

Le Manuel Permanent du Droit des Affaires tunisien

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 143

Février 2006

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Barème et conditions de ventes :

L'interdiction de pratiques discriminatoires de vente

Dans quelles conditions des dérogations tarifaires aux conditions générales de vente consenties par un fournisseur à certains de ses distributeurs sont prohibées par la loi ? **P. 4**

Facture - Facturation :

Sort de la facture acceptée

Quelles sont les conséquences de l'acceptation d'une facture ? **P. 4**

Fiscalité de l'entreprise

I/ Comptes courant associés :

Régime fiscal des intérêts des comptes courants associés

Quel est le sort fiscal des intérêts des comptes courants associés ? **P. 5**

II/ Contrôles fiscaux :

Le droit de communication : Période sur laquelle porte le droit de communication

Le droit de communication est-il illimité dans le temps ? **P. 6**

III/ Fiscalité locale :

Prescription de la taxe sur les immeubles bâtis et les terrains non bâtis

Quel est le délai de prescription de la taxe sur les immeubles bâtis et les terrains non bâtis et quels sont les modes d'interruption de cette prescription ? **P. 6**

IV/ Entrepôts en douane :

Acquisitions des entreprises totalement exportatrices auprès des entrepôts fictifs

Une société totalement exportatrice désirant commander des marchandises auprès des entrepôts francs, doit-elle déposer, au préalable,

FEUILLES RAPIDES de Mise à jour du Manuel du Droit des Affaires réalisées par le **Cabinet Salah AMAMOU**
14, Avenue Salah Ben Youssef 1013 Menzah 9 Tunis, Tél. 71 872.738, 71 874.523, 71 871 602. Fax. 71 874.945.

	les déclarations en détail exigibles ?	P. 6
V/ Dédouanement :		
Formalités de dédouanement des échantillons	Le dédouanement des échantillons à l'importation et à l'exportation	P. 7
VI/ Taxe sur la valeur ajoutée :		
Base d'imposition : Les emballages	Le régime fiscal des emballages au regard de la taxe sur la valeur ajoutée	P. 8
VII/ Taxe sur les établissements à caractère industriel, commercial ou professionnel :		
Augmentation du maximum de la taxe sur les établissements à caractère industriel, commercial ou professionnel	En vertu du décret n° 2006-3360 du 25 décembre 2006 le maximum de la TCL a été augmenté de 60.000 à 100.000 D.	P. 9
VIII/ Retenue à la source au titre des marchés :		
Détermination du champ d'application de la retenue à la source au titre des marchés	Dans quels cas la retenue à la source de 1,5% au titre des marchés est obligatoire ?	P. 10
Importation :		
Le règlement financier des importations	Les fournisseurs étrangers peuvent-ils exiger le paiement d'avances ou d'acomptes à un importateur tunisien ?	P. 10
Obligations sociales de l'entreprise		
I/ Période d'essai :		
Validité de la période d'essai dans un contrat de travail à durée déterminée.	Un salarié soumis à un contrat de travail à durée déterminée peut-il être soumis à une période d'essai ?	P. 11
II/ Licenciement :		
I. Le licenciement d'un salarié malade	Précisions sur le régime juridique du licenciement d'un salarié malade.	P. 11
II. Transaction dans le cadre d'un licenciement : Transaction après licenciement	A quel moment doit intervenir la transaction entre employeur et salarié ?	P. 12
IV/ Salarié :		
Obligations du salarié envers l'employeur : Respecter l'obligation de loyauté	Qu'est-ce que l'obligation de loyauté du salarié ?	P. 12
V/ Travail de nuit :		
Précisions sur la réglementation du travail de nuit des enfants	Un jeune de moins de 18 ans peut-il travailler la nuit ?	P. 13

DEUXIEME PARTIE**Administration et direction de la société anonyme :****La révocation du président directeur général dans une société anonyme**Les actionnaires d'une société anonyme sont-ils totalement libres pour révoquer le président directeur général de la société ? **P. 14****Administrateurs de SA :****Renouvellement du mandat des administrateurs de SA**Existe-t-il un droit au renouvellement du mandat d'administrateur dans une société anonyme ? **P. 15****Abus de biens sociaux- Eléments constitutifs :****La notion d'usage abusif des biens**L'usage abusif des biens ou du crédit de la société peut-il résulter d'une abstention volontaire du dirigeant ? **P. 15****Assemblée générale ordinaire des actionnaires :****La modification des comptes sociaux par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires**L'assemblée générale ordinaire des actionnaires peut-elle modifier les comptes sociaux approuvés par une assemblée antérieure ? **P. 16****Associé de SARL :****Droit de communication permanent des associés : Sanction du refus de communication**Réagir face à un refus de communication. **P. 17****Dividendes :****Le délit de distribution de dividendes fictifs**Comment caractériser le délit de distribution de dividendes fictifs et quelles sont les sanctions pénales encourues ? **P. 18****Capital :****Perte de la moitié du capital dans une SARL : Obligations en cas de perte de plus de la moitié du capital social de la SAR**La consultation des associés doit être systématiquement faite, même dans l'hypothèse où les fonds seraient reconstitués dans le délai de deux mois. **P. 19****Gérant de SARL :****Responsabilité des gérants de SARL : Action personnelle des associés en réparation du préjudice contre le gérant de la SARL**Comment mettre en œuvre de la responsabilité du gérant ? **P. 20**

PREMIERE PARTIE

Barème et conditions de ventes :

L'interdiction de pratiques discriminatoires de vente

Aux termes de l'article 29-2° de la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix, il est interdit à tout commerçant, industriel ou artisan ainsi qu'à tout prestataire de service de pratiquer à l'égard d'un partenaire économique ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles, en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence.

Ainsi, l'octroi de réductions de prix ou d'autres conditions de vente favorables par le fournisseur à certains de ses distributeurs mais point à d'autres, placés dans les mêmes conditions d'achat, constitue certainement une discrimination au sens de l'article 29-2° de la loi précitée.

Cependant, toute discrimination n'est pas pour autant irrégulière. En effet, le texte pose trois conditions pour que le fournisseur se rende coupable de discrimination abusive.

Tout d'abord, il faut qu'il y ait effectivement une discrimination. Or, ce n'est pas le simple fait de consentir un avantage à un distributeur qui est discriminatoire. C'est le fait de le refuser à un autre dans les mêmes conditions, qui est sanctionné.

Ensuite, il faut que cette discrimination ne soit

pas justifiée par des contreparties réelles. Il importe de préciser que certaines discriminations peuvent être justifiées et peuvent se regrouper sous trois catégories :

- Celles qui sont dues à l'importance des quantités vendues,
- Celles qui résultent de services rendus par des clients ou des fournisseurs.
- Celles qui se rattachent à une coopération commerciale durablement établie entre les partenaires, aux termes d'accords écrits.

Enfin, il faut que la discrimination ait causé au distributeur un désavantage dans la concurrence, ou que d'autres aient été grâce à elle avantagés dans la concurrence.

En somme, l'article 29-2° de la loi précitée, n'interdit aucunement les discriminations commerciales ou tarifaires, c'est-à-dire le traitement différencié des distributeurs par le fournisseur, à condition que cette discrimination ne crée pas un avantage ou un désavantage dans la concurrence.

Facture - Facturation :

Sort de la facture acceptée.

En application de l'article 598 du code de commerce, entre commerçants les engagements commerciaux peuvent se prouver au moyen d'une facture acceptée.

Cette acceptation peut être expresse ou tacite.

Il y a facture acceptée dans l'hypothèse d'un paiement sans réserve ou d'un silence gardé au-delà du temps nécessaire pour prendre connaissance de la facture, pour contrôler ses mentions, ainsi que les fournitures auxquelles elle se rapporte.

La facture acceptée emporte présomption d'engagement commercial du client.

Le concept de la facture acceptée n'existe qu'à l'égard des commerçants et non pas à l'égard d'un consommateur final privé.

Il a été même admis que les courriers, entre commerçants, qui n'ont pas été suivis d'une contestation étaient censés être acceptés quant à leur contenu.

Dans la pratique, il est impératif de vérifier, sans délai, les factures ainsi que tous autres

documents commerciaux reçus. En effet, si la facture ou tout autre document commercial n'étaient pas bien fondés, le commerçant se doit, sous peine de se voir opposer par la suite le concept de la facture (du courrier) acceptée, de contester, de préférence par écrit. Les contestations doivent être précises et claires.

Une facture ou un document tenant lieu de facture doit, en principe, contenir les mentions obligatoires sous peine de ne pas être qualifié comme tel. La sanction en résultant peut être celle que les tribunaux n'acceptent pas le concept de la facture acceptée, même si le client n'a pas contesté en temps et lieu utile. Tel serait, par exemple, le cas d'une simple demande d'acompte sans autre précision.

Bon nombre de mauvais payeurs, lorsqu'ils se voient opposer le concept de la facture acceptée en justice, contestent soudainement la réception de celle-ci. Pour être prudent, il faudrait, dès lors, envoyer la facture par lettre recommandée. Il est vrai que cette pratique alourdit, sensiblement, la tâche administrative d'une entreprise, mais s'avère, toutefois, efficace en présence d'un cocontractant qui, dans le passé, a déjà affiché une attitude peu louable.

Fiscalité de l'entreprise

I/ Comptes courant associés :

Régime fiscal des intérêts des comptes courants associés

Antérieurement au 1er janvier 2004, les intérêts servis par les sociétés aux associés ou aux actionnaires en contrepartie des sommes qu'ils mettent à la disposition desdites sociétés en plus de leur part dans le capital sont déductibles de l'assiette soumise à l'IS dans la limite de 12% par an à condition que le capital soit totalement libéré et que les sommes génératrices des intérêts ne dépassent pas en moyenne 50% du capital.

1. Sort fiscal des intérêts au niveau de la société

Les intérêts servis par la société aux associés ou aux actionnaires au titre des sommes qu'ils mettent à sa disposition constituent des charges déductibles pour la détermination de l'assiette imposable de la société.

A cet effet, l'article 75 de la loi de finances pour l'année 2004 a fixé le taux des intérêts déductibles au titre des sommes mises par les associés à la disposition de la société en sus de leur part dans le capital à 8% par an au lieu du taux de 12%.

Aucune modification n'a été apportée quant aux conditions de déduction.

Il en découle que les intérêts alloués par la société aux associés ou aux actionnaires en contrepartie des sommes qu'ils mettent à sa disposition sont déductibles dans la limite de 8% par an à condition que le capital soit totalement

libéré et que les sommes génératrices des intérêts ne dépassent pas 50% du capital.

Sur la base de ce qui précède, seront réintégrés aux résultats imposables :

- la quote-part des intérêts qui dépasse 8% calculée sur la base d'un montant n'excédant pas 50% du capital ;
- la quote-part des intérêts relatifs aux sommes mises à la disposition de la société par les associés qui dépasse 50% du capital et ce, quel que soit le taux d'intérêt décompté.

2. Sort fiscal des intérêts au niveau de l'associé ou de l'actionnaire

Les revenus réalisés par les associés ou les actionnaires au titre des sommes qu'ils mettent à la disposition de la société relèvent :

- de la catégorie des revenus de capitaux mobiliers et ce, à raison des intérêts décomptés au taux de 8% sur les sommes ne dépassant pas 50% du capital, lesdits revenus doivent donc faire l'objet de la retenue à la source de 20% à effectuer par la société qui a payé les intérêts et ce sous réserve du taux conventionnel ;
- de la catégorie des revenus des valeurs mobilières pour la partie représentant la rémunération excédant le taux de 8% calculé sur les sommes ne dépassant pas 50% du capital ainsi que la rémunération des sommes dépassant 50% du capital. Aucune retenue à la

source n'est exigible à ce titre mais lesdits revenus restent soumis à l'IR ou à l'IS pour leur

montant brut.

II/ Contrôles fiscaux :

Le droit de communication est le droit reconnu à l'administration des impôts de prendre connaissance et, au besoin, copie de documents détenus par des tiers (entreprises privées, administrations, établissements et organismes divers...). Les renseignements recueillis peuvent être utilisés pour l'assiette et le contrôle de tous impôts et taxes à la charge, soit de la personne physique ou morale auprès de laquelle ce droit est exercé, soit de tiers à cette personne, sans qu'il en découle toutefois directement l'établissement d'impositions supplémentaires.

Aucune disposition ne définit la période sur laquelle le droit de communication peut être exercé.

Selon certains auteurs, le droit de communication est illimité dans le temps. En effet, selon l'article 62/IV du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés, les contribuables sont tenus de conserver tous les documents comptables pendant dix ans.

Par conséquent, l'administration fiscale peut

exercer son droit de communication au titre de la neuvième année qui suit l'année d'imposition.

En outre, dans l'hypothèse où ils auront été conservés au-delà de la période de dix ans prévue à l'article 62/IV du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés, les livres et documents divers auxquels s'applique le droit de communication peuvent donc être consultés par le service.

En fait, le droit de communication ayant pour finalité l'examen de situations fiscales ou le recouvrement de l'impôt, la période sur laquelle il porte coïncide généralement :

- avec celle sur laquelle s'exerce le droit de répétition de l'administration ;
- avec celle pendant laquelle le service peut exercer l'action en recouvrement.

III/ Fiscalité locale :

Prescription de la taxe sur les immeubles bâtis et les terrains non bâtis

Conformément aux dispositions du paragraphe I de l'article 27 du code de la fiscalité locale, les omissions constatées dans l'assiette de la taxe sur les immeubles bâtis ainsi que les erreurs commises dans l'application des taux peuvent être réparées jusqu'à l'expiration de la troisième année qui suit l'année au titre de laquelle la taxe est due.

Le paragraphe II du même article dispose que la prescription est interrompue par la notification d'un avis comportant le montant de la taxe

effectivement due adressé par lettre recommandée avec accusé de réception, ou au moyen d'une copie de l'avis signé par l'intéressé ou par porteur de contrainte conformément aux dispositions du code des procédures civiles et commerciales.

Ces dispositions sont également applicables à la taxe sur les terrains non bâtis selon l'article 34 du code de la fiscalité locale.

IV/ Entrepôts en douane :

Acquisitions des entreprises totalement exportatrices auprès des entrepôts fictifs

Conformément à la législation douanière en vigueur, les acquisitions de marchandises des entreprises totalement auprès des entrepôts fictifs sont soumises au dépôt préalable des déclarations en détail exigibles.

Cependant, afin de permettre aux entrepôts fictifs de satisfaire les commandes urgentes formulées par les entreprises totalement exportatrices sans avoir à déposer au préalable les déclarations en détail exigibles, l'administration a autorisé les livraisons de

marchandises fournies par les entrepôts fictifs aux entreprises totalement exportatrices, sous la procédure simplifiée de "bons de commande" avec régularisation a posteriori.

Le bon de commande doit être imprimé par l'entrepôt franc sous forme d'un carnet à souches numéroté en série ininterrompue et être coté et paraphé par le chef de service des douanes du bureau de rattachement de l'entrepôt franc.

Au début de chaque mois et à titre de régularisation, le concessionnaire de l'entrepôt fictif est tenu de déposer une déclaration récapitulative comportant un état de ses

livraisons effectuées par cette procédure au cours du mois écoulé.

L'entreprise totalement exportatrice doit déposer à l'occasion de chaque acquisition et dans un délai de dix jours une déclaration en détail dûment visée par le service des douanes de son bureau de rattachement.

Enfin, une ampliation de cette déclaration doit être nécessairement communiquée au bureau de rattachement de l'entrepôt fictif concerné.

V/ Dédouanement :

Formalités de dédouanement des échantillons

On entend par échantillon, une petite quantité d'une marchandise qui donne une idée de l'ensemble. Sur le plan douanier un échantillon pour qu'il soit ainsi, doit être représenté en quantité et /ou en nombre réduit, ne comportant aucun aspect commercial. L'article en soi tel qu'il est présenté ne peut être ni commercialisé, ni utilisé, ni attribué même à titre de don, et il doit avoir les caractéristiques d'un échantillon sans valeur marchande.

La pratique tunisienne accorde un régime spécial de dédouanement des échantillons aux entreprises totalement exportatrices.

1. Régime général de dédouanement des échantillons : La pratique douanière exonère des droits de douane et taxes l'importation des échantillons commerciaux dans les conditions fixées par la convention internationale pour faciliter l'importation des échantillons commerciaux conclue à Genève en 1952, bien qu'elle ne l'ait pas ratifiée.

Selon l'article II de la Convention internationale, les échantillons sont exonérés de droits à l'importation, à la condition qu'ils n'aient qu'une valeur négligeable ..." Cette valeur, qui est laissée à la discrétion des autorités douanières, est appréciée et déterminée par elles (il n'y a pas de texte en la matière mais actuellement ce montant est fixé à 500 D par ces autorités).

Les autorités douanières tunisiennes pourront exiger que, pour pouvoir bénéficier de l'exonération des droits à l'importation, les échantillons soient rendus inutilisables comme

marchandises par marquage, lacération, perforation ou autrement sans toutefois que cette opération puisse avoir pour effet de leur faire perdre leur qualité d'échantillons.

2. Régime spécial de dédouanement des échantillons réservé aux entreprises exportatrices :

a) Dédouanement des échantillons à l'importation : Les échantillons importés par les entrepôts francs et répondant aux conditions précitées sont dédouanés en franchise des droits et taxes et sans formalités douanières spéciales. Ainsi leur dédouanement se fait uniquement par le document 6.1.6 ter.

Par ailleurs, les échantillons parvenus par envois postaux (colis-postal - rapide poste), sont libérés directement par les services des douanes dès leur arrivée.

b) Dédouanement des échantillons à l'exportation : L'exportation des échantillons est autorisée sur simple demande écrite formulée par l'entrepôt franc intéressé. Cette demande est visée par le bureau de rattachement et elle tiendra lieu à la fois d'autorisation de sortie de l'entrepôt et d'embarquement. La régularisation se fera a posteriori, et ce pour apurer les comptes des admissions temporaires des matières ayant servi à la confection de ces échantillons lors du dépôt de la première déclaration, laquelle déclaration devra comporter un article réservé à ces échantillons.

c) Dédouanement des autres échantillons à

l'importation : Les échantillons importés par les entrepôts francs pour les besoins de leur activité, sont dédouanés sous le couvert d'une demande écrite établie par l'entrepôt en deux exemplaires comportant la désignation des articles en question, leur nombre et/ ou quantité. La copie originale de la demande visée par le bureau de rattachement servira de bon à enlever des articles en question. Le deuxième exemplaire dont copie doit être adressée immédiatement à l'agent chargé du contrôle de l'entreprise conservée, sera conservée audit bureau de rattachement pour permettre le suivi de la régularisation.

La régularisation de l'opération se fera par l'incorporation des articles en question dans la déclaration en détail de régularisation déposée

par l'entrepôt franc à l'occasion de l'importation qui suit cette opération de dédouanement.

d) Dédouanement des autres échantillons à l'exportation : L'exportation des échantillons est autorisée sur simple demande écrite formulée par l'intéressé. Cette demande est visée par le chef de bureau de rattachement qui servira à la fois d'autorisation de sortie de l'entrepôt et d'embarquement. La régularisation se fera a posteriori, lors du dépôt de la première déclaration d'exportation qui suivra l'envoi de ces échantillons, laquelle déclaration devra comporter un article réservé à ces échantillons.

VI/ Taxe sur la valeur ajoutée :

Base d'imposition : Les emballages

Le régime de taxe sur la valeur ajoutée applicable aux emballages diffère selon qu'il s'agit d'emballages consignés ou d'emballages vendus perdus.

Les emballages perdus ou emballages non consignés ou emballages jetables sont des emballages qui sont destinés à accompagner la livraison d'un produit et dont la valeur que l'on incorpore au prix du produit vendu ne fait l'objet ni de consignation ni de reprise.

Un emballage récupérable pour une entreprise vendeuse (fournisseur) est un emballage à rendre pour l'entreprise acheteuse. Il est livré par le vendeur à l'acheteur moyennant un prix de consignation.

La consignation ou prix de consignation est la somme que doit verser un client qui reçoit un emballage consigné, et que le vendeur lui remboursera au moment où l'emballage sera retourné.

L'emballage consigné est un emballage facturé par un fournisseur qui s'engage à le reprendre et à rembourser au client le prix de consignation représentant la valeur de l'emballage facturée en sus de la marchandise avec, parfois, un abattement sur ce prix pour tenir compte de la dépréciation ou du risque de perte, de casse, etc... Si le fournisseur reprend l'emballage consigné pour un montant inférieur au prix de consignation, il réalise un produit connu sous le nom de "Boni sur reprise d'emballages

consignés" comptabilisé au crédit du compte "706 Produits des activités annexes" tandis qu'il en résulte pour son client une charge que l'on désigne par l'expression "Mali sur emballages rendus" comptabilisée au débit du compte "613 Locations - mali sur emballages".

On distingue trois régimes de TVA régissant les emballages chez les entreprises assujetties :

1. Les emballages perdus : Les achats ouvrent droit à déduction puisque l'emballage perdu est inclus dans le produit vendu taxable.

2. Les emballages récupérables identifiables ou non identifiables destinés à la consignation : Dans ce cas, la consignation et la vente de l'emballage non rendu ne sont pas soumises à la TVA. En effet, aux termes de l'alinéa 2 du § I de l'article 6 du code de la TVA "Les sommes perçues au titre de la consignation et du non retour des emballages consignés ne sont pas comprises dans la base imposable" à la TVA ; elles sont dites hors d'assiette de la TVA. En revanche, la TVA sur acquisition des emballages récupérables destinés à la consignation n'ouvre pas droit à déduction.

Lorsque l'emballage est repris à un prix inférieur à la consignation, le boni sur emballage constitue, à notre avis, un produit non taxable tant qu'il est limité à un montant faible qui ne peut être assimilé à un loyer implicite.

En revanche, lorsque le boni sur emballages

consignés est significatif, il est assimilé fiscalement à un loyer et le régime applicable aux emballages consignés avec un boni significatif serait celui des emballages destinés à la location.

3. Les emballages récupérables identifiables destinés à la location régis par le régime de

TVA suivant :

- L'achat ouvre droit à déduction pour l'assujetti.
- La location est soumise à la TVA.
- Le montant de la consignation reçu en garantie de l'objet n'est pas soumis à la TVA.

VII/ Taxe sur les établissements à caractère industriel, commercial ou professionnel :

Augmentation du maximum de la taxe sur les établissements à caractère industriel, commercial ou professionnel

Conformément au paragraphe I de l'article 38 du code de la fiscalité locale, la taxe sur les établissements à caractère industriel, commercial ou professionnel (T.C.L) est due au taux de 0,2% sur la base du chiffre d'affaires brut local avec un maximum annuel fixé par décret et un minimum égal à la taxe sur les immeubles bâtis calculée sur la base du prix de référence par mètre carré et la superficie couverte destinée à l'exercice de l'activité.

Le décret n° 2003-1345 du 16 juin 2003 a fixé le maximum de ladite taxe à 60.000 D.

Dans le cadre de la mise à jour des textes d'application du code de la fiscalité locale et en vertu du décret n° 2006-3360 du 25 décembre 2006 le maximum de la TCL a été augmenté de 60.000 D à 100.000 D.

Cet article a pour objet de fixer la date d'application du dit maximum et d'étudier les effets de la dite augmentation sur les établissements concernés.

1. Date d'application du maximum : Le maximum fixé à 100.000 D prévu par le décret n° 2006-3360 du 25 décembre 2006 est applicable pour la TCL due au titre de l'année 2006 et les années ultérieures, alors que le maximum de 60.000 D reste dû pour l'année 2005 et les années antérieures.

2. Traitement des différents cas concernés par l'application du maximum

L'augmentation du maximum de 60.000 D à 100.000 D a été effectuée en vertu du décret n° 2006-3360 du 25 décembre 2006, par conséquent ledit maximum est applicable pour l'année 2006 et ce nonobstant la date de promulgation du décret. Il en résulte différentes situations pour les établissements concernés par le maximum d'où la nécessité de les étudier cas

par cas.

a. Les établissements ayant atteint le maximum de 60.000 D avant la promulgation du décret :

* Les établissements soumis à la TCL ayant atteint le maximum de 60.000 D avant la promulgation du décret n° 2006-3360 du 25 décembre 2006, doivent payer la différence entre 60.000 D et 100.000 D s'ils réalisent un chiffre d'affaires supplémentaire au titre de l'année 2006 qui entraîne l'application du nouveau maximum et ce à l'occasion du dépôt des déclarations de la TCL échues après la promulgation du décret susvisé.

Dans ce cas les pénalités de retard ne s'appliquent pas au reliquat dû au titre de la période antérieure à la promulgation du décret si ce reliquat est déclaré avant le 1er janvier 2007.

* Les établissements ayant réalisé un chiffre d'affaires brut supérieur à 25.000 000 D et inférieur à 30.000 000 D durant la période qui sépare le paiement du maximum fixé à 60.000 D et la date de promulgation du décret susvisé doivent à l'occasion du dépôt des déclarations de la TCL échues après la promulgation du décret acquitter le montant de TCL due sur le chiffre d'affaire qui n'a pas supporté la TCL jusqu'à atteindre ledit maximum.

Le paiement du reliquat dû au titre de la période antérieure à la promulgation dudit décret avant le 1er janvier 2007 n'entraîne pas l'application de pénalités de retard.

b. Situation des autres établissements qui n'ont pas atteint le maximum fixé à 60.000 D

Les établissements dont la TCL due n'a pas atteint le maximum de 60.000 D avant la promulgation du décret susvisé doivent continuer à payer la TCL d'une façon ordinaire

jusqu'atteindre le plafond fixé à 1000.000 D. Enfin, si le minimum de la TCL calculé sur la base de la superficie couverte et de la taxe de référence excède le maximum, c'est ce minimum

qui est dû. L'établissement concerné doit tenir compte de ce minimum à l'occasion du dépôt des déclarations au titre de la TCL.

VIII/ Retenue à la source au titre des marchés :

Détermination du champ d'application de la retenue à la source au titre des marchés

A l'exception des montants payés dans le cadre des abonnements de téléphone, d'eau, d'électricité, de gaz, de journaux, de périodiques et publications, des contrats d'assurance et des contrats de leasing, la retenue à la source au taux de 1.5% est obligatoire :

- pour les marchés, quel que soit leur montant, conclus avec les personnes morales autres que publiques et les personnes physiques soumises à l'impôt sur le revenu selon le régime réel,
- pour les acquisitions de marchandises, matériel, équipements et de services dont les

montant sont égaux ou supérieurs à :

- * 1000 dinars y compris la taxe sur la valeur ajoutée payées par l'Etat, les collectivités locales et des établissements et entreprises publics, et
- * 5000 dinars y compris la taxe sur la valeur ajoutée, payées par les personnes morales et les personnes physiques soumises à l'impôt sur le revenu selon le régime réel.

Importation :

Le règlement financier des importations

En application des dispositions actuelles de la réglementation des changes, notamment la circulaire de la banque centrale de Tunisie n° 94-14 du 14 septembre 1994 relative au règlement financier des importations et des exportations de marchandises telle que modifiée par la circulaire n° 2006-24 du 18 décembre 2006, le règlement financier des importations ne pourra s'effectuer qu'après l'entrée effective des marchandises en Tunisie.

Toutefois, le règlement anticipé des importations est autorisé dans les deux cas suivants :

- justification de l'expédition des marchandises importées à destination directe et exclusive de la Tunisie par un titre de transport (connaissance, lettre de voiture, lettre de transport aérien...).
- importation des emballages importés vides pour être réexportés pleins et des marchandises importées en Tunisie en vue de leur réexportation après perfectionnement.

Le règlement anticipé se déduit des deux cas prévus dans la circulaire précitée, c'est à dire :

- paiement après expédition des marchandises importées à destination directe et exclusive de la Tunisie par un titre de transport (connaissance, lettre de voiture, lettre de transport aérien...)

mais avant réception de ces marchandises.

- paiement à l'importation des emballages importés vides pour être réexportés pleins et donc avant réexportation des ces emballages pleins, ou paiement du prix de perfectionnement des marchandises importées en Tunisie en vue de leur réexportation après perfectionnement, donc avant de procéder à leur perfectionnement.

Pour ce qui est des acomptes, les intermédiaires agréés domiciliataires sont autorisés à transférer des acomptes sous réserve de l'émission, en faveur de l'importateur, d'une garantie de restitution d'acomptes à première demande par la banque du fournisseur non résident. L'émission de la garantie n'est pas, toutefois, exigée pour le règlement d'acomptes relatifs à l'importation de produits liés à la production.

Il n'y a donc pas d'autorisation de transfert individuelle de la BCT pour les acomptes : l'autorisation étant accordée par la circulaire précitée, elle est générale pourvu que la condition sus-indiquée soit remplie.

Enfin, en ce qui concerne l'avance, elle n'est pas prévue par la réglementation en vigueur et n'est pas de ce fait autorisée.

Obligations sociales de l'entreprise

I/ Période d'essai :

Validité de la période d'essai dans un contrat de travail à durée déterminée.

Dans maintes situations, l'engagement d'un salarié est précédé d'une période d'essai ayant pour but, du côté de l'employeur, d'apprécier les aptitudes du salarié et, du côté du salarié, de vérifier si le poste à occuper correspond bien à ses aspirations.

Aussi étrange que cela puisse paraître, le code du travail n'a pas réglementé la question de la période d'essai. L'article 18, alinéa premier, prévoit tout au plus que, dans un contrat de travail, la durée de la période d'essai résulte des conventions collectives ou particulières, de l'usage ou de la loi.

De son côté, l'article 10 de la convention collective cadre s'est contenté de fixer uniquement la durée de la période d'essai.

Récemment, la période d'essai a donné lieu une controverse jurisprudentielle quant à son application dans un contrat de travail à durée déterminée. Cette question a été diversement appréciée par la jurisprudence tunisienne.

1. Décisions hostiles à la stipulation d'une période d'essai dans un contrat de travail à durée déterminée :

Le conseil de Prud'hommes de Tunis (jugement n° 18743/4 du 28/12/2004) a soutenu que la stipulation d'une période d'essai dans un contrat à durée déterminée dénature son contenu et le fait sortir de son cadre. Pour le conseil de Prud'hommes, la période d'essai est incompatible avec un contrat de travail à durée déterminée, elle n'est concevable que dans un

contrat de travail à durée indéterminée, où les parties avant de s'engager pour une période indéterminée transitent par une phase probatoire pour tester et scruter les chances de succès de leur relation future.

Selon le tribunal de première instance de Tunis statuant en tant que juridiction d'appel (arrêt n° 53693/14 du 20/06/2005), l'article 10 de la convention collective cadre relatif à la période d'essai ne s'applique selon l'article 2 de la même convention collective cadre qu'aux travailleurs occupés d'une façon permanente or, le salarié soumis à contrat de travail à durée déterminée est un non permanent qui ne peut être soumis à une période d'essai.

2. Décisions favorables à la stipulation d'une période d'essai dans un contrat de travail à durée déterminée

Dans son arrêt n° 6560 en date du 9 janvier 2005, la cour de cassation, après avoir fait état des décisions hostiles à la période d'essai dans un contrat de travail à durée déterminée, a pris le contre-pied de ces décisions. Elle a ainsi déclaré la validité de la période d'essai dans un contrat de travail à durée déterminée. En effet, selon la cour de cassation, rien dans la loi n'interdit aux parties de soumettre le contrat de travail à durée déterminée à une période d'essai à l'issue de laquelle il peut être mis fin au contrat par chacune des parties à condition de ne dépasser la durée de la période d'essai prévue par la convention collective cadre.

II/ Licenciement :

I. Le licenciement d'un salarié malade

La question du licenciement d'un salarié malade en raison des conséquences que son absence engendre dans l'entreprise n'est pas nouvelle.

L'article 20, alinéa premier, du code du travail dispose que : "La maladie suspend le contrat de travail. Elle ne constitue un motif de rupture que si elle est suffisamment grave ou prolongée et si les nécessités de l'entreprise obligent l'employeur à remplacer le salarié malade".

Ainsi l'article 20 précité interdit formellement de licencier un salarié en raison de son état de santé. Toutefois, si la maladie ne constitue pas en soi une cause légitime de rupture du contrat de travail, ses conséquences peuvent, dans certains cas, justifier cette rupture. Tel est le cas de l'absence prolongée du salarié ou de ses absences répétées qui peuvent fonder une cause réelle et sérieuse de licenciement en raison de la situation objective que ces absences engendrent sur le fonctionnement de

l'entreprise. Plus précisément, le licenciement est justifié lorsque l'employeur se retrouve contraint, du fait des perturbations résultant des absences du salarié malade, de pourvoir à son remplacement définitif.

Cette règle étant posée, d'autres précisions doivent être apportées. Car s'il appartient à l'employeur d'établir que les absences du salarié entraînent des perturbations dans le fonctionnement normal de l'entreprise, le remplacement définitif du salarié doit être une nécessité. En d'autres termes, lorsque la perturbation de l'entreprise peut être palliée par

une nouvelle répartition du travail entre les salariés présents ou par l'embauche temporaire d'un autre travailleur, le remplacement définitif ne sera pas considéré comme nécessaire.

Il appartient alors à l'employeur de prouver explicitement la perturbation invoquée ainsi que la nécessité de procéder à un remplacement définitif.

II. Transaction dans le cadre d'un licenciement : Transaction après licenciement

Il est très fréquent d'avoir recours à une solution négociée dans le cadre de la rupture du contrat de travail liant le salarié à son employeur.

Certes, dans le cadre de la transaction les parties doivent faire des concessions réciproques, mais elles évitent alors la lenteur de la procédure prud'homale ainsi que l'aléa relativement important inhérent à tout contentieux judiciaire.

Ces deux avantages conduisent de plus en plus d'employeurs et de salariés à recourir à la transaction.

Celle-ci doit cependant ne pas intervenir avec précipitation. En effet on ne peut, par hypothèse, transiger sur les conséquences de la rupture d'un contrat de travail qu'à condition que cette rupture soit déjà intervenue par la notification de sa lettre de préavis au salarié.

Si la transaction est antérieure à cette notification, le salarié peut en demander la nullité tout en sollicitant bien sûr des dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En effet, la transaction ayant pour objet de

prévenir ou terminer une contestation, celle-ci ne peut être valablement conclue par le salarié licencié que lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs du licenciement par la réception de la lettre de préavis prévue à l'article 14 ter du code du travail.

La solution est logique en droit. Le salarié ne peut valablement accepter de transiger qu'à condition de le faire en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire d'avoir connaissance des motifs précis visés dans la lettre de licenciement.

En pratique, il est fréquent de voir les parties se mettre d'accord sur les conséquences de la rupture avant d'engager la procédure de licenciement dans les règles.

Dans cette hypothèse, afin d'éviter tout risque d'action en nullité, il est donc vivement conseillé aux employeurs d'attendre le retour de l'accusé réception de la lettre de préavis avant de signer toute transaction.

IV/ Salarié :

Obligations du salarié envers l'employeur : Respecter l'obligation de loyauté

L'obligation de loyauté résulte des termes de l'article 243 du code des obligations et des contrats qui dispose "tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature". .

Cette obligation s'impose dès la conclusion du contrat de travail et perdure pendant toute sa durée, même si celui ci a été suspendu, notamment en cas de maladie du salarié. L'exécution de l'obligation de loyauté déclenche celle de l'obligation de discrétion concernant les informations dont ils ont connaissance du fait de

leurs fonctions et dont la divulgation à des tiers serait préjudiciable à l'entreprise.

L'obligation de loyauté prohibe les pratiques suivantes :

- propos préjudiciables auprès d'une tierce personne,
- utilisation non autorisée de la propriété de l'employeur dans des buts privés
- actes punissables envers l'employeur
- débauchage des travailleurs et des clients de l'employeur
- offre ou acceptation de pots-de-vin
- travail rémunéré qui fait concurrence à l'employeur (ex. : travaux clandestins chez les clients de l'entreprise dans laquelle travaille le salarié) ou qui diminue l'efficacité du salarié.

Pour le salarié, cette obligation consiste donc de façon générale à ne pas nuire à réputation ou au bon fonctionnement de la société employeur durant toute l'exécution du contrat de travail, notamment par des actes de dénigrement ou de concurrence contraires à l'intérêt de l'entreprise.

En application de ce principe, le salarié, en dehors de ses heures de travail, ne doit pas évoquer de manière négative l'entreprise qui l'emploie. Cette obligation empêche aussi le salarié d'exercer une activité concurrente à celle de son employeur, indépendamment de toute

clause de non concurrence pouvant exister dans le contrat, une telle clause n'intervenant qu'après la rupture dudit contrat. Par contre, le devoir de loyauté du salarié n'implique pas qu'il informe son employeur d'un fait de sa vie privée pouvant avoir des répercussions sur sa vie professionnelle.

La violation de l'obligation de discrétion comme de loyauté peut être une cause réelle et sérieuse de licenciement, voire constitutive d'une faute grave ou lourde pouvant justifier le départ immédiat du salarié de l'entreprise sans préavis ni indemnités.

En outre, ces obligations s'appliquent pendant une période de suspension du contrat de travail : préavis, congé de maternité ou même un congé sabbatique. Cependant, le salarié exerçant une activité bénévole ponctuelle pendant un arrêt de travail ne manque pas à son obligation de loyauté.

L'employeur peut cependant trouver un intérêt à insérer une clause de confidentialité dans le contrat des cadres dont les fonctions impliquent la connaissance d'informations stratégiques d'un point de vue commercial ou encore technique. Une telle clause est licite si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

V/ Travail de nuit :

Précisions sur la réglementation du travail de nuit des enfants

Selon l'article 65, alinéa premier, du code du travail, tout travail de nuit entre huit heures du soir et huit heures du matin est interdit pour les enfants de moins de quatorze ans.

L'article 66 du code du travail dispose que les enfants de plus de quatorze ans et de moins de dix-huit ans ne doivent pas être employés la nuit entre dix heures du soir et six heures du matin.

Toutefois, l'article 67 du même code prévoit un certain nombre de dérogations à cette interdiction et autorise le travail de nuit des enfants de seize ans révolus mais de moins de dix-huit ans dans les cas prévus ci-après :

- en cas de force majeure;
- pour les enfants occupés dans les boulangeries, lorsque leur apprentissage ou leur formation professionnelle l'exigent, la période comprise entre neuf heures du soir et quatre heures du matin est substituée à la période comprise entre dix heures du soir et six heures

du matin ;

- lorsque les besoins de leur apprentissage ou de leur formation professionnelle l'exigent, dans les industries ou occupations déterminées qui nécessitent un travail continu, le chef de l'inspection du travail territorialement compétente, peut, après avis des organisations syndicales intéressées, accorder des autorisations individuelles limitées dans le temps pour l'emploi des enfants à condition qu'ils bénéficient, entre deux périodes de travail, d'un repos d'au moins treize heures consécutives;

- le chef de l'inspection du travail territorialement compétente peut accorder des licences individuelles limitées dans le temps pour permettre à des enfants de plus de quatorze ans et de moins de dix-huit ans de paraître comme artistes en soirée dans des spectacles publics ou de participer la nuit en qualité d'acteurs à des prises de vue

cinématographiques. Aucune licence ne peut être octroyée lorsque cette parution ou cette participation présente un danger pour la vie, la santé ou la moralité de l'enfant.

D'autre part, la période d'emploi ne peut excéder minuit et l'enfant doit jouir d'un repos de quatorze heures consécutives au moins.

DEUXIEME PARTIE

Administration et direction de la société anonyme :

La révocation du président directeur général dans une société anonyme

Si la problématique du statut et de la nomination du président directeur général ne pose pas de difficultés particulières, celle de sa révocation paraît assez controversé et mérite qu'on s'y attarde car elle constitue l'une des difficultés les plus sensibles du droit des sociétés car touchant essentiellement à la stabilité des dirigeants sociaux et aux garanties que le droit est en mesure de leur offrir pour une activité parfois aux risques multiples et élevés.

Cependant, la révocation constitue pour les associés le moyen le plus efficace de sanctionner l'action du président directeur général ; c'est la raison pour laquelle la règle prônée par le législateur tunisien reste la libre révocabilité (révocation ad nutum).

La libre révocabilité est une révocation sans motif, sans préavis et sans indemnité. Il semble logique de considérer cette règle comme étant d'ordre public. En droit français, la jurisprudence a d'ailleurs eu à réaffirmer à plusieurs reprises sans équivoque ce principe (Voir Cass. Com 21 juin 1988 et 11 octobre 1988 ; J.C.P éd E 1989, II, 15415, n° 12 et 13 obs A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN / Cass. Com 30 mars 1999 ; Dr. Soc 1999, n° 102).

Serait alors en principe nulle toute clause qui viendrait écarter ou limiter ce droit de révocation, comme le prévoit le dernier alinéa de l'article 208 du code des sociétés commerciales.

On peut s'attendre comme en droit français que cette règle donne lieu à un contentieux assez important, dans la mesure où les dirigeants sociaux vont chercher à échapper à la précarité de la situation dans laquelle ils se trouvent, puisqu'ils peuvent être démis de leur fonction d'un "coup de tête". C'est la raison pour laquelle le juge devrait préciser chacune des caractéristiques de cette règle pour en fixer le régime juridique. A s'en tenir aux seuls caractéristiques de ce principe, on peut noter :

Tout d'abord, qu'il est question d'une révocation sans motivation. Les actionnaires détiennent

alors un véritable droit discrétionnaire dans la mesure où ils n'ont pas à justifier leur décision de révoquer le président directeur général qui se trouve ainsi à leur merci. Ce qui peut paraître injuste au premier abord ne l'est pas réellement, il est tout à fait logique que dès lors que le mandataire social n'a plus la confiance des actionnaires, qu'il soit révoqué de cette façon là.

Ensuite, que cette révocation ne nécessite aucun préavis. Le dirigeant peut être démis du jour au lendemain sans qu'il y soit besoin de le prévenir ou même de le mettre en demeure (Voir en droit français par exemple. Cass. Com 25 juin 1975 ; Rev. Soc 1976. 321note Y. CHARTIER / Voir aussi à propos d'une convention prévoyant un préavis en cas de révocation Cass. Com 17 janv 1984 ; Gaz. Pal 1984, I. 339 note J. DUPICHOT).

Enfin, que cette révocation ne donne droit en principe à aucune indemnisation du seul fait de la cessation des fonctions du dirigeant. On pourrait penser que comme en droit français, seront donc prohibées, les conventions prévoyant à l'avance l'allocation d'une indemnité de départ (Cass. Com 5 févr 1974 ; Bull. Civ IV, n° 51 / C. A Paris, 5 juill 1996; Bull. Joly 1996. 1028 note P. LE CANNU).

Le dirigeant démis ne bénéficie alors d'aucune protection matérielle et financière puisqu'il n'existe pas de droit à réparation. On peut à la limite lui octroyer des dommages et intérêts en cas d'abus de droit, si atteinte a été porté par exemple à son honneur ou sa dignité (Voir en droit français par exemple Cass. Com 19 oct 1981 ; Rev. Soc 1982. 821 note J.-L. SIBON) ou encore si la révocation intervient dans des conditions injurieuses, vexatoires ou décidée avec brusquerie (Voir en droit français par exemple Cass. Com 2 oct 1978 ; Rev. Soc 1978. 328 note SIPON).

Voilà qui démontre la liberté totale qui prévaut en matière de révocation du président directeur général d'une société anonyme.

Administrateurs de SA :

Renouvellement du mandat des administrateurs de SA

Selon l'alinéa premier de l'article 190 du code des sociétés commerciales, les membres du conseil d'administration sont nommés pour la durée fixée par les statuts sans que celle-ci puisse excéder trois ans.

L'administrateur d'une société anonyme est donc nommé pour une durée déterminée à l'issue de laquelle ses relations avec la société prennent fin.

Cependant, l'alinéa deux du même article dispose que les administrateurs sont rééligibles, sauf si les statuts en disposent autrement.

Dans la pratique, il arrive que l'assemblée générale de la société souhaite ne pas faire perdurer la relation commerciale avec son administrateur.

La question se pose alors de savoir si l'administrateur évincé peut exiger - le cas échéant en mettant en avant l'importance de ses résultats et son implication dans la société - le renouvellement de son mandat.

A cette interrogation la jurisprudence française a répondu de façon non équivoque en affirmant l'absence de droit au renouvellement du mandat.

Elle tempère cependant le principe en admettant que l'administrateur non réélu puisse obtenir des dommages et intérêts lorsque le non-renouvellement de son mandat s'est réalisé de manière abusive.

1. Le principe : L'absence de droit au

renouvellement du mandat

L'assemblée générale n'est tenue d'aucune obligation de réélire l'administrateur dont le mandat vient à expiration.

La non-réélection de l'administration est en effet considéré comme l'exercice d'une prérogative fondamentale de l'assemblée générale de la société et ne doit pas être confondu avec la révocation.

La faculté de refuser de reconduire le mandat d'un administrateur trouve notamment sa justification dans le principe de la liberté de l'assemblée dans le choix des administrateurs.

Par ailleurs, l'assemblée générale qui n'entend pas réélire l'administrateur en question n'a pas à motiver sa décision, les justifications qui pourront être données ayant nécessairement un caractère superflu.

2. Le tempérament : La possibilité d'obtenir des dommages et intérêts en cas de non renouvellement abusif.

La décision de l'assemblée générale de la société anonyme de non-renouvellement revêt toutefois un caractère abusif lorsqu'elle présente un caractère précipité ou lorsqu'elle est entourée de circonstances injurieuses ou vexatoires portant une atteinte injustifiée à la réputation de l'administrateur concerné (Paris 27 octobre 1995, D. 1995, IR 270).

Abus de biens sociaux- Eléments constitutifs :

La notion d'usage abusif des biens

L'abus de biens sociaux, visés aux articles 146 et 223 du code des sociétés commerciales, frappe en général, au nom de la société, les dirigeants qui détournent l'intérêt de l'entreprise vers leur intérêt personnel.

Le délit d'abus de biens sociaux suppose l'existence d'un élément matériel qui consiste en un usage contraire à l'intérêt social.

L'usage est, avant tout, un acte positif consistant dans l'appropriation ou la dissipation des biens

sociaux. C'est l'exemple classique du dirigeant disposant, à son profit personnel, de sommes revenant à la société, en s'octroyant des rémunérations abusives ou des avantages. De plus, l'usage n'implique pas forcément que l'auteur de l'infraction ait procédé à une interversion de la possession. En effet, la simple utilisation et (ou) le simple acte d'administration suffisent. La simple utilisation abusive des biens suffit à caractériser l'infraction, en dehors de toute volonté d'appropriation définitive.

Mais l'usage abusif des biens ou du crédit de la société peut-il résulter d'une abstention volontaire du dirigeant ?

La jurisprudence française a étendu la notion d'usage, par un important arrêt, en décidant que l'usage peut résulter d'une omission d'agir du dirigeant social (Cass. crim. 15 mars 1972, Bull. crim. n°107; Rev. soc. 1973, p.357, note Bouloc). En l'espèce, le dirigeant social s'était abstenu de réclamer à une autre société, dans laquelle il était intéressé, le paiement de livraisons faites à cette dernière société.

La doctrine a contesté l'analyse de la chambre criminelle de la cour de cassation car, selon elle, l'usage concerne généralement les actes

positifs. En effet, dans le respect du principe de la légalité, il faudrait que le législateur prévoie expressément l'hypothèse de l'abstention coupable. D'ailleurs, on peut observer que la chambre criminelle de la cour de cassation française a jugé que le fait, pour le président d'une société anonyme, de s'être abstenu de réclamer à une société des commissions qu'elle détenait indûment ne pouvait, dans le cadre du délit assimilé à la banqueroute frauduleuse, constituer un détournement d'actif, lequel suppose un acte positif de disposition (Cass. crim. 24 avril 1984, Bull. crim. n°141; D.1984, p.508, note J.M. Robert; Gaz. pal. 1985, I, p.16, note Cosson).

Assemblée générale ordinaire des actionnaires :

La modification des comptes sociaux par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires

Il est unanimement admis que l'assemblée générale ordinaire dispose du pouvoir de prendre toutes décisions relatives aux affaires sociales. Ses autres pouvoirs se définissent par exclusion, à savoir tous ceux qui ne sont pas attribués exclusivement à l'assemblée générale extraordinaire.

Le code des sociétés commerciales ne prévoit aucune limitation expresse au pouvoir de l'assemblée ordinaire des actionnaires en matière de modification des comptes sociaux et n'a prévu aucun texte portant des dispositions de nature à interdire à l'assemblée des actionnaires de modifier les comptes annuels.

En droit comparé, la jurisprudence française (Trib. de Douai 23 avril 1932 ; Cass. req. 23 juin 1926), approuvée par la doctrine (Houpin et Bosvieux, Traité des sociétés n° 123-1), ont consacré le droit, pour l'assemblée des actionnaires, d'apporter aux comptes les modifications que celle-ci pouvait juger utiles.

Qu'en est-il des comptes approuvés par une assemblée antérieure ?

L'assemblée ordinaire des actionnaires peut, ne se limitant plus à la modification des comptes sociaux soumis à son approbation, également envisager la rectification ou l'annulation de décisions antérieures.

La cour de cassation française a jugé que " le principe de l'annualité du bilan ne s'oppose pas à ce qu'une assemblée générale d'actionnaires

modifie le bilan d'un exercice antérieur ou révise la valeur qu'avaient les éléments d'actif à la fin de cet exercice, alors que ces modifications n'ont pour but que d'assurer l'exactitude et la sincérité du bilan. " (Cass. Requêtes 22 juin 1926 - D.P. 1927.1.117).

La modification d'une décision prise par une assemblée antérieure peut être adoptée sous deux réserves (Bulletin des Commissaires aux comptes 1980, n° 37, mars 1980, p. 96 et suivantes).

La résolution votée doit, premièrement, concerner une décision qui n'a encore reçu ni publicité, ni commencement d'exécution (Trib. com. Lyon, 20 octobre 1902 ; Paris 20 décembre 1948 ; Paris 25 chambre A, 28 mars 1989). La résolution votée doit, deuxièmement, préserver les droits acquis des actionnaires. La jurisprudence a notamment refusé à une assemblée d'actionnaire de rapporter la décision d'une assemblée générale précédente qui avait proposé une distribution de dividendes, même si ces dividendes n'avaient pas été effectivement répartis entre les associés (Trib. com Seine, 4 mars 1933).

Selon Monsieur Colin ("La faculté pour une assemblée générale d'actionnaires d'annuler les décisions d'une assemblée précédente, Rev. Trim. du droit des sociétés et du droit financier, 1937, p. 149 et suivantes) " les assemblées générales ... disposent d'une véritable souveraineté ; il n'est pas d'entraves que le pacte social ou les résolutions antérieures

apportent à l'exercice de leur pouvoir ". L'auteur poursuit en précisant que " l'existence de résolutions antérieures est sans influence sur le pouvoir d'une assemblée. Les limites ou les obstacles que rencontrent la versatilité ou les revirements nécessaires à la volonté sociale ne tiennent pas ... à l'existence d'une décision antérieure. Qu'ils proviennent des droits acquis des tiers ou des dispositions légales réglementant les manifestations des organes sociaux, rien ne permet d'en conclure que la volonté sociale n'a pas la même autonomie que la volonté des personnes physiques ". Il conclut sur la constatation qu'il n'a trouvé dans les droits des tiers et ceux des associés " aucun élément qui permette de soutenir que les assemblées soient liées par leurs décisions antérieures ". Il en résulte qu'une assemblée pourrait " modifier les postes d'un bilan précédemment approuvé ".

Une certaine doctrine et quelques décisions de jurisprudence ont apporté des tempéraments à ce pouvoir reconnu à l'assemblée des actionnaires, lorsque la modification concerne des décisions de gestion.

Selon un courant d'opinion, une assemblée générale ordinaire ne pourrait réviser les comptes approuvés par une précédente assemblée qu'en cas d'erreurs, omissions, faux ou doubles emplois.

Messieurs Houpin et Bosvieux écrivent que " l'inventaire, lorsqu'il a reçu l'approbation de l'assemblée générale, est assimilable à un arrêté de compte. Il y a donc lieu de lui appliquer l'article 541 du Code de procédure civile, aux termes duquel il ne peut être procédé à la révision d'aucun compte que s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois " (Traité général des sociétés civiles et commerciales, T. II, n° 1231). Cette position est partagée par Messieurs de Juglart et Ippolito qui écrivent que les comptes, une fois approuvés ne peuvent être révisés par la suite qu'en cas d'erreurs,

d'omissions, de faux ou doubles emplois (Droit commercial, 2ème volume. Les sociétés commerciales, éd. Montchrestien, n° 790).

Cette opinion s'appuie sur une jurisprudence ancienne, selon laquelle l'assemblée générale des actionnaires est autorisée à " relever et rectifier les inexactitudes contenues dans un bilan antérieur " (Paris, 19 mars 1890 - J. soc. 1891.478). Ou encore, l'assemblée générale des actionnaires est autorisée à réviser des comptes approuvés par l'assemblée générale ordinaire si cette révision est justifiée " par des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois " (Lyon, 3 décembre 1925 - J. soc. 1927, p. 351). Et enfin, l'assemblée générale des actionnaires est autorisée à rectifier les " décisions antérieures en cas d'erreurs graves commises dans l'établissement des bilans " (Douai, 26 juin 1930 - J. soc. 1932, p. 348 ; Douai, 23 avril 1932 - J. soc. 1933, p. 487).

L'assimilation de l'approbation des comptes à un arrêté des comptes établi entre deux parties semble, à certains auteurs, abusive. L'établissement des comptes est un acte unilatéral, soumis à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire qui conserve toujours, en fonction de sa nature spécifique, la possibilité de revenir sur une décision antérieure. Ce pouvoir s'exerce dans la limite du respect des droits acquis et de l'absence de publicité ou d'exécution de la décision antérieure. L'arrêté des comptes de l'article 541 du Code de procédure civile ancien, quant à lui, est établi entre deux parties dans la procédure spéciale de reddition des comptes (Bulletin des commissaires aux comptes 1980, n° 37, mars 1980, p. 96 et suivantes). Les différences de ces actes justifient l'application de régimes juridiques distincts.

Associé de SARL :

Droit de communication permanent des associés : Sanction du refus de communication

Selon l'article 128 du code des sociétés commerciales, à tout moment, tout associé peut prendre connaissance sur place des documents suivants : le rapport de gestion, l'inventaire des biens de la société, les états financiers, le texte des résolutions proposées et le rapport du commissaire aux comptes concernant les trois derniers exercices. À cette fin, l'associé peut se faire assister d'un expert comptable ou d'un

comptable.

Mais que peut faire l'associé si la société lui refuse tout ou partie des documents en question ?

Les prescriptions relatives au droit de communication permanent dans les SARL sont dépourvues de toute sanction civile explicite ; la nullité n'est pas prévue par les textes. Elles ont

cependant un caractère impératif, le libellé de l'article 128 ne laissant aucun doute à cet égard.

Dans ces conditions, si le refus injustifié et dûment prouvé qui est opposé à l'associé se situe immédiatement avant une assemblée pour laquelle les documents non communiqués sont indispensables à une prise de décision en connaissance de cause, l'intéressé serait fondé, semble-t-il, à faire inscrire au procès-verbal ses protestations et réserves puis à contester judiciairement la validité des décisions prises par l'assemblée.

Par ailleurs, lorsque les associés ne peuvent

obtenir la communication des documents des trois derniers exercices, ils peuvent demander au président du tribunal de première instance statuant en référé :

- soit d'enjoindre au gérant de les communiquer ;
- soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication.

Dividendes :

Le délit de distribution de dividendes fictifs

Le délit de distribution de dividendes fictifs a pour objet de sanctionner les dirigeants qui remboursent aux actionnaires tout ou partie du capital social qui est le gage des créanciers sans procéder aux formalités de publicité adéquates. Ce délit qui a été codifié dans le code des sociétés commerciales sous les articles 223-1° et 399 aux SA et aux commandites par actions. Il convient de remarquer que les dividendes sont bien réels mais que ce sont les bénéfices qui sont fictifs.

Cette notion de distribution de dividendes fictifs existe également en cas de versements d'acomptes de dividendes. Les sanctions en cas de distribution de dividendes fictifs sont de deux ordres, pénal et civil.

1. La caractérisation du délit

a) Conditions préalables

- Une absence d'inventaire ou un inventaire frauduleux par majoration d'actif ou minoration de passif.

En pratique, il est relativement rare de trouver des cas de dividendes fictifs impliquant l'absence d'inventaire, le cas le plus fréquent est celui de l'établissement de comptes annuels qui ne donneraient pas une image fidèle du résultat. L'imagination des praticiens étant sans limite, on peut se borner à citer :

- inscription de charges dans les frais de premier établissement,
- facturation fictive à une filiale,
- non contre-passation de commande et d'acompte annulé,

- insuffisance de provisions ou d'amortissements,
- surévaluation de stock,
- risques de pertes suite à une condamnation.

La jurisprudence assimile les bilans frauduleux aux inventaires frauduleux.

- Caractère fictif du dividende. Le caractère fictif est établi en cas de distribution du capital ou de réserves indisponibles (réserve légale ou de réévaluation par exemple). Certains dirigeants ont tenté de se défendre en considérant qu'ils pouvaient verser des dividendes en présence de réserves. La cour de cassation française (arrêt Léonard Cass. crim. 22 janvier 1937) a pris une position nuancée en considérant qu'il était possible de distribuer des réserves, à condition que l'assemblée générale ait voté expressément en faveur d'une telle distribution. Or les actionnaires dans le cas d'espèce avaient voté le principe d'un dividende, d'où la condamnation des dirigeants. Le caractère fictif du dividende serait établi également en présence de réserves latentes ou de plus-values potentielles. Il faut, pour que le bénéfice soit distribuable, qu'il ait été effectivement réalisé.

b) Eléments constitutifs

- Un dividende doit être distribué. Un problème se pose lorsqu'un dividende a été voté par l'assemblée générale mais n'a pas été effectivement encore versé. En pratique, le délit est constitué dès que le conseil d'administration a mis en application la résolution de l'assemblée générale votant le principe d'un dividende même si ce dernier n'a pas encore été versé physiquement aux actionnaires intéressés. Il en

sera de même en cas de compensation entre un dividende et un compte courant (il doit être signalé que le texte parle de répartition et non de distribution).

- Le délit n'est constitué que dans la mesure où les dirigeants ont fait cette distribution en connaissant le caractère fictif. Compte tenu de leur fonction, il sera difficile pour les dirigeants de s'exonérer de leur responsabilité. Ce pourrait être le cas d'un administrateur qui n'aurait pas assisté aux délibérations conduisant à l'arrêté des comptes.

2. Sanctions

Les membres du conseil d'administration, le président-directeur général, les directeurs généraux des sociétés anonymes, les membres du directoire des sociétés anonymes et les gérants de sociétés en commandite par actions encourent une peine maximum d'emprisonnement de 5 ans et d'une amende maximum de dix mille dinars.

Parallèlement aux sanctions pénales évoquées ci-dessus, les dirigeants qui, en connaissance de cause, auront versé des dividendes fictifs verront leur responsabilité civile mise en cause. L'article 272 dans son deuxième alinéa étend la responsabilité civile aux commissaires aux comptes dans l'hypothèse où, ayant eu connaissance du délit, ils ne l'ont pas révélé dans leur rapport à l'assemblée générale.

Cette responsabilité s'étend également aux actionnaires qui auront reçu des dividendes fictifs. L'article 289 du code des sociétés commerciales traite de manière différente les

actionnaires qui auront reçu des dividendes fictifs selon qu'ils avaient connaissance de leur caractère fictif ou non : "La société ne peut exiger des actionnaires la répétition de dividendes sauf dans les cas suivants :

- si la distribution a été effectuée en violation des dispositions des articles 288 et 289,

- s'il est établi que les actionnaires (bénéficiaires) savaient le caractère fictif de la distribution ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances de fait".

En pratique cette répétition sera rarement exigée des actionnaires minoritaires en l'absence de connaissance ou ayant eu une connaissance insuffisante des conditions dans lesquelles le dividende a été distribué. En revanche, pour les actionnaires majoritaires qui très souvent cumulent leur situation avec celle de dirigeants, la répétition pourra être engagée. Celle-ci se prescrit normalement par 3 ans.

Très souvent le délit de distribution de dividendes fictifs s'accompagne du délit de présentation de comptes annuels infidèles, le premier s'appuyant sur le second. Cependant des différences existent quant à leur nature et à leur finalité. Il peut y avoir présentation de faux bilan sans qu'il y ait distribution de dividendes fictifs, situation fréquente quand la société est en difficulté.

Capital :

Perte de la moitié du capital dans une SARL : Obligations en cas de perte de plus de la moitié du capital social de la SARL

L'article 142 du code des sociétés commerciales dispose que " Si les documents comptables font apparaître que les fonds propres de la société sont inférieurs de moitié au capital social suite aux pertes qu'elle a subies, une assemblée générale extraordinaire sera convoquée dans les deux mois de la constatation des pertes pour se prononcer, s'il y a lieu, sur la dissolution anticipée de la société... ".

Certains s'interrogent sur l'opportunité de devoir organiser une telle consultation dans le cas où les capitaux seraient reconstitués dans le délai de deux mois. Ce cas de figure n'est pas

envisagé par l'article précité et aucune jurisprudence ne traite de cette question.

La consultation des associés s'impose dans tous les cas, du seul fait de la constatation au bilan de l'exercice écoulé d'un montant des fonds propres inférieurs à la moitié du capital social.

Cette consultation est nécessaire même si avant la tenue de l'assemblée générale appelée à statuer sur les comptes de cet exercice ou avant l'expiration du délai de 2 mois suivant cette assemblée, les associés ont régularisé la situation au moyen (par exemple, d'une

augmentation de capital).

Cette consultation se justifie compte tenu de la gravité de la situation que constitue la perte de la moitié du capital social.

Dès lors, le gérant qui n'aurait pas procédé à la consultation s'exposerait à des sanctions pénales.

En conséquence, la consultation des associés

doit être systématiquement effectuée, même dans l'hypothèse où les fonds seraient reconstitués dans le délai de 2 mois. Toutefois, aucune disposition n'interdit, le cas échéant, à l'assemblée générale extraordinaire décidant d'une augmentation de capital, d'examiner en même temps, la résolution portant sur la dissolution de la société.

Gérant de SARL :

Responsabilité des gérants de SARL : Action personnelle des associés en réparation du préjudice contre le gérant de la SARL

Dans une SARL c'est la responsabilité des associés qui est limitée non celle du gérant, mais attention à la prescription de l'action.

Il résulte de l'article 117 du code des sociétés commerciales que le gérant est responsable envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion.

L'article 118 du même code offre à l'associé une action en réparation du préjudice subi personnellement. Cette action, dite action individuelle ou personnelle, par opposition à l'action sociale également prévue par ce texte, est comprise au nombre de celles visées à l'article 120 du même code, qui en prescrit l'exercice dans le délai de trois ans suivant le fait dommageable ou, si celui-ci a été dissimulé, sa

révélation.

Exerce une action en réparation du préjudice personnel l'associé qui, en reprochant au gérant d'avoir manqué à ses devoirs de diligence et d'information à son égard dans le cadre de l'accomplissement de son mandat, caractérise la faute commise par la poursuite d'un projet de réduction du capital social suivi d'une augmentation de capital ayant eu pour conséquence de l'évincer de la société en lui faisant perdre sa qualité d'associé. Mais, en délivrant l'assignation introductive d'instance le 30 janvier 2004 pour des faits découlant de la décision prise par l'assemblée générale des associés le 31 mai 1999, cette action est prescrite.

