

**Le statut social du dirigeant d'entreprise :
un point sur la question**

Conférence A.J.P.D.S./V.P.J.S.R.

Bruxelles, 31 mars 2011

PLAN DE L'EXPOSE

- Introduction
- Définition du dirigeant d'entreprise
- Examen du statut social
 - Positionnement du problème
 - Examen systématique par catégorie de dirigeant
- Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures
 - Considérations générales
 - Régime général de sécurité sociale
 - Règles relatives à la rupture
 - Règles relatives à la responsabilité civile

I. DEFINITION

- En droit social :
 - Pas de définition légale
 - Consécration, dans certains textes et dans une mesure limitée, de la spécificité du travailleur « dirigeants »
 - En matière de temps de travail, règlement de travail, élections sociales
 - En droit pénal social
 - Définition doctrinale : Personne physique investie, selon les procédés organisés ou admise par le Code des sociétés, d'un pouvoir général de gestion et de représentation d'une société à forme commerciale
 - **S.A. : membres du comité d'administration et de direction, délégués à la gestion journalière**
 - **S.P.R.L. : gérants**

I. DEFINITION

- En droit fiscal : article 32 CIR/92
 - *Personne physique qui exerce un mandat d'administrateur, de gérant, de liquidateur ou des fonctions analogues*
 - *Personne physique qui exerce une fonction dirigeante ou une activité dirigeante de gestion journalière, d'ordre commercial, financier ou technique, en dehors d'un CT*
- **Notion large**
- **Notion distincte de la notion en droit social** (vu l'absence d'incompatibilité de principe entre statut salarié et fonction de dirigeant)

II. Examen du statut social

Positionnement du problème

- Historiquement : **incompatibilité de principe** entre le statut de salarié sous CT et la fonction de dirigeant
 - Conception opposant mandat et CT
 - 4 aspects distinctifs majeurs entre mandat et CT:
 - ✓ Nature des prestations : actes juridiques vs actes matériels
 - ✓ Degré d'autonomie vs lien de subordination
 - ✓ Révocabilité *ad nutum* versus règles impératives LCT
 - ✓ Présomption supplétive de gratuité du mandat vs caractère nécessairement onéreux du CT



= Conception révolue

II. Examen du statut

Examen systématique par catégorie de dirigeant

- Administrateur
- Délégué à la gestion journalière
- Administrateur-délégué
- Membres du CoDir
- Gérant d'une S.P.R.L.

II. Examen du statut

Examen systématique par catégorie de dirigeant

Administrateur

- *Personnes visées*
 - Personne physique ou morale désignée par l'A.G. en qualité de membre du C.A.
 - C.A. compétent pour accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société, sauf ceux que la loi réserve à l'A.G.
 - L'Administrateur est rémunéré ou non
 - L'Administrateur est un organe à l'extérieur et un mandataire en interne

II. Examen du statut

Examen systématique par catégorie de dirigeant

Administrateur

- *Statut social*
 - Absence de choix : exercice du mandat en tant qu'indépendant
 - Raison : Caractère d'ordre public du principe de révocabilité *ad nutum* → incompatibilité avec règles impératives LCT (notification d'un préavis)
 - Tempérament : cumul/dualité de fonctions → mandat + CT
 - 2 conditions cumulatives:
 - Fonctions (administratives, techniques ou commerciales) distinctes de celles assumées dans l'exercice du mandat
 - Subordination (soumis à une autorité distincte de la sienne) → identifier la personne ou l'organe qui est titulaire d'une autorité sur le dirigeant
 - Autonomie du mandat par rapport au CT et vice versa

II. Examen du statut

Examen systématique par catégorie de dirigeant

Délégué à la gestion journalière (DGJ)

- *Personnes visées*
 - Personne physique qui se voit attribuer la gestion journalière de la société et la représentation de cette dernière dans les limites de cette gestion
 - Désignée par C.A. ou CoDir ou A.G.
 - Définition jurisprudentielle restrictive de la gestion journalière
 - Actes commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société
 - Actes qui, tant en raison de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du C.A.
- notion opposable aux tiers

II. Examen du statut

Examen systématique par catégorie de dirigeant

Délégué à la gestion journalière

- *Statut social*
 - Choix du statut
 - Principe : DGJ qui est un organe de la société est un mandataire de la société qui répond de sa gestion auprès de l'organe qui l'a désigné → exercice du mandat en tant qu'indépendant
 - Mais pas d'objection juridique à l'exercice du mandat sous CT
 - Raison : Caractère supplétif de la révocabilité *ad nutum*
 - Condition :
 - » Subordination (soumis à une autorité distincte de la sienne)
 - » Pas d'exigence de fonctions distinctes vu que objet du CT = exercice des fonctions de DGJ

II. Examen du statut

Examen systématique par catégorie de dirigeant

Administrateur-délégué

- *Personnes visées*
 - DGJ choisi parmi les membres du C.A.
 - Cumul 2 mandats : mandat d'administrateur + mandat DGJ
- *Statut social*
 - Arrêt du 28 mai 1984 de la C.Cass.
 - Avant : Absence de choix : exercice des deux mandats en tant qu'indépendant
 - Raison : qualité de DGJ = prolongement du mandat d'administrateur → soumis au sort de ce mandat
 - Depuis : Choix du statut
 - Raison :
 - Caractère divisible des deux fonctions
 - Chaque fonction résulte de la décision d'un organe différent

II. Examen du statut

Examen systématique par catégorie de dirigeant

Membres du CoDir

- *Personnes visées*
 - Personnes physiques (ou morales) qui composent le CoDir, désignées par C.A.
 - CoDir peut se voir délégués l'ensemble des pouvoirs de gestion dévolus au C.A., sauf la politique générale de la société et les actes légalement réservés au C.A.
 - pouvoir de gestion et de représentation dans la limite de cette gestion
 - CoDir = organe de la société (≠ membre du CoDir)

II. Examen du statut

Examen systématique par catégorie de dirigeant

Membres du CoDir

- *Statut social*
 - Membre du Codir = mandataire du C.A. (vu la délégation de pouvoirs du C.A. au CoDir)
 - Doctrine divisée concernant statut social
 - Thèse 1 : exercice du mandat que en tant qu'indépendant
 - Thèse 2 : exercice du mandat en tant que salarié sous CT
 - Notre avis : thèse 2 ok
 - Raisons :
 - » Caractère supplétif de la révocabilité *ad nutum*
 - » Subordination possible vav de société, en particulier vav C.A. / CoDir agissant collégalement / administrateur-délégué

II. Examen du statut

Examen systématique par catégorie de dirigeant

Gérant d'une S.P.R.L.

- *Personnes visées*
 - Personne nommée par l'A.G. pour accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet social de la société, sauf ceux que le C.Soc. réserve à l'A.G.
 - Associée ou non / Rémunérée ou non
 - Le gérant = l'organe de direction de la société (sauf conseil de gérance)

II. Examen du statut

Examen systématique par catégorie de dirigeant

Gérant d'une S.P.R.L.

- *Statut social*
 - Choix du statut
 - Raison : caractère supplétif de la révocabilité *ad nutum*
 - Gérant statutaire :
 - ✓ Pas révocable *ad nutum*, sauf dispositions statutaires contraires
 - ✓ Nommé pour une durée déterminée ou sans limitation de durée (durée de la société)
 - Gérant non statutaire :
 - ✓ Révocable *ad nutum*
 - ✓ Mais droit de révocation n'a pas un caractère d'ordre public
 - Condition : subordination (autorité distincte de la sienne)

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

- Considérations générales
- Régime général de sécurité sociale
- Règles relatives à la rupture
- Règles relatives à la responsabilité civile

III. Enjeu lié au statut social: Considérations générales

- Le choix d'un statut social : consécration du principe d'autonomie de la volonté
 - Article 331 de L. 27 décembre 2006 : « *sans pouvoir contrevenir à l'ordre public, aux BM et aux lois impératives, les parties choisissent librement la nature de leur relation de travail, dont l'exécution effective doit être en concordance avec la nature de la relation de travail* »
 - Importance de la qualification conventionnelle
 - Article 333 § 1 de L. 27 décembre 2006 : critères généraux qui permettent d'apprécier l'existence ou l'absence du lien d'autorité



Loi règle la question de la nature de la relation de travail dans son ensemble : sur le plan contractuel et sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale

III. Enjeu lié au statut social: Considérations générales

Implications du choix

- Si dirigeant indépendant : relation juridique régie par figures civilistes (mandat, contrat d'entreprise, etc)
- Si dirigeant salarié : relation juridique régie par droit du travail
 - Vu que pas de définition spécifique du « dirigeant d'entreprise » : assimilation à un employé supérieur investi d'un poste de direction et de confiance et faisant partie du personnel de direction ou de cadre lors des élections sociales
 - Application du droit du travail individuel ou collectif : durée du travail, protection du travail, protection de la rémunération, dispositions relatives au bien-être
 - Conséquence : limitation importante de la liberté contractuelle des parties vu caractère unilatéralement impératif de nombreuses dispositions de droit du travail (+ article 6 LCT)

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

1. Régime général de sécurité sociale

- *Principe* : unicité du régime de sécurité sociale applicable à une activité professionnelle (un seul régime pour l'ensemble de l'activité professionnelle)
- *Exception* : en cas de cumul d'une activité salariée et d'une activité non salariée, application de 2 régimes de sécurité sociale, chacun régissant l'activité qui le concerne
 - Double assujettissement: l'un à titre principal, l'autre à titre accessoire

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

1. Régime général de sécurité sociale

- Indépendant = personne physique qui exerce en Belgique une activité professionnelle, sans être pour celle-ci liée par un CT (Article 3 §1er AR n°38)
- Deux présomptions d'assujettissement au régime de sécurité sociale des indépendants
 - Applicables aux mandataires de société
 - ↓
 - Soumises à des conditions d'application ≠

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

1. Régime général de sécurité sociale

- Présomption n°1 (Article 2 de l'A.R. 19 décembre 1967)
 - Exercice d'un mandat dans une association ou une société de droit ou de fait qui se livre à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif
 - N'importe quel mandat
 - Pas de précision quant aux mandats visés
 - Commentaire administratif : mandats au sens du droit civil (≠ pas que les mandataires sociaux)
 - Membres du CoDir qui ne sont pas administrateurs
 - Le mandat doit être effectivement exercé

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

1. Régime général de sécurité sociale

- Présomption n°2 (Article 3, § 1er al 4 de l'A.R. n°38)
 - Personnes désignés comme mandataires dans une société ou association assujettie à l'I.Soc. Belge ou à l'INR belge
 - Interprétation stricte de la notion de « mandataires »
 - mandataires de sociétés (administrateurs, gérants, associés actifs, etc)
 - Le mandat ne doit pas être effectivement exercé
 - Champ territorial plus large

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

1. Régime général de sécurité sociale

- Deux présomptions d'assujettissement
 - A l'origine : présomptions irréfragables
 - Critiques unanimes + Arrêt n°176/04 du 3 nov. 2004 C. constitutionnelle
 - Aujourd'hui : Directives de l'Inasti et du SPF Sécurité sociale aux caisses d'assurances sociales
 - = réfragables pour les mandataires exerçant leur activité en Belgique
 - Possible pour le dirigeant de rapporter la preuve contraire
 - Renversement de la présomption si preuve de l'absence d'activité exercé dans un but de lucre et présentant un caractère habituel et continu
 - = irréfragables pour les mandataires qui gèrent de l'étranger une société ayant son siège en Belgique

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

2. Règles relatives à la rupture

Mandat

- *Principe* : Révocabilité *ad nutum* du mandat
 - Rupture à tout moment, sans préavis ni indemnité
 - Rupture sans obligation de motiver
- *Tempéraments*:
 - Sanction possible si circonstances de la rupture sont fautives
 - Recours possibles à des mécanismes assurant une meilleure stabilité d'emploi
 - P.ex. engagement de payer une indemnité déterminée dans certaines hypothèses identifiées de départ

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

2. Règles relatives à la rupture

Contrat de travail

- Application des règles impératives de LCT
 - Article 82 § 3 LCT : rupture moyennant notification d'un préavis (indemnité) raisonnable à convenir entre parties *au plus tôt* au moment de la rupture ou, à défaut, par le juge
 - = disposition unilatéralement impérative en faveur du travailleur
 - conclusion d'une convention *au cours du CT* que si plus favorable
 - Article 82 § 5 LCT : si rémunération annuelle de référence dépasse 61.071 € (en 2011), possibilité pour les parties de convenir par convention conclue *au plus tard* au moment de l'entrée en service du préavis (ou indemnité) à observer par la société
 - But : limiter le délai de préavis (! Préavis minimum légal)

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

2. Règles relatives à la rupture

Nouveau cadre légal pour les indemnités de départ – L. 6 avril 2010

- 1er objectif : renforcement de la gouvernance d'entreprise dans sociétés cotées en bourse
 - Obligation d'insérer une *Déclaration de gouvernance d'entreprise* dans le rapport annuel

- 2ième objectif : fixation de règles particulières pour la rémunération des cadres supérieurs
 - Obligation additionnelle d'insérer dans Déclaration un *rapport de rémunération*
 - Mesures visant à encadrer la rémunération des administrateurs exécutifs dans les sociétés cotées, notamment :
 - indemnités de départ
 - répartition de la rémunération variable dans le temps

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

➤ **Champ d'application personnel**

- Sociétés cotées : sociétés dont les **actions** sont admises aux négociations sur un marché visé à l'article 4 du C. Soc. c.-à-d. un marché réglementé.
 - ❑ Actions : plus limitatif que la définition contenue à l'article 4 C. Soc. (titres)
 - ❑ Marché réglementé : tout marché réglementé belge ou étranger (Euronext Brussels, Euronext Paris, London Stock Exchange, New York Stock Exchange, etc.)
- Pour qui ?
 - ❑ Administrateurs exécutifs → Code de Corporate Governance
 - ❑ Membres du Codir
 - ❑ Autres dirigeants (= membres de tout comité où se discute la direction générale de la société, autre que le Codir)
 - ❑ Délégués à la gestion journalière
 - ❖ Indépendamment de leur nationalité

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

➤ **Champ d'application matériel**

- N'importe quelle forme de résiliation anticipée, à l'initiative de société ou de l'administrateur
 - Indemnités de départ ou de licenciement
- = paiements liés à la résiliation anticipée du contrat

Inclus :

- paiements liés à la durée de la période de préavis
- paiements liés à une clause de non concurrence prévue dans le contrat
- les avantages en nature et les versements au fonds de pension effectués en cours de mandat ou après la fin du mandat attribués dans le cadre du départ

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

➤ Principe

→ Deux plafonds :

- ❑ 12 mois
- ❑ 18 mois sur avis motivé du comité de rémunération

→ Dérogation possible (= indemnité plus élevée)

- ❑ Sous condition : approbation préalable de la première assemblée générale ordinaire qui suit

❑ Procédure impliquant représentant du personnel

- ✓ J-30 : obligation de communiquer au CE/CPPT/DS la demande d'indemnité plus élevée faite à l'AGO
 - ✓ J-20 (au plus tard) : demande d'avis par une des parties au CE/DS/CPPT (= faculté)
 - ✓ J : publication de la convocation de la 1ère AGO qui suit
- avis est donné à l'AGO

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

➤ **Principe**

→ Commentaires

➤ Base de calcul ?

- Suppression de toute référence expresse au Code de *Corporate Governance* (art. 7.18)

➤ *Attention* : intégration de la rémunération variable dans la base de calcul de l'indemnité de départ:

→ Sous 2 conditions :

1. Obligation de mentionner expressément dans convention les critères qui rendent variable l'attribution d'une rémunération
2. Paiement de la rémunération variable que si critères atteints pour la période indiquée

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

➤ **Sanction**

- ✓ Toute convention contraire = nulle de plein droit
- ✓ Règle de droit commun concernant la responsabilité des administrateurs

➤ **Entrée en vigueur :**

- ✓ Conventions conclues ou prolongées à partir du 3 mai 2010 [10 jours après publication de la loi au MB (23.04.2010)]

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

3. Règles relatives à la responsabilité civile

Contrat de travail

→ **Interaction des règles régissant la responsabilité civile pour les actes posés par le dirigeant d'entreprise salarié**

- Régime d'immunité partielle pour les fautes commises dans l'exécution du CT (Article 18 LCT)
 - Travailleur ne répond que de son dol, sa faute lourde ou sa faute légère habituelle
 - Aucune clause dérogatoire réduisant la portée d'une telle immunité n'est admise → clause nulle car contraire à Articles 6 et 18 al 2 LCT

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

3. Règles relatives à la responsabilité civile

Contrat de travail

- Les membres des organes de la société ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société (Article 61 § 1er C. Soc.)
- Régime de responsabilité (tant envers la société que les tiers) (Article 527 et s. C. Soc et Article 1382 C. civ.)
 - Exécution du mandat et des fautes commises dans la gestion : administrateurs, membres du CoDir et DGJ
 - Violation du C. Soc. / des statuts : administrateurs et membres du CoDir
 - En cas de faillite, toute faute grave caractérisée ayant contribué à la faillite : administrateurs anciens et actuels et toute pers. Ayant détenu pouvoir de gestion
 - Faute (au sens de 1382 C. civ.) si preuve du dommage et du lien de causalité : administrateurs, membres du CoDir et DGJ

III. Enjeu lié au statut social: 3 implications pratiques majeures

3. Règles relatives à la responsabilité civile

Contrat de travail

- Régime d'immunité partielle de l'article 18 LCT profite-t-il au dirigeant d'entreprise salarié ?
 - Doctrine favorable
 - Intérêt pratique limité vu que les hypothèses du C. Soc. enclenchant la responsabilité du dirigeant coïncideront souvent avec le dol (faute intentionnelle) ou la faute lourde visés à l'article 18 LCT

Merci pour votre attention !

Cet exposé est basé sur la contribution écrite 'Le statut social du dirigeant d'entreprise: un point sur la question » publiée dans la revue périodique Orientations, n°10, décembre 2010

Aurore Gillet et Marie Michaud-Nerard

Avocats, Loyens & Loeff

Téléphone : 02 / 743 43 43