



Valérie Spiguelaire,
Avocat Associé,
Adamas

Le cadre dirigeant de filiale : Un cadeau qui mérite vigilance ?

La notion de cadre dirigeant, issue du droit communautaire, a été introduite dans le Code du travail par la Loi 2000-37 du 19 janvier 2000.

Selon la définition, sont considérés comme cadres dirigeants ceux qui bénéficient d'une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise.

Il s'agit donc d'une catégorie de cadres bien particulière qui se caractérise par l'ampleur des responsabilités confiées et l'indépendance accordée dans l'organisation du travail.

En pratique, le statut de cadre dirigeant est souvent accordé à un cadre présent dans l'entreprise depuis de nombreuses années et constitue une promotion significative.

Sur le strict plan légal, il a pour seule conséquence que l'intéressé n'est pas soumis à la législation sur la durée du travail.

Toutefois, les incidences collatérales sont multiples et au-delà de la reconnaissance et de la satisfaction personnelle que peut légitimement tirer le promu, la qualité de cadre dirigeant induit des risques corrélatifs.

En effet, outre la perte du bénéfice de la réglementation sur la durée du travail, le fait pour le cadre dirigeant de bénéficier d'une large autonomie implique nécessairement que sa responsabilité pourra être recherchée au titre des décisions qu'il prend en toute indépendance.

Le statut de cadre dirigeant peut ainsi se révéler un cadeau empoisonné pour celui amené à en bénéficier.

En réalité, la notion correspond à deux situations distinctes suivant que le cadre est ou non

officiellement désigné en qualité de mandataire social de la société (donc inscrit sur l'extrait K-Bis de la société) dont il est salarié ou, cas le plus fréquent, d'une filiale de celle-ci.

I. Le cadre dirigeant de droit d'une société

A. Le dirigeant de droit est mandataire social

La qualité de dirigeant de droit résulte en principe de la désignation dans les statuts ou par les organes sociaux compétents.

Le dirigeant de droit est donc titulaire d'un mandat social (président et, le cas échéant directeur général ou directeur général délégué d'une société par actions simplifiée ; directeur général, directeur général délégué, président du conseil d'administration ou administrateur d'une société anonyme ; gérant d'une société civile ou d'une société à responsabilité limitée...).

Il exerce les pouvoirs attribués à sa fonction de par sa qualité juridique.

Corrélativement, il en assume les responsabilités que ce soit sur le plan pénal ou civil.

B. Une responsabilité pénale pleine et entière

La responsabilité pénale du chef d'entreprise est retenue de longue date par la jurisprudence.

La création puis généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales n'absout en rien son dirigeant. L'article 121-2 du Code pénal prévoit explicitement que la responsabilité pénale de la personne morale n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.

Elle vise aussi bien des actes commis directement par le dirigeant avec, le cas échéant un intérêt personnel (abus de biens sociaux, banqueroute...) que des délits dits « formels » prévus par des

législations spécifiques (droit du travail, règles d'hygiène et sécurité, délits douaniers, atteinte à l'environnement...).

Si le cadre, salarié de la maison mère est pénalement poursuivi en qualité de dirigeant de droit de la filiale dont il est dirigeant, il ne peut pas invoquer son contrat de travail et l'état de subordination dans lequel il se trouve vis-à-vis de son employeur.

A noter que la fin du mandat social n'emporte pas extinction de la responsabilité pénale. L'ex-représentant légal reste responsable des faits commis, pendant son mandat, alors qu'il a été révoqué ou licencié depuis plusieurs mois voire années.

C. Une responsabilité civile vis-à-vis des associés et de la société

Le salarié qui commet une faute dans l'exercice de ses fonctions est susceptible d'une sanction, voire d'un licenciement.

En revanche, en principe, il n'engage pas sa responsabilité pécuniaire vis-à-vis de la société et de ses associés.

Tel n'est pas le cas des dirigeants.

Leur responsabilité est ainsi engagée vis-à-vis de la société et des associés pour les fautes qu'ils commettent dans la gestion, dans le cadre du mandat social qui leur a été confié.

L'intéressé peut donc se trouver dans une situation paradoxale où il est dans un état de subordination à l'égard de son employeur au titre de son contrat de travail alors que le même employeur est associé de la filiale qu'il dirige et peut lui reprocher les actes accomplis en qualité de dirigeant. Or, en pratique, il est souvent difficile, voire impossible, de déterminer si tel acte a été accompli en qualité de salarié ou de dirigeant.

D. Un risque accru en cas de procédure collective

Envisageons maintenant le cas où la société fait l'objet d'une procédure collective. Certes, une telle mesure est en principe sans conséquence sur les dirigeants de la société sauf, précisément, mise en oeuvre des sanctions prévues par la loi.

Sans faire une étude détaillée, on citera ainsi les sanctions patrimoniales (comblement du passif, obligation aux dettes sociales), personnelles (faillite personnelle entraînant notamment l'interdiction de gérer...) et pénales (notamment banqueroutes).

Ici encore, l'exposition de l'intéressé à ces sanctions résulte de sa seule qualité de dirigeant de droit. Elle s'étend aux représentants permanents des personnes morales dirigeantes de droit (situation fréquente dans les groupes où un salarié est désigné comme représentant permanent d'une société qui est elle-même mandataire social d'une filiale).

Le dirigeant de droit ne peut pas s'exonérer de ces responsabilités en invoquant le fait qu'il a accepté ses fonctions par pure complaisance, à titre honorifique ou n'était qu'un dirigeant de paille, sans autonomie, soumis aux décisions de l'associé.

Le fait que l'associé et/ou la société mère se comporte comme le véritable maître de l'affaire ne le dédouane pas de sa responsabilité.

Bien au contraire, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considère que « *Commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision.* » (1)

Ainsi, dans ce type de situation, l'inaction est une faute, tout autant que l'action.

Le dirigeant de droit doit être en mesure de prouver qu'il s'est opposé à une décision jugée fautive ou doit même démissionner pour se trouver déchargé.

On conçoit bien la difficulté d'un cadre dirigeant à s'opposer aux décisions de l'associé qui bien souvent est son propre employeur.

Il faut quand même noter que, si le principe de la condamnation n'est pas évité, les tribunaux peuvent se montrer plus cléments sur le montant de la condamnation en tenant compte de la situation personnelle du cadre dirigeant, et notamment son absence d'indépendance réelle et l'étroitesse de sa marge de manœuvre.

II. Le cadre dirigeant de fait, une fausse alternative

Devant un tel constat, la tentation peut être d'éviter toute désignation officielle en qualité de mandataire social.

Outre la difficulté que peut susciter un tel refus dans le cadre des relations professionnelles, la solution n'est pas en soi une panacée.

En effet, les Tribunaux s'attachent au rôle réel d'une personne dans l'entreprise pour retenir sa

1) Cass. Com., 30 mars 2010, n° 08-17841.

2) Cass. Com., 14 mai 1996, n° 93-10451, Cass. Com., 1^{er} juillet 1997, n° 95-15149.

3) CA Montpellier, 7 Mars 2000, N° 99/0001312, Sohn c/ Dauverchain.

fonction comme dirigeant de fait, sans s'attacher à sa fonction officielle.

4) CA Paris, 3e ch. A, 30 oct. 2007, n° 07/01824, D. c/ Ancel.

Selon la jurisprudence constante, toute personne qui directement ou indirectement aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion de l'entreprise sous le couvert ou en lieu et place des représentants légaux sera considérée comme dirigeant de fait.

Le dirigeant de fait est donc celui qui accomplit, de sa propre initiative, des actes positifs de direction ou encore, c'est celui qui s'immisce de façon importante dans la gestion et la direction d'une société indépendamment de sa qualité apparente de salarié (2).

Sa responsabilité est donc la même que celle d'un dirigeant de droit en ce qui concerne les sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de procédure collective.

Autrement dit, quand l'inaction peut être reprochée au cadre, dirigeant de droit, considéré comme trop soumis, l'action est retenue contre le dirigeant de fait si son « excès de zèle » est considéré comme fautif.

Par exemple, le directeur salarié d'une société qui accomplit des actes d'administration et de direction en toute indépendance tels que la résiliation de lignes de portables, réduction de salaires, délocalisation de la comptabilité est considéré comme un gérant de fait par la Cour d'appel de Montpellier (3).

Dans la même lignée, la Cour d'appel de Paris a qualifié de dirigeant de fait le directeur technique et commercial d'une société placée en liquidation judiciaire qui exerçait au sein de la société une activité positive et indépendante d'administration, et s'était comporté en maître de l'affaire. Cette caractérisation de la direction de fait, contredisant la qualité de salarié de l'intéressé, était permise et encouragée par l'abstention fautive du gérant de droit (4).

Dans cette situation, le fait que l'intéressé ait le statut de cadre dirigeant est retenu comme un indice de la direction de fait.

III. Le risque de remise en cause du statut salarié

En raison de la très forte autonomie dont bénéficie le cadre dirigeant, son statut de salarié peut être remis en cause par le Pôle Emploi, notamment en cas de licenciement.

En effet, sa situation est fort différente de celle de l'employé salarié qui se caractérise par la relation de subordination qui le lie à son employeur.

Le cadre dirigeant, au vu des prérogatives qui lui sont confiées, est certainement plus proche du statut de dirigeant.

Aussi, en cas de licenciement, il est fréquent qu'il se voit refuser le bénéfice de l'assurance chômage au motif qu'il est un « faux salarié », le critère de la subordination faisant défaut.

Pour se prémunir de ce type de déconvenue, il est donc avisé de soumettre préalablement le contrat de travail à Pôle Emploi afin de lui demander qu'il se prononce dans le cadre d'une procédure de rescrit sur la qualité de salarié du cadre.

Une réponse positive lie Pôle Emploi alors tenu d'assurer le bénéfice de l'assurance chômage si la situation du cadre n'a pas évolué depuis la date de son avis.

En cas de réponse négative, il est alors possible d'envisager pour l'entreprise de cotiser auprès d'un organisme privé assurant les indemnités de chômage au moment de la rupture du contrat de travail, solution qui s'avère toutefois plus onéreuse.

Ainsi, du fait de son statut très particulier, le cadre dirigeant est dans l'entreprise un salarié atypique, qui est bien plus traité comme un dirigeant responsable que comme un salarié protégé.

Cette responsabilité est inévitable car elle constitue le pendant direct du pouvoir qu'il exerce. En revanche, il importe d'en prendre la mesure et d'en avoir immédiatement conscience.