

1. Les risques liés à la fonction de dirigeant

D'un côté, vous êtes, en tant que dirigeant, responsable de la bonne gestion de la société depuis sa constitution ; d'un autre côté, vous êtes le représentant de celle-ci à l'extérieur ; en plus, vous devez respecter les droits de vos associés.

La vigilance s'impose donc sur tous ces fronts !

La loi pose un **principe général de responsabilité civile du dirigeant à l'égard de la société, des associés et des tiers** (C. com. art. L 223-22 pour les SARL, L 225-251 pour les SA). En réalité, ce risque civil a une **nature double** et diffère selon qu'on se situe dans les affaires internes ou dans les rapports avec les tiers, qu'ils soient clients ou créanciers.

1.1. MANAGEMENT DE LA SOCIÉTÉ

1.1.1. Décisions stratégiques

Vous envisagez d'impulser **une nouvelle dynamique à votre société**, en changeant de politique commerciale, en développant de nouvelles activités, ou encore en investissant dans du matériel innovant... ?

La vocation d'un dirigeant est de savoir prendre des risques. **Mais lorsqu'ils sont inconsidérés et, au final, défavorables pour l'entreprise, les juges passent outre la liberté d'entreprendre pour sanctionner un comportement fautif, civilement ou pénalement répréhensible.**

Voici quelques-uns des risques majeurs auxquels vous êtes confronté dans votre management opérationnel :

- incapacité de mener la stratégie commerciale ;
- incapacité d'appliquer la stratégie de croissance escomptée ;
- stratégie d'acquisition inappropriée ;
- perte de confiance des investisseurs ;
- départs de collaborateurs clés et planification inadéquate de leur remplacement ;
- incapacité de satisfaire aux exigences réglementaires et légales ;
- défaillances des systèmes informatiques ;
- incapacité à gérer l'incertitude économique et d'y réagir correctement ;
- plans de continuité et antisinistre inadéquats, ne permettant pas de faire face à une défaillance majeure du réseau informatique ou à un sinistre ;

- incapacité de protéger la marque, etc.

L'excès d'imprudence est aussi susceptible d'engager votre responsabilité en cours de vie sociale, en particulier en cas de cessation de paiement : les juges considéreront l'ensemble de vos décisions de gestion pour évaluer votre degré de responsabilité dans l'enchaînement des difficultés ayant abouti au dépôt de bilan.

- **Ménagez-vous des preuves** qui témoigneront que vos décisions stratégiques étaient réfléchies : simulations, études de marché, devis, consultations auprès de professionnels, etc.

1.1.2. Emprunt à la société

L'interdiction est absolue : le dirigeant (de même que son conjoint, ses parents et enfants) n'est pas en droit de contracter des **emprunts** auprès de sa société. Il ne peut pas non plus se faire consentir un **découvert en compte courant**.

L'interdiction est large : elle vise les emprunts à long terme, à court terme, les simples avances sans contrat écrit, mais également les **cautions** ou avals et, plus généralement, toute garantie que la société peut souscrire au profit du dirigeant, ce qui inclut les emprunts solidaires entre le gérant et la société.

« À peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique aux représentants légaux des personnes morales associées. L'interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa précédent ainsi qu'à toute personne interposée » (C. com. art. L 223-21 pour les SARL, L 225-43 pour les SA).

Si vous passez outre ? Tout d'abord, l'opération sera **nulle sur le plan civil**. **Ensuite**, vos associés, mais aussi et surtout **les créanciers concernés**, pourront agir en justice et vous demander le **remboursement immédiat** des sommes prêtées. Enfin, vous pourrez également être poursuivi en **responsabilité civile**, voire en **responsabilité pénale**, pour **abus de biens sociaux**.

Et, pour couronner le tout, l'administration fiscale pourra s'en mêler et chercher à imposer les sommes comme revenus distribués.

1.1.3. Cumul mandat social et contrat de travail

Pour être licite, votre contrat de travail ne doit pas être fictif, c'est-à-dire qu'il doit correspondre à **une activité réelle distincte de vos fonctions de direction**.

- Ce sera le cas si votre contrat de travail vous octroie des **fonctions techniques spécifiques**. Mais, même dans ce cas, les juges peuvent estimer qu'il y a confusion avec les fonctions de direction, en particulier dans les **petites sociétés** (absence de **lien de subordination**).
- Une limitation statutaire des pouvoirs peut jouer en faveur de la reconnaissance du contrat de travail.

Rédigez un **contrat de travail écrit** en bonne et due forme. Il devra être le plus précis possible dans la description des tâches « salariées ». Respectez la procédure des **conventions réglementées** et faites valider le contrat par l'assemblée lorsqu'il est postérieur à votre mandat de dirigeant. Prévoyez un salaire propre à votre activité salarié, avec **bulletins de paie**.

En revanche, le cumul est, depuis longtemps et de manière constante, **refusé au gérant majoritaire** au motif que « le gérant d'une société qui en possède la majorité des parts, et, au surplus l'administre seul, cesse de se trouver même dans l'exercice de ses fonctions techniques dans un état de subordination caractérisant le contrat de travail » (Cass. soc. 07.02.1979).

Si votre contrat de travail est **reconnu par l'Urssaf** : vous bénéficiez de tous les avantages reconnus au salarié. En revanche, si **l'Urssaf conteste** sa réalité, elle vous refusera le bénéfice du cumul.

- Attention : le **versement, non contesté, de cotisations** au régime général, ne vaut pas reconnaissance par l'Urssaf de votre contrat de travail !
- Formulez un « **rescrit social** » (C. de la Sécurité sociale art. L 133-6-9) : vous pouvez **solliciter l'Urssaf pour prendre position sur votre contrat de travail** et votre affiliation au régime général de la Sécurité sociale des salariés. Pensez à renouveler régulièrement la demande, car la validité d'un rescrit se périmé.

1.1.4. Votre rémunération

En tant que dirigeant, vous êtes prioritairement exposé au **contrôle des services fiscaux** quant à votre rémunération. La question de savoir si le fisc pourrait considérer qu'il y a excès préoccupe beaucoup de chefs d'entreprise, qui souhaitent avoir sur ce point des éléments clairs.

Disons-le d'emblée : il n'existe **aucune règle légale générale, ni instruction administrative précise, ni barème officiel**. Un salaire brut annuel de 100 000 € peut être considéré comme exagéré dans une entreprise alors que pour un autre dirigeant, un salaire de 200 000 € sera jugé normal...

En outre, le fisc prend en compte non seulement le **salaire, mais aussi les remboursements de frais et les avantages en nature**. Des avantages

importants – voiture, logement de fonction, etc. – peuvent porter le niveau global d'une rémunération à un niveau exagéré alors que le salaire est lui-même modeste.

L'administration fiscale et, en cas de litige, les juges, apprécient les choses au cas par cas. Toutefois, on peut considérer **les critères** qui interviennent dans l'appréciation de la « normalité » :

- un **facteur interne**, c'est-à-dire une comparaison avec **les salaires versés dans la société**. L'écart ne doit pas être disproportionné. Joueront aussi dans l'appréciation du caractère non excessif de la rémunération le niveau de **participation dans le capital** du dirigeant et sa **qualification professionnelle** ;
- un **facteur externe**, à savoir les montants de rémunération retenus dans **des sociétés comparables** en termes de chiffre d'affaires et d'activité. Si le dirigeant est rémunéré dans différentes sociétés, l'administration pourra prendre en compte les différentes fonctions exercées dans chaque société (CE 23.01.2002).

Attention à **la rémunération de votre conjoint**. S'il travaille avec vous, le fisc pourra estimer que cette rémunération vous profite indirectement et qu'elle est motivée par « des liens affectifs ou des intérêts unissant les bénéficiaires à des personnes possédant le contrôle de l'entreprise ».

La jurisprudence témoigne aussi du fait que les juges ne sont pas indifférents à la question du **mérite** : une forte rémunération sera mieux acceptée pour un patron qui porte **toutes les responsabilités**, sans avoir prévu une délégation de pouvoir, et qui est à l'origine de la réussite de son entreprise (CE 18.12.1992). Autrement dit, la preuve d'une rémunération excessive sera d'autant plus facile à établir que la situation de la société est dégradée.

- Si votre rémunération est variable, mieux vaut choisir une proportionnalité au chiffre d'affaires qu'une proportionnalité aux bénéfices.

Si votre rémunération est jugée excessive par le fisc, deux redressements seront opérés :

- pour la société : une **perte de la déductibilité** sur son résultat imposable, réservées aux seules rémunérations qui « correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard à l'importance du service rendu » (CGI art. 39-1-1°). Mais seule la **fraction considérée comme exagérée** est réintégrée dans les bases de l'impôt dû ;
- pour vous : une imposition en tant que **revenu de capitaux mobiliers** (imposition sur 1,25 fois son montant, CGI art. 158-7-2°), avec perte des déductions et abattements des salaires.

BON À SAVOIR. Cette double rectification doit suivre **une double procédure**. En effet, le fisc est contraint de **poursuivre distinctement la société et le dirigeant**, et les deux procédures doivent rester indépendantes. Ce qui peut jouer en votre faveur : par exemple, l'avis émis par la commission départementale des impôts directs et taxes sur le chiffre d'affaires à l'égard de la société ne vous est pas opposable (CE 24.04.1981).

Une rémunération excessive peut, en outre, être sanctionnée sur le plan pénal par le biais des infractions **d'abus de biens sociaux** et de **banqueroute** (*voir ci-après*).

1.1.5. L'abus de bien social, ou ABS

L'abus de bien social est certainement la plus célèbre des infractions, mais pour autant, elle est souvent mal connue. Quel patron de société ne s'est pas un jour demandé si telle ou telle décision ne pouvait constituer de près ou de loin un « ABS » ? Voyons quelles sont les conditions de cette infraction pour en gérer les risques et ainsi contribuer à renforcer l'image de l'entreprise et sa crédibilité vis-à-vis de vos clients et de vos partenaires, ainsi qu'à pérenniser vos activités.

« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 €[...] Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement [...] » (C. com. art. L 241-3 4, disposition similaire pour les SA, art. L 242-6-3).

D'abord, pour qu'il y ait abus, il faut un objet : des biens ou un crédit dont on abuse.

Les biens dont on peut abuser sont entendus largement : il s'agit de **tout ce qui appartient à la société** : biens meubles, corporels ou incorporels, ou d'immeubles, que l'entreprise soit propriétaire ou simplement locataire.

La loi vise une **appropriation, même temporaire**, même faite avec l'intention de restituer.

Quelques exemples : le dirigeant **puise dans la trésorerie** de la société ; il fait payer par sa société **des dépenses personnelles** en utilisant la carte bancaire de l'entreprise pour un repas privé, pour s'acheter des livres, du mobilier, une voiture ; il effectue « des retraits en espèces, des virements et émet des chèques sur les comptes bancaires de la société à destination de ses comptes personnels »