

Dirigeant de SAS : Laisser le choix du statut social

Résumé de notre proposition :

Ouvrir le choix du statut social du dirigeant de SAS avec 2 solutions possibles :

- apprécier la situation sociale des dirigeants de SAS comme celle des gérants de SARL selon le caractère minoritaire ou majoritaire du dirigeant,
- s'inspirer des principes de liberté de la constitution de la SAS et laisser le choix du régime social du dirigeant à la décision des associés.

1 - Pour bien comprendre ...

Monsieur Dupuis devient actionnaire unique d'une Société Anonyme.

Au regard du nombre d'actionnaires minimum requis pour ce type de société, il ne peut conserver la forme de SA.

Monsieur Dupuis a alors le choix de transformer sa société en Entreprise Unipersonnelle A Responsabilité Limitée (EURL) ou en Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle (SASU). Il opte pour l'EURL avec le statut social de Travailleur Non Salarié. En qualité de dirigeant d'une SA, Monsieur Dupuis bénéficiait de contrats de santé relevant de l'article 83 du CGI. Afin de souscrire des contrats de prévoyance dans le cadre de la loi Madelin et bénéficier ainsi d'une protection sociale similaire, Monsieur Dupuis doit passer différents examens de santé. Or, depuis quelques années, son état de santé s'est dégradé et compte tenu de ses résultats médicaux, il se rend compte qu'il ne peut contracter ces nouveaux contrats de prévoyance en qualité de travailleur non salarié. Afin de maintenir sa couverture sociale, Monsieur Dupuis se tourne alors vers la SASU. Ce statut lui permettra de maintenir sa couverture santé telle qu'il la connaissait avec le statut de SA.

2 - Quel est le problème ?

2-1 Etat des lieux SAS versus EURL

La Société par Actions Simplifiée (SAS) a été créée par une loi du 3 janvier 1994. Compte tenu de ses caractéristiques de fonctionnement, la SAS était, à l'origine, réservée aux grands groupes. En ouvrant la SAS aux personnes physiques, la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 a permis aux petites et moyennes entreprises d'accéder à cette forme de société. Un statut de SASU a même été créé face au statut de SARL unipersonnelle.

Grâce à sa souplesse de fonctionnement, la SAS connaît un grand succès, même si elle requiert une rigueur particulière lors de la rédaction des statuts. Les dirigeants de la SAS n'étant pas tenus par les règles restrictives de cumul de mandats qui s'imposent dans les SA, de nombreuses SA se sont transformées en SAS afin d'éviter ces règles de cumul.

Enfin, depuis les modifications apportées par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, le nombre de SAS s'est encore accru. En effet, les conditions d'accès à cette forme de société se sont encore assouplies : ces sociétés ne sont plus tenues de respecter de capital social minimum. En outre si elles ne dépassent pas certains seuils de chiffre d'affaires, bilan et salariés ou si elles ne sont pas contrôlées ou ne contrôlent pas d'autres sociétés au sens des dispositions II et III de l'article L.233-16 du code de commerce, elles ne sont plus soumises à l'obligation de nomination de commissaires aux comptes.

Enfin, certaines SAS peuvent opter, sous certaines conditions et pour une certaine durée, pour le régime fiscal des sociétés de personnes.

Cependant, pour les SARL, il reste à traiter le problème des charges sociales des travailleurs non salariés, qui en cas de redressement judiciaire, contrairement aux charges sociales des salariés, restent à la charge du dirigeant. En difficulté financière, le travailleur non salarié est donc obligé de supporter ces dernières. Cette situation est d'autant plus compliquée que les délais de régularisation sont longs et que les charges provisionnées sur les revenus de période faste peuvent se trouver appelées lorsque la situation financière s'est assombrie.

Ces récentes modifications ont rapproché la SAS de la SARL, et ceci bien qu'elles soient toutes deux soumises à des règles de fonctionnement strictes issues du Code de commerce. Aucune de ces deux sociétés n'est soumise à une règle de capital social minimum. Ces deux formes sociétaires n'ont obligation de nommer des commissaires aux comptes que dans certains cas prévus par la loi. En outre, la SARL ainsi que la SAS ne peuvent pas faire appel public à l'épargne. La ressemblance la plus forte étant la possibilité de constituer une société avec un seul associé soit par le biais de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), soit par le biais de la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU).

2 – 2 Le statut des dirigeants

Si dans leur fonctionnement juridique, les SAS et les SARL sont assez comparables, elles diffèrent en revanche quant au statut de leur dirigeant. En effet, le gérant majoritaire de SARL bénéficie du régime social et fiscal des Travailleurs Non Salariés (TNS) et de la loi Madelin, alors que le gérant minoritaire ou égalitaire relève du régime général de la sécurité sociale.

Le Président de la SAS dépend, quelque soit sa part de détention dans le capital de la société, obligatoirement du régime général de la sécurité sociale sans bénéficier de la garantie chômage liée au statut des salariés. La différence de régime est encore plus flagrante pour les dirigeants associés uniques de SASU qui relèvent du régime général de sécurité sociale alors que les dirigeants associés uniques d'EURL relèvent du régime des TNS.

En matière de charges sociales, il ne faut pas perdre de vue que le régime général de sécurité sociale est plus coûteux que celui des TNS (Nb : jusqu'au plafond, les charges d'un salarié sont supérieures de 12 points à celles d'un artisan (57% contre 45%. L'écart progresse ensuite sensiblement au fur et à mesure que la rémunération augmente), sans pour autant que les assimilés salariés puissent bénéficier de la garantie chômage attachée au statut des salariés.

Même si une lettre ministérielle en date du 17 mars 1995 a affirmé que les SAS sont susceptibles d'être assimilées à des SA et qu'en conséquence les présidents de ces sociétés peuvent bénéficier du régime général de sécurité sociale, jusqu'à l'intervention de la loi de financement de la sécurité sociale de 2002, la question était de savoir si les dirigeants de SAS devaient ou non relever du régime général des salariés. Cette loi est venue apporter une réponse à ce débat en complétant l'article L311-3 du code de la sécurité sociale en y insérant une disposition au terme de laquelle les présidents et dirigeants des SAS et des Sociétés d'Exercice Libéral par Actions Simplifiée (SELAS) sont soumis au régime général de sécurité sociale, sans référence à leur participation dans le capital social (Code de la sécurité sociale, art. L311-3 23 ° complété par l'article 7 de la loi de financement de la sécurité sociale de 2002). L'affiliation au régime général étant liée à la perception d'une rémunération, les dirigeants non rémunérés ne relèvent d'aucun régime obligatoire de protection sociale.

Le rattachement des dirigeants de SAS au régime général représentait d'une part un enjeu financier important pour les caisses de sécurité sociale (le montant global attaché à cette modification de l'article L.311-3 du code de la sécurité sociale s'élevait à 20 millions d'euros). Ce rattachement a, d'autre part, été le fait du lobbying d'anciens dirigeants de sociétés disposant d'un capital points AGIRC (Association Générale des Institutions de Retraite des Cadres) important et qui ne voulaient pas subir les abattements retraite complémentaire AGIRC et ARRCO (Association pour le Régime de Retraite Complémentaire des Salariés) lors de départs avant 65 ans. La règle des « partis » - qui voulait qu'il fallait cesser son activité en qualité de salarié pour éviter de perdre des droits auprès des régimes complémentaires Arrco et Agirc - ayant désormais disparu depuis 2003, la raison principale du rattachement au régime général n'a plus lieu d'être.

On peut penser que ces dispositions ont été prises en s'appuyant, pour partie, sur le fait que les règles de Sociétés Anonymes sont, sauf exception, applicables aux SAS.

La solution préconisée

Partant du constat précédent, il faut s'interroger sur les différents statuts sociaux pouvant s'offrir aux dirigeants de SAS :

- soit, compte tenu des points communs de fonctionnement existant entre la SAS et la SARL, on rapproche la SAS de la SARL et on applique les règles relatives au statut social du gérant de SARL au dirigeant de SAS,
- soit on laisse une totale liberté au dirigeant de SAS pour qu'il choisisse son régime social. Cette solution serait cohérente avec la logique de la SAS au sein de laquelle la plupart des règles sont définies librement par les associés.

En ce qui concerne la position qui consiste à raisonner par analogie entre la SAS et la SARL, il convient de s'appuyer sur le mode de fonctionnement juridique de ces sociétés. Si au moment de sa création, la SAS pouvait éventuellement être assimilée à la SA, la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, ainsi que la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite loi de modernisation de l'économie ont rapproché la SAS, dans ses conditions de fonctionnement, de la SARL. Il convient alors de rapprocher également le statut social de leur dirigeant en conditionnant le régime social des dirigeants de SAS au pourcentage de parts détenues dans le capital social de la société qu'ils dirigent.

Par ailleurs, comme nous l'avons mentionné ci-avant, de récentes lois ont modifié de façon importante le mode de fonctionnement de la SAS. Par analogie avec les règles applicables en matière de statut social du gérant de la SARL, le statut social du dirigeant minoritaire ou non associé de la SAS pourrait être le régime général de la sécurité sociale et le statut social du dirigeant majoritaire de la SAS et de l'associé unique de la SASU pourrait être le régime des TNS.

Même s'il n'est sans doute pas impératif de vouloir à tout prix rapprocher la SAS d'une forme de société déjà existante, on peut tout de même s'appuyer sur les solutions existantes. En effet, le droit de la sécurité sociale est autonome par rapport au droit des sociétés. Cette autonomie est renforcée par le fait que le salarié est défini par l'article L.311-2 du code de la sécurité sociale par référence à un état de subordination. Ce constat a été confirmé par une jurisprudence selon laquelle la définition du salarié est la même en droit du travail qu'en matière de sécurité sociale. Il conviendrait alors de partir de la définition du salarié afin de déterminer le régime applicable aux dirigeants de SAS.

Cette analyse reviendrait à déterminer le régime de protection sociale des dirigeants de SAS en fonction de leurs conditions réelles d'exercice de leur activité. En effet, ne seraient ainsi rattachés au régime général de sécurité sociale que les dirigeants de SAS satisfaisant aux critères généraux d'assujettissement à ce régime tels qu'ils sont définis par l'article L.311-2 du code de la sécurité sociale et interprétés par la jurisprudence. Seuls devraient y être assujettis ceux qui exercent leurs

fonctions contre rémunération et dans une situation de subordination (le pourcentage de détention dans le capital pouvant être, entre autres, un indice des conditions d'exercice des fonctions du dirigeant, ce qui nous ramène aux développements ci-avant relatifs au régime social déterminé en fonction du caractère majoritaire ou minoritaire du dirigeant).

Appliquée à la SASU, cette interprétation conduirait à écarter du régime général des salariés l'associé unique exerçant les fonctions de dirigeant. En effet, dans la mesure où le même individu cumule le statut d'associé unique et de dirigeant, le lien de subordination est inexistant.

La SAS, lors de son introduction dans le droit français était une innovation juridique importante. Ce caractère novateur de la SAS, en matière de droit des sociétés, doit être poursuivi en matière sociale. Compte tenu, d'une part des caractéristiques de la SAS, qui par certaines règles de fonctionnement se rapproche de SA et par d'autres de la SARL, et d'autre part de la particularité même de la SAS qui tient à la grande liberté statutaire qui la régit, une deuxième analyse, beaucoup plus libérale et plus souple, pourrait exister.

Cette dernière mettrait le dirigeant de société face à sa responsabilité. En effet, la loi pourrait permettre au dirigeant de SAS de choisir librement le régime social dont il souhaite dépendre. En effet, à l'instar de la liberté de choix qui existe en matière de régime d'imposition de la société (impôt sur les sociétés ou impôt sur le revenu), il existerait une liberté de choix pour le statut social du dirigeant de SAS ou de SASU.

En fonction de considérations purement personnelles et subjectives, liées par exemple à son état de santé général, à sa situation familiale ou encore à des considérations financières, le dirigeant de la société pourrait opter, soit pour le régime social des TNS, soit pour le régime général de sécurité sociale (étant entendu que le dirigeant ne serait assimilé salarié qu'au regard de la sécurité sociale et non au regard du droit du travail). Cette option serait faite lors de la constitution de la société.