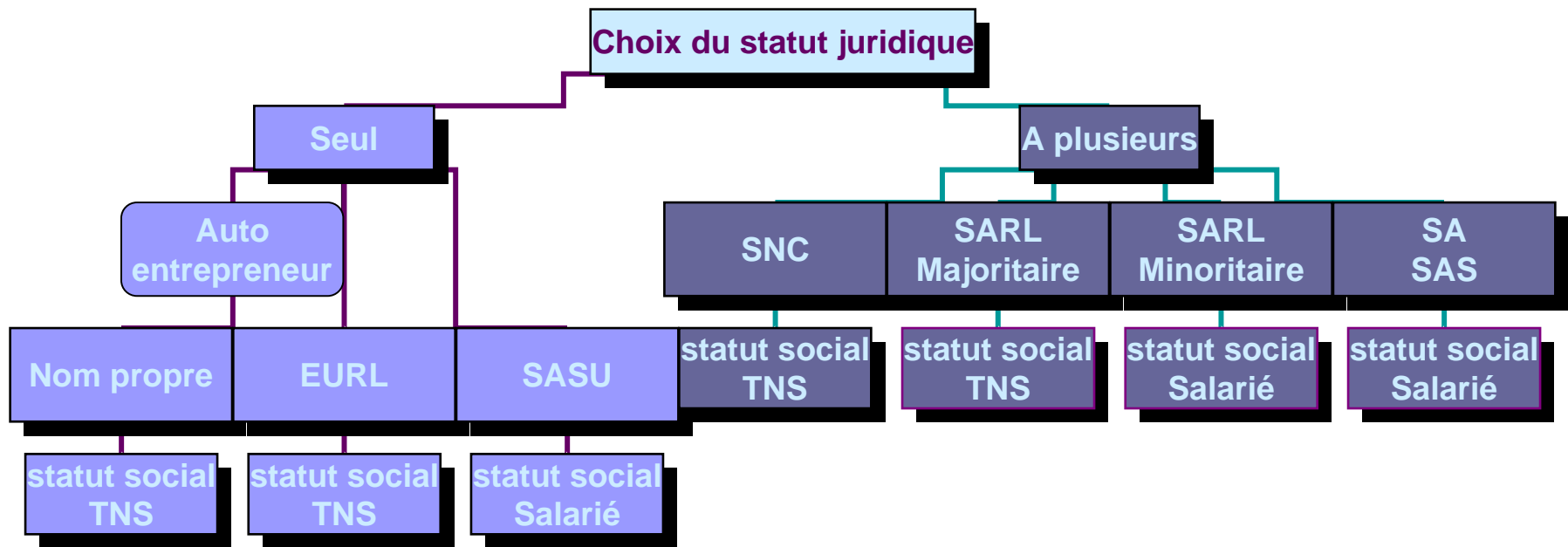
① ② □ ②

③ □ ① ③

□ ① ② ③



Rappel des principaux statuts « sécurité sociale »



Présentation du statut de dirigeant



- **Une absence de réglementation homogène : les fondements du statut**
 - **A partir de la loi du 24 juillet 1966** et aujourd'hui dans le livre II du code du commerce et sa partie réglementaire qui regroupent les dispositions relatives au statut juridique du dirigeant. Grande diversité dans ce domaine qui nécessite une recherche dans de nombreux textes de lois.
 - **A l'origine, les dirigeants** perdaient toute liberté et étaient soumis au régime juridique de la société. Actuellement, la notion d'ordre public est très présente dans la SA et SARL, il est limité dans la SAS (1994) qui laisse aux associés une grande liberté statutaire.

Présentation du statut de dirigeant

- **Les caractéristiques du statut : définitions par référence à d'autres situations juridiques définies**
 - **Le dirigeant mandataire** : Loi de 1966 qui marque une avancée en allant au-delà des règles du mandat et détermine la position du dirigeant comme un organe social. Textes pas toujours simples car faisant référence à la fois aux fonctions et au mandat

Présentation du statut de dirigeant

- **Les caractéristiques du statut : définitions par référence à d'autres situations juridiques définies**
 - **Le dirigeant salarié S.S.:** quelle que soit sa fonction, il n'est pas un salarié au sens du Droit du Travail juridique. Il ne peut se prévaloir des garanties attachées à ce statut. Les litiges ne relèvent pas de la juridiction prud'homale, il ne peut bénéficier des garanties des salariés privés d'emploi. Pas de lien de subordination avec la société. Mais assimilation au plan fiscal et social. Assimilation qui peut entretenir une certaine confusion avec le cadre dirigeant qui lui a un contrat de travail et est lié par un **lien de subordination**.
 - **Le dirigeant associé :** il n'est pas *forcément associé*. Le droit lui en fait parfois obligation : PDG, président du CA, membres du directoire, gérant de SARL, dirigeant de SAS. Certains droits limités en terme de stocks options, d'attribution gratuite d'actions. Limites pour éviter des zones d'intérêt de conflit possibles

Présentation du statut de dirigeant

- **Les caractéristiques du statut : définitions par référence à d'autres situations juridiques définies**
 - **Le dirigeant mandataire social cumulant un contrat de travail** : sous certaines conditions pour l'exercice de fonctions techniques distinctes. Ils sont alors soumis au droit du travail pour la partie de rémunération correspondante au statut de salarié. Les prérogatives du salarié portent sur la CCN, les limitations de la saisie arrêt sur rémunération, les congés payés, la participation, l'intéressement et le plan d'épargne entreprise.
 - **Recommandations AFEP-MEDEF** pour les PDG, DG et présidents de directoire : mettre un terme au contrat de travail qui se cumulerait avec un mandat social, même si le contrat de travail est suspendu
 - Quand le salarié devient mandataire social après octobre 2008
 - Quand un mandat social est renouvelé après octobre 2008

Présentation du statut de dirigeant

- **Les caractéristiques du statut : définitions par référence à d'autres situations juridiques définies**

- Le Dirigeant Associé Mandataire social avec Contrat de travail**

Cette situation peut être existante sous certaines conditions restrictives. Peuvent par exemple cumuler leur mandat avec un contrat de travail les gérants minoritaires de SARL. Mais dans le cas d'une SNC, ce cumul de mandat social avec un contrat de travail n'est possible que le gérant n'est pas associé.

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



- **Cumul des fonctions de dirigeant avec un contrat de travail : les conditions prévues par le droit des sociétés**
 - **Pas de règles générales applicables à l'ensemble des dirigeants d'entreprises**, ni même dans les différents types de sociétés possibles. Rien n'a été prévu pour les gérants de SARL ou les dirigeants de SAS. Seul le cas de la SA est clair
 - **Autorisation du cumul dans les SA** pour les administrateurs, les membres du directoire ou du conseil de surveillance. Différentes conditions peuvent différer en fonction des mandats en cours.

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



- **Cumul des fonctions de dirigeant avec un contrat de travail : cas des administrateurs des SA**
 - **Administrateurs de SA titulaires d'un contrat avant leur nomination. Conditions prévues par la loi.** Existence d'un contrat de travail avant la nomination d'administrateur et emploi effectif dans l'entreprise. Attention lorsque pas de contrat écrit qui peut poser un problème de preuve. L'antériorité du contrat de travail dans les SA est appliquée avec rigueur. **Pas de démission possible du mandat social avec conclusion ensuite d'un contrat de travail puis nouvelle nomination d'administrateur !**
 - **Autorisation du cumul dans les SA** pour les administrateurs, les membres du directoire ou du conseil de surveillance. Différentes conditions peuvent différer en fonction des mandats en cours. La loi Madelin a supprimé le délai de 2 ans.
 - **Si violation des règles**, nullité de la nomination. Distinction entre antériorité non respectée avec pour conséquence nullité du contrat de travail, et emploi non effectif avec aujourd'hui possibilité de suspension du contrat de travail.

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



- **Cumul des fonctions de dirigeant avec un contrat de travail : les autres cas dans la SA**
 - **Aucune disposition spécifique pour le PDG ou le Président du CA.** Ils sont l'un et l'autre par nature des administrateurs et doivent donc respecter les règles prévues pour ces derniers. **Attention, l'exercice des fonctions au plus haut niveau rend le cumul compliqué. Dans la plupart des cas, suspension du contrat de travail.**
 - **Les membres du directoire dans les SA** ne connaissent pas les mêmes contraintes que les administrateurs. Rien n'est prévu expressément dans les textes, possibilité qui découle de manière implicite de l'article L.225-61 : la révocation en tant que membre du directoire n'a pas pour effet de résilier le contrat de travail
 - **Les membres du conseil de surveillance**, évolution dans le temps avec interdiction de la loi de 1966 de rémunérer les membres du conseil de surveillance, puis autorisation avec la loi Madelin en 1994 de cumuler un contrat de travail.

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



- **Cumul des fonctions de dirigeant avec un contrat de travail : absence de réglementation légale pour les SARL et SAS**
 - **Le gérant de SARL.** La loi de 1966 n'a édicté aucune règle sur le cumul d'un contrat de travail et les fonction de gérant. C'est la jurisprudence qui fixe les règles. Ce cumul est autorisé sous conditions : le contrat de travail ne doit pas faire obstruction à la révocabilité du gérant et le contrat de travail doit être réel et non fictif. **Attention, le gérant majoritaire détenant plus de la moitié du capital social ne peut pas cumuler de contrat de travail.**
 - **Les dirigeants de SAS** La réglementation n'est pas contraignante, même si aucune disposition légale ne traite du cumul, des dispositions particulières dans les statuts peuvent être prévues. **Attention à bien prévoir un emploi effectif et un lien de subordination.** Ces exigences seront analysée au cas par cas car les fonctions peuvent être très diverses.

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



- **L'intérêt pratique du cumul des fonctions de dirigeant avec un contrat de travail**
 - **Précarité de la fonction de dirigeant d'entreprise.** A l'origine, objectif d'assurer la pérennité d'emploi dans l'entreprise après une révocation. Puis volonté d'avoir une couverture chômage.
 - **Indépendance des 2 statuts** qui permettent l'application de garanties qui concernent les salariés en matière de retraite, de congés, de rémunération liée à la qualité de **salarié**.
 - **Garanties également dans le cadre de rupture de relations à l'initiative de l'entreprise.** Bénéfice possible des indemnités de licenciement prévues par la loi ou une CCN. **Attention cependant au bénéfice des allocations chômage qu'il faudra par précaution faire valider par le Pôle Emploi**

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



■ Les conditions du cumul et le droit du travail

- **La loi de 1966** semblait claire à l'égard des SA, les contentieux ne pouvant naître que dans les SARL. Dans la pratique, ces contentieux sont nombreux. L'évolution de la jurisprudence provient aujourd'hui des règles du droit du travail. La plupart des décisions relatives au cumul s'analysent au regard du droit du travail en cherchant une activité professionnelle distincte des fonctions sociales.
- **L'analyse des règles** : le dirigeant s'est-il comporté comme un salarié normal pendant l'exercice du mandat ? Le code du travail ne définit pas le contrat de travail. Le juge cherchera à établir si la force de travail d'un salarié est mise à disposition d'un employeur sous lien de subordination et rémunération en contrepartie. Le contrat de travail qui ne répond pas à cette définition est considéré comme fictif. **Remarque ! En cas de contentieux, la charge de la preuve pèse sur celui qui invoque le caractère fictif du contrat de travail.**

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



- **Les conditions du cumul et le droit du travail : l'exercice effectif d'une activité spécifique et lien de subordination**
 - **L'exercice effectif** : la notion de cumul même repose sur 2 statuts distincts. Le dirigeant doit pouvoir apporter la preuve d'une double activité nécessitant 2 statuts distincts. **La notion d'activité effective** est l'expression d'une prestation de travail caractéristique du contrat de travail.
 - **Le lien de subordination** : Dans la pratique, c'est un élément déterminant de la situation de cumul. Il est un des fondement pour contester la validité du contrat de travail. La jurisprudence actuelle tend à contester le lien de subordination. Le dirigeant est l'employeur de lui-même. Les administrateurs peuvent plus facilement mettre en avant un lien de subordination. Pour un dirigeant disposant de pouvoirs de gestion, difficulté à prouver ce lien de subordination.

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



- **Les conditions du cumul et le droit du travail : zoom sur le lien de subordination**
 - **Le lien de subordination** : parfois, la cour de cassation a admis ce lien de subordination pour un PDG (cass sociale du 19/02/1986). La cour de cassation précise même que le dirigeant peut rester sous subordination dans l'exercice de tâches distinctes de celle de direction générale même s'il ne reçoit pas d'ordres. Certains considèrent que le dirigeant de la société est soumis au contrôle d'un autre organe qui peut le destituer.
 - **De part la difficulté à reconnaître la continuation d'un contrat de travail** dans la cadre d'un cumul soit par absorption des fonctions salariées dans le mandat, soit par disparition du lien de subordination, la cour de cassation a inventé la suspension du contrat de travail : mise entre parenthèses du contrat de travail qui résout le cas du dirigeant détenant des pouvoirs de gestion

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



■ Les conditions du cumul et le droit du travail : modalités d'exercice des fonctions

- **La nature de l'activité** : Le dirigeant ayant des attributions techniques spécialisées est dans une meilleure situation qu'un cadre administratif dont les fonctions peuvent se confondre. **Attention ! Les fonctions commerciales sont également délicates**
- **L'antériorité d'un contrat de travail** est un élément déterminant pour apporter la preuve d'une situation de salarié. Faut-il encore que la personne exerce son activité dans les conditions prévues par le contrat de travail
- **La double rémunération** : c'est là aussi un indice souvent relevé par les différentes décisions judiciaires (cass sociale 21/07/1982). C'est un élément fort mais non suffisant. Attention à bien prévoir une rémunération normale et identique à celle d'autres salariés pour plaider en faveur de la reconnaissance d'un véritable contrat de travail. Même si elle est un élément fort, dans quelques cas, la rémunération unique n'a pas été un frein
- **La taille** de l'entreprise pèse aussi dans les décisions judiciaires.

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



- **Les conditions du cumul et le droit du travail : l'ampleur des pouvoirs**
 - **L'étendue des pouvoirs dont dispose le dirigeant** : lorsque le dirigeant dispose de la plénitude des pouvoirs, la jurisprudence estime que le mandat social absorbe la fonction salariée et le lien de subordination
 - **Cas du DG délégué** malgré la plénitude des pouvoirs à l'égard des tiers reste subordonné à son Président (cass sociale 13/02/2003)
 - **Dans une SARL**, alors que le gérant a les pouvoirs les plus larges pour engager la société, la limitation statutaire des pouvoirs est prise en considération pour apprécier l'existence d'un contrat de travail.
 - **Cela vaut également pour un président de SAS.**

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



■ Les conditions du cumul et le droit du travail : la participation au capital

- **La détention d'une part du capital social** : Cela semble être apprécié régulièrement dans la jurisprudence et est un frein dans le cas du gérant de SARL pour se prévaloir du cumul (cass sociale du 07/02/1979).
- **Cas des SA** où cet argument est rarement utilisé. Le Président du CA ou les membres du directoire restent révocables par un organe dont ils ne peuvent avoir l'entier contrôle même s'ils sont majoritaires.
- **Cette détention de capital** est toujours un élément à influencer le juge. Réponse ministérielle de 1982 dans laquelle il est précisé qu'un salarié n'a pas à être actionnaire minoritaire pour prétendre aux allocations chômage, mais celui qui détient la majorité aura du mal à prouver le lien de subordination.

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



- Importance du rôle du cabinet dans la cas du cumul mandat social et contrat de travail

La jurisprudence a tendance à refuser le statut de salarié aux dirigeants. La cabinet doit anticiper ces éléments de distinction des différentes activités exercées par un dirigeant et veiller à conserver tous les indices favorables possibles à la revendication de qualité de salarié

Le conseil du cabinet au regard du droit du travail



■ Le cadre dirigeant salarié

- **Le contrat de travail** : C'est un élément qui va permettre de définir l'emploi qui doit être assumé.
- **L'article L.3111-2 du code du travail** définit la notion de cadre dirigeant. Il est exclu des champs d'application concernant la durée du travail, l'aménagement des horaires ainsi que le repos et les jours fériés
- **Arrêt du 13/01/2009 de la chambre sociale de la cour de cassation** qui rappelle la définition du cadre dirigeant :
 - ▶ Indépendance dans l'emploi du temps
 - ▶ Décisions prises de façon largement autonome
 - ▶ Rémunération dans les niveaux les plus élevés

Cette définition va déterminer une catégorie bénéficiaire conforme à la circulaire DSS du 30 janvier autorisant les exonérations sociales.

Le conseil du cabinet au regard du droit Social



■ Situations sociales des dirigeants relevant du régime général : l'affiliation au régime général SS des mandataires sociaux dans les SA et SAS

- **Mandataires sociaux dans les SA et SAS** : du fait de leurs fonctions, et même sans contrat de travail, les Présidents du CA, les DG et DG délégués des SA et SELARL sont affiliés au régime général de la SS.
- **Les membres du directoire** sont également concernés.
- **Les autres membres** du conseil de surveillance ou conseil d'administration ne relèvent pas du régime général sauf s'ils exercent une activité salariée.
- **Les Présidents de SAS sont obligatoirement affiliés au régime général de la SS** et ce quelle que soit la part de détention du capital dans la société.

Attention ! Ces affiliations sont subordonnées à la perception d'une rémunération. Le mandat gratuit ne permet pas de se prévaloir du régime général.

Le conseil du cabinet au regard du droit Social



■ Situations sociales des dirigeants relevant du régime général : l'affiliation au régime général SS des mandataires sociaux dans les SA et SAS

- Cas de la rémunération d'un faible montant : elle peut être considérée comme sans rapport avec l'activité réelle et existante donc fictive et inexistante au Sauf à démontrer les difficultés économiques de l'entreprise (cass sociale 24/02/1988).
- Les organismes de SS ont aligné leur position sur l'interprétation de la cour de cassation statuant sur le cas des TNS. Les dirigeants non rémunérés exclus du régime général ne relèvent pas pour autant du régime des non salariés.

Attention ! les Gérants minoritaires ou égaux de SARL, les Présidents de CA ou les membres du directoire d'une SA ne sont soumis à titre obligatoire à aucun régime de protection sociale dès lors qu'ils ne sont pas rémunérés.

Le conseil du cabinet au regard du droit Social



■ Situations sociales des dirigeants relevant du régime général : l'affiliation au régime général SS des mandataires sociaux dans les SARL

- Dans les SARL, le statut de salarié n'est pas seulement attaché à la fonction de direction mais également à la détention de parts dans la société.
- Il est également tenu compte des parts possédées par le conjoint ou PACS et également des enfants mineurs. **Attention au changement de situation familiale.**
- La situation d'un dirigeant membre d'un collège de co-gérants est appréciée en tenant compte de la totalité des parts détenues directement ou indirectement par chacun des dirigeants.
- **Le gérant non associé est en principe un salarié "S.S."**

Le conseil du cabinet au regard du droit Social



- **Droit social des mandataires sociaux sans contrat de travail**
 - **Les cotisations sociales**, sont calculées sur la base de la rémunération réelle perçue par le dirigeant **y compris les jetons de présence, les cotisations à la GSC ou les primes d'assurance vie payée par la société**. La CSG/RDS est également due sur les mêmes bases que les salariés.
 - **L'épargne salariale** pour les entreprises dont l'effectif est compris entre 1 et 250 salariés, les dirigeants de sociétés ainsi que les conjoints ayant le statut de conjoint collaborateur ou associé peuvent bénéficier de la participation, de l'intéressement et de l'épargne salariale.
 - **La rupture du mandat social** : un système spécifique offrant des possibilités d'exonérations a été mis en place à l'art 80 du CGI pour les présidents de CA, DG, membres du conseil de surveillance dans les SA, et les gérants minoritaires ou égalitaires dans les SARL.
 - **Assurance chômage volontaire de type GSC.**

Le conseil du cabinet au regard du droit Social



- **Droit social des mandataires sociaux sans contrat de travail**
 - **Si indemnités de rupture sont < 30PASS**, et si cessation volontaire des fonctions, les indemnités entrent dans l'assiette de cotisations de SS, et si cessation forcée, exonération dans la limite de 2 années de rémunération ou 50% de l'indemnité. Depuis 2006, exonération dans la limite de 6 PASS.
 - **Si les indemnités de rupture sont > 30 PASS**, elles sont soumises intégralement aux charges SS.
 - **Protection sociale** décès, maladie, maternité du régime général de la SS avec possibilité de mises en place de régimes collectifs santé et prévoyance si catégorie bénéficiaire plus large.
 - **Régimes de retraites supplémentaires** à prestations définies ou cotisations définies avec exonérations sociales. **Attention à ne pas créer un collège bénéficiaire composé uniquement de mandataires sociaux car non admis par la circulaire DSS du 30 janvier 2009.**

Le conseil du cabinet au regard du droit Social



■ Droit social des mandataires sociaux avec contrat de travail

- **La rémunération**, elle est inscrite dans le contrat de travail. Le salaire peut être complété par une prime, un véhicule de fonction ou un logement viennent compléter la rémunération assujetties à cotisations sociales. **Respect du SMIC** en tenant en compte des différents avantages en nature.
- **L'application du droit du travail** : CCN... **En revanche, ils ne peuvent pas être électeurs aux élections des représentants du personnel. Cas particulier des cadres dirigeants au niveau des horaires et congés.**
- **Les clauses particulières du contrat de travail** : le contrat est composé de toutes les clauses traditionnelles mais également des clauses spécifiques sur l'exclusivité, la confidentialité, la non concurrence

Le conseil du cabinet au regard du droit Social



■ Droit social des mandataires sociaux avec contrat de travail

- **L'épargne salariale**, au titre du contrat de travail, ils peuvent bénéficier de la participation, de l'intéressement et de l'épargne salariale.
- Régimes de retraites supplémentaires à prestations définies ou cotisations définies avec exonérations sociales.
- **Protection sociale** décès, maladie, maternité du régime général de la SS avec possibilité de mises en place de régimes collectifs santé et prévoyance.
- **Assurance chômage** possible sous réserve de l'interrogation du pôle emploi et d'un accord écrit de leur part.

Le conseil du cabinet au regard du droit Social



■ La situation sociale des dirigeants non salariés

- **Le RSI** s'applique pour le gérant majoritaire de SARL, l'associé unique d'EURL, les associés des SNC et les dirigeants des entreprises en nom propre.
- **Cas de la SARL** : il n'est pas fait de distinction entre un dirigeant rémunéré et un dirigeant non rémunéré : affiliation au régime des non salariés. Le gérant majoritaire non rémunéré est assujéti au forfait minimal du RSI.
- **L'EURL** : par définition, l'associé unique est majoritaire donc affilié au RSI. L'existence ou non d'une rémunération est là aussi sans importance.
- **Protection sociale et retraite au niveau du RSI**. Possibilité de compléments dans le cadre de la loi Madelin (avantage uniquement fiscal).
- **L'épargne salariale** pour les entreprises dont l'effectif est compris entre 1 et 250 salariés, les dirigeants de sociétés ainsi que les conjoints ayant le statut de conjoint collaborateur ou associé peuvent bénéficier de la participation, de l'intéressement et de l'épargne salariale.

Le conseil du cabinet au regard du droit Social

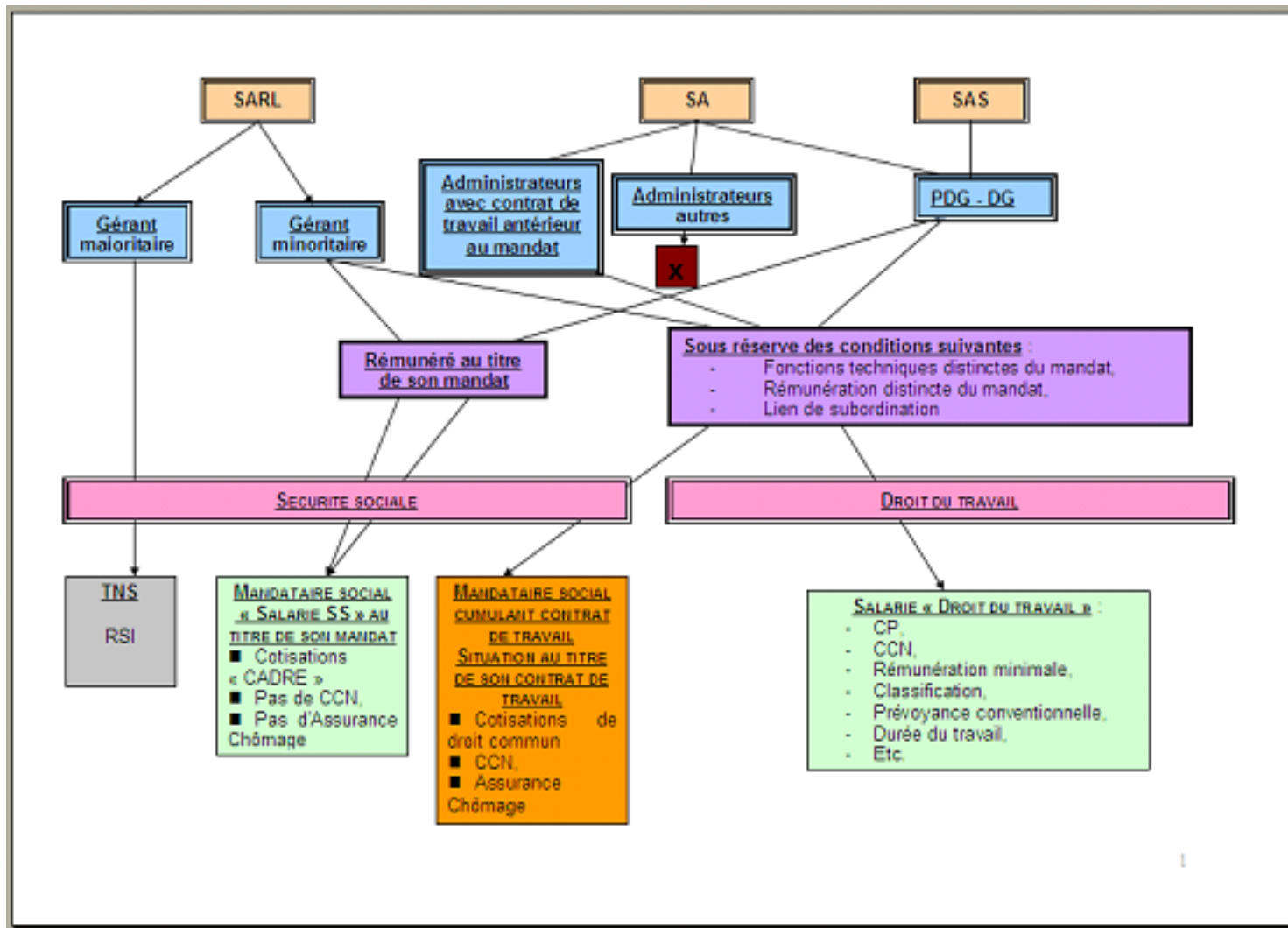


- **Le statut du bi actif salarié et non salarié percevant des rémunérations**
 - Si chacune des activités procure un revenu au dirigeant, ce dernier est assujetti au versement des cotisations dans chacun des régimes.
 - Pour l'assurance maladie : les droits sont ouverts dans le régime de son choix.
 - Par principe, l'activité non salariée est présumée comme principale sauf si les revenus non salariés sont inférieurs à ceux de l'activité salariée. Cette dernière est présumée alors principale. Cotisations sur la base des revenus réels

Le conseil du cabinet au regard du droit Social



- **Le statut du bi actif salarié et non salarié ne percevant pas de rémunération pour son activité non salariée accessoire**
 - **Le dirigeant n'est en principe pas assujetti au régime des TNS, mais peut être redevable de la cotisation minimale forfaitaire même si le régime ne lui verse pas de prestations.**
 - **Pas de cotisation pour l'assurance maladie, mais cotisations pour l'assurance vieillesse dans le régime de base même si pas de revenu imposable.**



CONCLUSION



- **Le rôle du cabinet est primordial dans l'anticipation et conseil du choix de la forme juridique et du statut du dirigeant :**
 - **Tant au niveau du conseil au regard du droit du travail, sachant que rien n'a été prévu clairement dans les textes pour les gérants de SARL et dirigeants de SAS.**
 - **Qu'au regard du droit social, où les niveaux de protection sociale dépendent du statut et de la rémunération.**