

Le Manuel Permanent du Droit des Affaires tunisien

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 145

Avril 2007

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Coutier :

Obligations du courtier : Obligations de résultat ou obligations de moyen

L'obligation du courtier est une obligation de moyen et non une obligation de résultat. **P. 4**

Facture - Facturation :

Les factures d'avoir ou "Avoir"

Quand et comment établir une facture d'avoir ?
P. 4

Fiscalité de l'entreprise

I. Bénéfices industriels et commerciaux :

Régime fiscal des gains de change réalisés par les entreprises exportatrices.

Quel est le régime fiscal en matière d'impôt sur le revenu des personnes physiques et d'impôt sur les sociétés des gains de change réalisés par les entreprises exportatrices et se rapportant directement à l'exploitation ?
P. 5

II. Fiscalité internationale :

Redevances : Distinction entre redevances et prix de revient

Régime fiscal des rémunérations versées en contrepartie des études techniques réalisées par une entreprise non résidente et non établie et nécessaires à la conception de matériel et équipements.
P. 6

III. Tickets restaurant :

Contribution des employeurs au paiement du prix des tickets restaurant attribués aux salariés : Sort fiscal

Quel est le traitement fiscal de la contribution de l'employeur au paiement du prix des tickets restaurant au profit de ses salariés ?
P. 6

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.

Obligations sociales de l'entreprise

I. Conventions bilatérales de sécurité sociale :

Bref commentaire de la nouvelle convention tuniso-française de sécurité sociale

La nouvelle convention tuniso-française en matière de sécurité sociale signée le 26 juin 2003 à Tunis, est entrée en vigueur le 1er avril 2007. **P. 6**

II. Période d'essai :

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

Quelle est la durée de la période d'essai dans un contrat de travail à durée déterminée ? **P. 9**

III. Congés :

Congés spéciaux pour raisons de famille : Date de prise des congés

Quand doit-on prendre le congé spécial pour raisons de famille ? **P. 10**

Transports terrestres :

Préserver ses droits vis-à-vis du transporteur

Lorsque la chose transportée a subi un dommage quelconque, le destinataire ou l'expéditeur doit préserver ses droits vis-à-vis du transporteur. **P. 10**

DEUXIEME PARTIE

Actionnaires :

Accords extra-statutaires entre associés : Les pactes d'actionnaires

Quelle attitude doit adopter un actionnaire ou un dirigeant lorsqu'il lui est demandé de signer un pacte d'actionnaires et quelles sont les clauses sur lesquelles l'actionnaire ou le dirigeant doit être particulièrement vigilant ? **P. 12**

Assemblées générales d'actionnaires :

I. Droit de vote : Titulaire du droit de vote en cas d'actions grevées d'usufruit

Lorsque l'action est grevée d'usufruit, à qui le droit de vote appartient-il, au nu-proprétaire ou à l'usufruitier ? **P. 15**

II. Convocation : Convocation par les minoritaires

Lorsque la demande de convocation d'une assemblée générale d'actionnaires émane des actionnaires minoritaires, l'urgence est-elle requise ? **P. 16**

Bénéfices et réserves distribuables :

Bénéfices interdits de distribution : Action en répétition des intérêts excédentaires des comptes courants associés ?

La société est-elle en droit d'exiger la restitution des intérêts excédentaires des comptes courants associés requalifiés de dividendes par la loi fiscale ? **P. 16**

Commissaire aux comptes :

Relèvement du commissaire aux comptes par le conseil d'administration de la société anonyme.

Le conseil d'administration d'une société anonyme, s'il peut prendre l'initiative de relever le commissaire aux comptes de ses fonctions, ne saurait, en revanche, introduire une action en justice aux fins de ce relèvement. Cette solution, en apparence subtile, relève pourtant d'une parfaite logique au regard des conditions du droit d'ester en justice. **P. 17**

Conventions réglementées dans les sociétés anonymes :**Sanction des conventions conclues en violation de la loi**

Quelles sont les conséquences juridiques du défaut d'approbation d'une convention réglementée par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires du fait de l'impossibilité d'atteindre le quorum sur première convocation ?

P. 17**Gérant de SARL :****Révocation du gérant de SARL : Participation du gérant associé au vote**

Le gérant d'une SARL peut-il participer au vote dans la décision de sa révocation ?

P. 18**Minoritaires :****L'éviction des actionnaires minoritaires par un "coup d'accordéon"**

L'éviction des actionnaires minoritaires par un "coup d'accordéon" est-elle légitime ?

P. 19**Objet social :****Modification de l'objet social par le conseil d'administration**

La modification de l'objet social par le conseil d'administration sous réserve d'une ratification ultérieure par l'assemblée générale extraordinaire est-elle valable ?

P. 20

PREMIERE PARTIE

Courtier :

Obligations du courtier : Obligations de résultat ou obligations de moyen

Il est des contrats où le prestataire de services promet à son contractant un résultat défini. Il est d'autres où le prestataire ne promet rien de plus que de mettre au service du créancier les moyens dont il dispose, de faire de son mieux. C'est la distinction entre obligations de résultat et obligation de moyens. Cette distinction imaginée par la doctrine, a été utilisée par la Cour de cassation tunisienne à propos de l'obligation du courtier (Cass. civ., arrêt n° 2005-5284 du 9 février 2006).

Selon l'article 609 du code de commerce, le courtage est la convention par laquelle le courtier s'engage à rechercher une personne pour la mettre en relations avec une autre, en vue de la conclusion d'un contrat.

Ainsi, l'obligation du courtier consiste seulement à effectuer les démarches nécessaires pour mettre le donneur d'ordre en mesure de contracter. Il doit trouver uniquement un acquéreur, ou un vendeur, dont l'offre

correspondra à celle émise par le donneur d'ordre. Le courtier se borne, alors, à constater l'accord des parties et à le notifier à chacune d'elles, le jour de l'opération.

Le courtier ne garantit cependant pas la réalisation de l'opération. Il ne saurait être responsable si le contrat n'est pas conclu.

Le courtier ne garantit pas davantage la bonne exécution du contrat lorsque celui-ci a été conclu entre le donneur d'ordre et son contractant.

En conséquence, selon l'arrêt précité de la cour de cassation, le courtier est en droit d'exiger sa rémunération dès que le contrat aura été conclu par les personnes qu'il a rapprochées, et ce, en application de l'article 617 du code de commerce.

Facture - Facturation :

Les factures d'avoir ou "Avoir"

Un avoir est "une facture négative" : c'est à dire que c'est le vendeur (le fournisseur) qui doit de l'argent à son client. Par exemple, la facture indique une remise qui avait été oubliée sur la facture d'origine. La facture d'avoir est donc une facture négative qui viendra en déduction de la première facture.

I. Différents cas :

1. "Avoir" pour marchandises retournées : Si le client rend des marchandises (parce qu'elles ne sont pas conformes, ou pour toute autre raison,...) :

- On ne peut pas refaire la facture de la livraison totale (on ne modifie jamais une facture qui a déjà été envoyée)

- Ce n'est pas non plus au client de faire une facture, car c'est toujours le vendeur qui fait les factures, et ce client ne vend pas ces articles, il les retourne, c'est l'annulation d'une partie de la transaction, c'est au vendeur de régulariser la vente.

- le fournisseur établit au client donc une nouvelle facture, les quantités vendues étant négatives (les marchandises reviennent chez le fournisseur), il s'agit d'une facture "négative" = facture d'avoir.

2. "Avoir" pour annulation totale ou partielle d'une facture :

ex : Un fournisseur a facturé des produits qui devaient être gratuits, ou veut annuler la facturation d'articles que le client n'a pas reçus : La soustraction du trop "payé" par le client se fait en établissant une facture d'avoir.

3. "Avoir" pour remise oubliée, pour rabais oublié ou supplémentaire, ou pour ristourne :

Si une remise a été oubliée sur la facture faite au client, le fournisseur ne peut pas refaire cette facture (On ne modifie ou détruit jamais une facture !) le fournisseur donc refaire une facture supplémentaire négative, une facture d'avoir.

II. Présentation de la facture d'avoir :

La de la facture d'avoir est globalement identique à celle des factures normales :

- C'est le vendeur qui avait fait la facture d'avoir ;
- La mention " avoir " remplace la mention "facture" et indique qu'il s'agit d'une opération "négative" ;
- La plupart des mentions qui figurent sur la facture initiale peuvent se retrouver sur la facture d'avoir, en fonction du contexte ;
- Les règles concernant les mentions obligatoires, les désignations précises des produits, le calcul de la TVA, le délai de règlement, etc... s'appliquent aussi sur les avoirs ;
- S'il s'agit d'un article retourné, de la rectification d'une erreur de facturation, d'une remise oubliée, etc... il faut impérativement noter les références de la facture de doit d'origine, afin, par exemple, de pouvoir aisément vérifier que l'erreur a été correctement rectifiée, ou que l'article retourné est "remboursé" au juste prix ;

- Au lieu de "net à payer", en bas de la facture, on inscrit, par exemple, net au crédit du client (ou net à déduire).

Enfin, il faut indiquer sur l'avoir, les références de la facture qui est corrigée, ou qui comportait les Articles qui ont été retournés (cela permet de vérifier que les prix sont corrects, que l'erreur a bien été rectifiée, et cela peut permettre au client de mettre plus rapidement son "bon à payer" sur la facture d'origine...)

S'il s'agit d'un avoir pour des articles qui ont été retournés, on peut aussi indiquer comme références, celles du Bon de livraison rédigé par le client, ou celles du bon d'entrée qu'on a rédigé.

Fiscalité de l'entreprise

I. Bénéfices industriels et commerciaux :

Régime fiscal des gains de change réalisés par les entreprises exportatrices.

Conformément à la législation fiscale, les gains de change font partie du résultat fiscal. Les gains de change sont des profits réalisés en dehors de l'exploitation courante de l'entreprise, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas en rapport direct avec l'objet usuel de l'activité professionnelle.

Quid du régime fiscal en matière d'impôt sur le revenu des personnes physiques et d'impôt sur les sociétés des gains de change réalisés par les entreprises exportatrices et se rapportant directement à l'exploitation ?

En droit commun, les bénéfices réalisés à l'exportation par les entreprises totalement exportatrices sont déductibles durant les dix premières années. Au delà de la période de dix ans, les bénéfices provenant de l'exportation font partie intégrante du revenu global soumis à l'impôt après déduction de 2/3 de leur montant.

Toutefois, les produits réalisés, accessoirement à l'exploitation, par les entreprises totalement exportatrices, tels que les revenus de capitaux mobiliers, y compris les intérêts de retard réalisés au titre des ventes à termes des marchandises exportées, les plus-values de

cession d'éléments d'actif, y compris en cas d'exportation des éléments considérés, demeurent soumis à l'impôt.

S'agissant des gains de change réalisés par les entreprises exportatrices et se rapportant directement à l'exploitation, l'administration fiscale a retenu que les gains de change réalisés par les entreprises exportatrices résultant de la variation du cours de change en ce qui concerne le chiffre d'affaires et les acquisitions relatives à l'exportation sont considérés comme bénéfiques provenant de l'exportation et bénéficient de ce fait des avantages liés à l'exportation (Texte n° DGI 2007/31 ; Note Commune n° 20/2007).

Ainsi, les gains de change provenant des créances clients export bénéficient des avantages au titre de l'export au même titre que le chiffre d'affaires provenant des opérations d'exportation.

II. Fiscalité internationale :

Redevances : Distinction entre redevances et prix de revient

La question a été posée de savoir si les rémunérations payées en contrepartie des études techniques nécessaires à la conception de matériel et équipements réalisés par une entreprise non résidente et non établie sont considérées comme cas de redevances ou comme composante du prix de revient du matériel et des équipements.

L'administration fiscale a retenu (Texte n° DGI 2007/32, Note commune n° 21/2007) que les études techniques nécessaires à la conception de matériel et équipements réalisés par une entreprise non résidente et non établie pour son propre compte pour les besoins de conception du matériel et des équipements concernés font partie du prix de revient du matériel et des

équipements et ne constituent pas, de ce fait, un cas de redevances et ce à la double condition:

- que lesdites études techniques servent exclusivement à la réalisation du matériel ou de l'équipement en question,

- et que la contrepartie des études techniques en question fasse partie du prix du matériel ou de l'équipement déclaré en douanes ayant subi les impôts, droits et taxes dus à l'importation.

Dans ces conditions, les montants facturés au titre des études en question ne sont pas soumis à la retenue à la source au titre de l'IR ou de l'IS et à la retenue à la source au titre de la TVA.

III. Tickets restaurant :

Contribution des employeurs au paiement du prix des tickets restaurant attribués aux salariés : Sort fiscal

Il arrive que les employeurs contribuent et prennent en charge une partie du paiement du prix des tickets restaurant au profit de leur personnel. Dans ce cas, quel serait le traitement fiscal de cette prise en charge tant au niveau de l'entreprise qu'au niveau des salariés ?

1. Traitement fiscal de la prise en charge au niveau de l'entreprise : Partant du principe que les rémunérations versées ou dues au personnel de l'entreprise ainsi que tous autres avantages constituent des charges déductibles dans la mesure où ils correspondent à un travail effectif et sont en rapport avec le service rendu, la cotisation de la société aux tickets restaurant OK attribués au personnel est déductible du bénéfice imposable de la société.

2. Traitement fiscal de la prise en charge au niveau des salariés de l'entreprise : En vertu des dispositions du paragraphe III de l'article 52

du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés, la retenue à la source est opérée sur les salaires y compris les avantages en nature, en l'occurrence la cotisation de l'entreprise aux tickets de restaurant.

Toutefois, l'administration fiscale a retenu que les tickets de restaurant, cantines, bonus et tous autres avantages prélevés sur le fonds social, les bénéfices et les réserves ayant déjà supporté l'impôt et octroyés par nécessité de service ne sont pas imposables (Note commune n° 2-90, Texte n° DGI 90/07).

Il s'ensuit que si la cotisation en question est prélevée sur ce fonds ou ces bénéfices et réserves, elle sera exonérée de l'impôt sur le revenu et donc de la retenue à la source.

Obligations sociales de l'entreprise

I. Conventions bilatérales de sécurité sociale :

Bref commentaire de la nouvelle convention tuniso-française de sécurité sociale

Le 23 juin 2003, a été signée à Tunis une convention de sécurité sociale entre le Gouvernement français et celui de la République tunisienne. Elle doit remplacer la convention

générale de sécurité sociale du 17 décembre 1965, maintes fois amendée, et les nombreux protocoles et accords complémentaires intervenus depuis. Approuvée par la loi n° 2004-

27 du 5 avril 2004 et ratifiée par le décret n° 2004-1403 du 22 juin 2004, cette nouvelle convention est entrée en vigueur le 1er avril 2007.

I - Les dispositions bilatérales antérieures en matière de sécurité sociale

La convention générale entre la Tunisie et la France sur la sécurité sociale a été signée le 17 décembre 1965 et est en vigueur depuis le 1er septembre 1966. Depuis quarante ans, de nombreux instruments sont venus amender ou compléter ces accords généraux.

La convention générale du 17 décembre 1965 précitée, conclue pour accompagner la main-d'œuvre tunisienne venant travailler en France, ne portait que sur l'assurance maladie des travailleurs salariés. Elle a été complétée par une quinzaine d'arrangements, d'accords ou d'avenants entre 1966 et 1982, tout en restant concentrée sur son objet d'origine.

L'extension de ses dispositions de coordination des régimes de sécurité sociale aux autres risques que la maladie et aux catégories non couvertes par la convention générale a été progressivement réalisée par six autres instruments.

La nouvelle convention rassemble ainsi dans un texte unique des dispositions auparavant divisées en fonction des bénéficiaires ou des risques couverts. Les dispositions de coordination sont rendues plus faciles par la ressemblance entre les régimes français et tunisiens de sécurité sociale.

La nouvelle convention prend en considération les effets migratoires liés aux décisions politiques prises en France, notamment en matière de regroupement familial, qui implique que la famille du salarié puisse résider avec le travailleur dans l'autre Etat, ou du moins lui rendre facilement visite.

Elle reflète aussi les évolutions historiques liées au vieillissement des travailleurs venus offrir leurs compétences dans le cadre de l'appel à la main d'œuvre étrangère dans les années 1960, qui sont aujourd'hui souvent devenus pensionnés des régimes français.

Ainsi, le droit aux soins de santé, qui n'existait que pour les salariés et leur famille restée au pays, est accordé à l'ensemble des personnes concernées par la nouvelle convention (salariés, mais aussi travailleurs non salariés, chômeurs,

fonctionnaires, étudiants, stagiaires en formation professionnelle) et à leurs ayants droit qui se déplacent individuellement, qu'il séjourne dans leur Etat d'origine ou rendent visite au travailleur dans l'autre Etat s'ils n'y résident pas. La nouvelle convention permettra aussi que les chômeurs, rentiers et pensionnés bénéficient des allocations familiales pour leur famille.

II. La nouvelle convention de sécurité sociale entre la Tunisie et la France

A - La nouvelle convention porte sur l'ensemble des risques et des catégories d'assurés

L'article 2 de la convention détermine son champ d'application personnel. Les personnes visées sont les ressortissants de l'un des deux Etats, ainsi que les apatrides et les réfugiés résidant sur le territoire de l'un d'eux. Il doit s'agir de travailleurs exerçant ou ayant exercé une activité salariée, non-salariée ou assimilée en France ou en Tunisie, des fonctionnaires civils et militaires de l'Etat et des fonctionnaires territoriaux ou hospitaliers en France et des agents publics en Tunisie. Pour ces catégories, les ayants droit sont aussi concernés par la convention. En ce qui concerne la France, les personnes n'exerçant pas d'activité (mais ayant cotisé à une assurance volontaire) bénéficieront également de ses stipulations.

Les législations couvertes par la convention, énumérées à l'article 3, sont très nombreuses : elles englobent l'ensemble des régimes (ceux des salariés des professions agricoles et non-agricoles comme ceux des non-salariés, à quelques exceptions près, ainsi que les régimes spéciaux de sécurité sociale), et des risques (vieillesse et invalidité, accidents du travail, maladie et maternité, famille). Les législations tunisiennes visées sont moins complexes et moins nombreuses, mais couvrent de même l'ensemble des risques.

Le titre II de la convention met ainsi en place des dispositions de coordination en matière d'assurance maladie et maternité (chapitre Ier), de prestations familiales (chapitre II), d'assurance vieillesse et décès et de pensions de survivants (chapitre III), d'allocation décès (chapitre IV), d'assurance invalidité (chapitre V) et d'assurance accidents du travail et maladies professionnelles (chapitre VI).

B - La nouvelle convention repose sur des principes classiques

Le principe de base, énoncé à l'article 4, est celui de l'égalité de traitement. Tout Français visé à l'article 2 vivant en Tunisie et tout Tunisien visé à l'article 2 vivant en France bénéficient du même traitement qu'un Tunisien vivant en Tunisie ou qu'un Français résidant en France.

L'article 5 pose le principe selon lequel "les travailleurs exerçant leur activité en France et/ou en Tunisie sont soumis respectivement aux régimes de sécurité sociale applicables en France ou en Tunisie ou à ces deux régimes en cas d'activité dans les deux Etats." Suit néanmoins une série de dérogations à ce principe, accompagnées le plus souvent de plusieurs conditions, en particulier de durée de l'activité exercée à l'étranger : les salariés détachés par leur employeur dans un autre Etat, les travailleurs non-salariés qui effectuent une prestation de service, les fonctionnaires - les personnels non fonctionnaires des postes diplomatiques et consulaires sont soumises au régime de l'Etat où ils exercent leur activité, sauf s'ils sont ressortissants de l'Etat accréditant, cas dans lequel ils peuvent opter pour le régime de sécurité sociale de cet Etat -, les agents non titulaires mis par l'un des Etats à la disposition de l'autre au titre de la coopération technique lorsqu'un organisme de l'Etat d'envoi assure leur rémunération (lorsqu'ils sont rémunérés par un organisme de l'Etat où ils travaillent, ils sont souvent au régime social de cet Etat).

Des règles particulières s'appliquent au personnel roulant ou navigant des entreprises de transports internationaux, soumis, en principe et sauf exceptions précisées dans le même article, à la législation de l'Etat sur le territoire duquel l'entreprise a son siège. De même, le travailleur qui exerce son activité à bord d'un navire est soumis à la législation de l'Etat contractant dont ce navire bat pavillon. Il n'est pas prévu d'exception à cette règle, et la procédure de détachement, évoquée uniquement pour les situations générales, ne peut, en l'état actuel du texte, s'appliquer aux gens de mer. La fiche d'impact juridique du projet de loi précise qu'il sera nécessaire d'introduire cette disposition dans un texte ultérieur afin de permettre aux marins, ressortissants de l'un ou l'autre Etat, de bénéficier d'un maintien d'affiliation au régime de leur pays d'origine. Selon les informations transmises à votre Rapporteur, ce cas pourra être traité sans recours à un avenant, grâce au dernier alinéa de l'article 5 de la convention (voir ci-dessous) ; dans le droit actuellement en vigueur, il est en effet couvert par le deuxième alinéa de l'article 3 de l'accord complémentaire relatif au régime de sécurité sociale des marins

du 20 mars 1968 qui permet aux Etats parties de prévoir, d'un commun accord, des exceptions à la règle selon laquelle s'applique aux marins la législation de l'Etat dont le navire bat pavillon.

Par ailleurs, dans l'esprit du principe général, les étudiants sont assurés auprès du régime de sécurité sociale de l'Etat où ils effectuent leurs études.

Le dernier alinéa de l'article 5 permet aux autorités administratives compétentes de prévoir, d'un commun accord, d'autres dérogations aux règles d'assujettissement. Cette possibilité permettra notamment de régler, au cas par cas, des situations individuelles de prolongation de détachement supérieure à la durée normalement autorisée, ou celles des marins ressortissants d'un Etat partie qui travaillent à bord d'un navire battant pavillon de l'autre Etat et souhaitent rester soumis à la législation sociale de leur pays d'origine.

Un autre principe décliné pour chacun des risques est relatif à la totalisation des périodes d'assurance : lorsqu'un travailleur ne justifie pas de la durée d'assurance prévue par la législation de l'Etat d'affiliation pour l'ouverture ou le maintien d'un droit, il est fait appel aux périodes d'assurance antérieurement accomplies sous la législation de l'autre Etat. Ce principe vaut pour l'assurance maladie et maternité (article 6), les prestations familiales (article 19), l'assurance vieillesse et décès (article 23), l'allocation décès (article 32), l'assurance invalidité (article 34).

Les règles de calcul des pensions (article 24) prévoient plusieurs méthodes ; c'est toujours le montant le plus élevé qui doit être retenu.

Comme c'est très souvent le cas pour ce type d'accord, les modalités d'application de la convention sont fixées par un arrangement administratif général, en application de son article 52. Cet arrangement a enregistré quelques modifications à la suite de la signature de la nouvelle convention. Par exemple, la procédure de calcul du barème des allocations familiales conventionnelles comporte désormais une disposition permettant aux autorités compétentes des deux Etats de réviser le barème initial.

C - La nouvelle convention est néanmoins adaptée aux spécificités des flux migratoires entre les deux pays

Un certain nombre de dispositions de la convention répond aux spécificités de migrations

de travail de grande ampleur, souvent, mais pas toujours, accompagnées du regroupement familial. Ces dispositions figureront aussi dans les nouvelles conventions en cours de négociation avec les autres pays du Maghreb.

La proximité géographique des deux pays et le maintien de liens étroits entre les migrants et leur famille restée en Tunisie induisent de fréquents séjours des migrants dans leur pays d'origine et des visites en France de leurs ayants droit résidant en Tunisie.

C'est pourquoi la convention lève les éventuelles clauses de résidence en matière de prestations vieillesse (article 22), d'assurance invalidité (article 33), d'assurance accidents du travail et maladies professionnelles (article 40). Un nombre important de dispositions porte sur les différents cas de transferts de résidence d'un Etat vers l'autre, qui sont en général autorisés sous réserve de l'autorisation de l'institution d'affiliation et de certaines limites de durée. Les prestations en nature sont généralement servies par l'institution du lieu de résidence selon les dispositions qu'elle applique, à la charge de l'institution compétente ; les prestations en espèces le sont directement par l'institution compétente selon la législation qu'elle applique et à sa charge (articles 7 à 10 pour l'assurance maladie et maternité, article 41 pour l'assurance accidents du travail et maladies professionnelles).

De la même manière, l'article 12 de la nouvelle convention accorde aux ayants droit d'un travailleur, qui résident habituellement dans

l'autre Etat alors que le travailleur réside sur le territoire de l'Etat compétent, le bénéfice des prestations en nature de l'assurance maladie.

L'article 20 ouvre le droit aux allocations familiales conventionnelles pour les enfants des travailleurs qui résident sur le territoire de l'autre Etat, tout en limitant leur paiement à quatre enfants. Cette disposition, qui figure dans l'actuelle convention ainsi que dans les accords entre la France et la plupart des Etats africains, résulte de la volonté française de ne pas se trouver pénalisée par les différences de natalité et de se préserver des difficultés liées à la polygamie, qui était interdite en France mais autorisée dans certains de ces pays, à l'époque de la négociation des premiers accords. La Tunisie n'a pas demandé la renégociation de cette mesure car elle limite également le versement de ses prestations familiales à quatre enfants, dans le cadre de sa politique de gestion de la natalité.

En outre, pour tenir compte du fait que les migrants ont pu aussi travailler dans un Etat tiers, l'article 23 prévoit, en matière d'assurance vieillesse et décès, la prise en compte des périodes cotisées dans les Etats tiers liés à chacun des deux Etats par un instrument de coordination en matière de sécurité sociale prévoyant la totalisation des périodes d'assurance ou assimilées. Le paiement des pensions de vieillesse sera aussi assuré en cas de résidence dans un Etat tiers remplissant la même condition (article 29).

II. Période d'essai :

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

La période d'essai est une période initiale de durée limitée pendant laquelle les garanties attachées à la rupture d'un contrat ferme et définitif ne s'appliquent pas.

S'agissant de la détermination de la durée de la période d'essai, l'article 18 du code du travail se contente de renvoyer aux conventions collectives et aux usages.

A cet effet, l'article 10 de la convention collective cadre dispose que la durée maximale de la période d'essai est de six mois pour les agents d'exécution, neuf mois pour les agents de maîtrise et une année pour les cadres.

Aucun texte de la convention collective cadre

n'organise ni ne détermine la durée de cette période d'essai dans un contrat de travail à durée déterminée.

Cette question a été soumise à la cour de cassation qui a estimé que les parties doivent respecter la durée maximum de la période d'essai prévue par l'article 10 de la convention collective cadre (Cass. civ., arrêt n° 6560-2005 du 9 janvier 2006).

III. Congés :

Congés spéciaux pour raisons de famille : Date de prise des congés

Les conventions collectives sectorielles de travail accordent fréquemment des congés spéciaux pour raison de famille (mariage, naissance, décès...).

Ces congés spéciaux pour raisons de famille doivent-ils être pris obligatoirement au moment des événements en cause ou être décalés dans le temps ?

En général, les conventions collectives sectorielles ne fixent pas de date précise pour la prise de ces congés.

Il en résulte que le jour d'autorisation d'absence pour l'événement familial en question n'a pas à être nécessairement pris le jour même de la réalisation de l'événement. Le salarié doit disposer d'une période raisonnable durant laquelle il peut prendre son congé.

Par ailleurs, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, les congés ne sont pas dûs lorsque le salarié est déjà absent de l'entreprise (maladie, congés...) au moment de l'événement familial.

En effet, le congé n'est dû que si l'événement a lieu pendant une période où le salarié devrait normalement être présent dans l'entreprise. L'autorisation d'absence perd, en effet, toute signification si l'intéressé se trouve, au moment de l'événement, en période d'interruption de travail pour une raison quelconque et notamment pour congés annuels.

Il n'en demeure pas moins que l'employeur est libre d'accorder au salarié déjà en congé son absence pour raison de famille.

Transports terrestres :

Préserver ses droits vis-à-vis du transporteur

Que les risques du transport aient été mis à la charge du vendeur ou du client, le transporteur routier est toujours présumé responsable des défauts et des manquants constatés à la livraison (article 640 du code de commerce) : pour être indemnisé par le transporteur, le destinataire n'a pas à démontrer que celui-ci a commis une faute. Encore faut-il qu'il accomplisse les formalités requises afin de préserver ses droits vis-à-vis du transporteur.

Ces formalités doivent être respectées par le destinataire même si les marchandises voyagent aux risques et périls de l'expéditeur. Dans un tel cas, le destinataire pourra être tenté de ne pas s'astreindre aux formalités légales s'il n'a aucun préjudice à faire indemniser. Il doit cependant s'y conformer car, à défaut, le transporteur pourra refuser toute indemnité à l'expéditeur ; celui-ci sera alors en droit de se retourner vers le destinataire pour obtenir la réparation de son préjudice.

1. Ouvrir le colis

Bien qu'il soit parfois difficile de disposer du temps nécessaire à l'ouverture des colis au moment où le livreur se présente, cela est indispensable si le destinataire veut conserver un recours en cas de dégâts.

La mention " sous réserve de déballage " est sans valeur. Cette mention, trop souvent indiquée sur les bons de livraison, est dépourvue de toute efficacité. En effet, si le destinataire constate ensuite des dommages ou des manquants, cette seule mention ne suffira pas à démontrer qu'ils existaient déjà lors de la livraison.

2. Faire des réserves

* Où les inscrire ?

S'il constate des anomalies, le destinataire doit formuler ses réserves de façon aussi complète et précise que possible. Il les inscrira sur le document que le transporteur lui demande de signer (bordereau de livraison, feuille de route, récépissé, livre d'émargement...). Le destinataire doit veiller à ce que la date de livraison et les réserves apparaissent bien sur tous les exemplaires du document et spécialement sur le feuillet que garde le transporteur.

* Des réserves précises

Si le destinataire ne formule pas de réserves, il est censé avoir reçu une marchandise en bon état. Ceci est vrai quel que soit le mode de vente, franco ou non. De plus, les réserves

doivent être précises. Elles donneront ainsi moins facilement prise à la contestation. En revanche, les réserves vagues ne permettront pas, en cas de litige, de prouver aux juges la réalité des dégâts au moment de la livraison.

3. Adresser un courrier recommandé

* Délai de trois jours à respecter

Le destinataire a tout intérêt à téléphoner au responsable présumé (fournisseur ou transporteur) afin d'obtenir un règlement amiable, surtout s'il existe de bonnes relations d'affaires. Toutefois, le destinataire doit, dans tous les cas et sous trois jours, adresser au transporteur un courrier recommandé avec demande d'avis de réception, afin de lui rappeler les dommages ou les manquants de façon détaillée ; ce délai ne comprend pas les jours fériés (article 646 du code de commerce).

* À défaut de courrier recommandé

A défaut d'envoyer la lettre recommandée dans le délai, le destinataire perd tout recours contre le transporteur. Le tribunal n'examinera pas le dossier et déclarera que le destinataire est irrecevable à saisir la justice. Peu importe que la responsabilité du transporteur soit certaine ; peu importe même qu'il ait commis une faute lourde.

4. Laisser la marchandise en l'état

Si le destinataire accepte la marchandise avec des réserves, il doit la conserver en l'état, le temps que le transporteur reçoive le courrier recommandé AR et en avise son assureur. Un délai minimum de 8 jours est indispensable et sera prolongé si le matériel doit être expertisé.

5. Demander une expertise

* Intérêt de l'expertise

Le transporteur qui conteste sa responsabilité peut demander une expertise. Le destinataire peut lui aussi recourir à cette mesure si le dommage que lui a causé le transporteur est difficile à évaluer. Il en va de même pour l'expéditeur si les marchandises voyageaient à ses risques et périls.

Le destinataire a tout intérêt à provoquer une expertise :

- lorsqu'il a reçu une machine hors d'état de marche alors que le choc apparent n'est qu'anodin ;

- lorsque les retombées commerciales sont pour lui particulièrement lourdes.

Plus l'expertise sera faite tôt, plus elle sera efficace et incontestable. Demander une expertise est simple et ne nécessite pas l'intervention d'un avocat. Il suffit de se présenter au tribunal de commerce le plus proche du lieu où se trouve la marchandise et de déposer une demande sur papier libre. Mais celui qui demande l'expertise devra régler une provision sur les honoraires de l'expert.

Beaucoup de destinataires se contentent de faire dresser, par un huissier, un constat des dégâts. C'est une erreur car un tel constat sera sans valeur devant les tribunaux : les appréciations de l'huissier, qui n'est pas un technicien, pourront toujours être contestées.

* Convocation à l'expertise

Celui qui a demandé l'expertise doit y appeler, par lettre recommandée ou par télégramme, toutes les personnes susceptibles d'être mises en cause : expéditeur, destinataire, transporteur, commissionnaire, propriétaire du véhicule loué par le transporteur, etc.

Si une de ces personnes n'a pas été convoquée à l'expertise, les conclusions de l'expert ne pourront pas lui être opposées.

* Dépôt du rapport de l'expert

Si aucun arrangement n'intervient, les juges statueront au vu du rapport de l'expert.

En général, aucun délai n'est imposé à l'expert pour déposer son rapport. Il ne faut pas hésiter à relancer l'expert et, si le rapport n'a pas été déposé onze mois après la livraison, il est impératif d'assigner le transporteur devant le tribunal afin de se mettre à l'abri de la prescription.

Assigner en justice dans les 12 mois

Les actions en justice auxquelles le transport peut donner lieu sont prescrites dans un délai d'un an (article 652 du code de commerce). Ainsi, à défaut d'arrangement satisfaisant, le destinataire (ou l'expéditeur si les marchandises voyageaient à ses risques et périls) doit impérativement assigner le transporteur dans les douze mois qui suivent la livraison. Passé ce délai, son action sera prescrite ; même si elle est bien fondée, elle ne pourra pas être examinée par les juges.

DEUXIEME PARTIE

Actionnaires :

Accords extra-statutaires entre associés : Les pactes d'actionnaires

En complément des statuts de la société, le pacte d'actionnaires (dans une SA) et le pacte d'associés (dans une SARL) sont des instruments très utiles pour organiser les relations entre les différents associés d'une société. Par exemple, lors de l'entrée d'investisseurs dans le capital de la société, il sera souvent demandé aux dirigeants et actionnaires majoritaires de souscrire un certain nombre d'engagements en signant avec les investisseurs un pacte d'actionnaires.

L'actionnaire qui se voit proposer un pacte d'actionnaires ne doit pas le signer les yeux fermés :

- si certaines clauses sont classiques et ne posent pas de difficultés particulières,
- d'autres méritent d'être négociées

- et quelques-unes doivent être (dans la mesure du possible) refusées.

Nous vous proposons dans un premier temps d'étudier le régime juridique applicable à un pacte d'actionnaires. Nous détaillerons dans un second temps les clauses les plus fréquentes et l'attitude qu'il convient d'adopter à leur égard (il faut toutefois garder à l'esprit que la portée de telle ou telle clause pourra être très différente d'un pacte à un autre en fonction de la rédaction retenue).

I - Le régime juridique du pacte d'actionnaires

Le pacte d'actionnaires extra-statutaire offre un instrument souple qui complète les statuts de la société de façon à garantir les droits de certains actionnaires ou à créer de nouveaux droits à leur profit. Son objectif est de régir de façon convenable les relations entre les différents associés.

Certaines clauses peuvent figurer aussi bien dans les statuts de la société que dans un pacte extra-statutaire. Il convient donc d'étudier à chaque fois l'endroit le plus approprié pour faire figurer la clause, en fonction des objectifs poursuivis (force de la sanction ou maintien du caractère secret de la convention) et des circonstances de l'espèce.

A - Le caractère secret du pacte d'actionnaires

Le pacte d'actionnaires extra-statutaire a l'avantage de ne pas être publié (sauf dans les sociétés cotées). Son contenu peut alors rester secret, connu des seuls signataires du pacte (le pacte peut même n'être signé que par certains des associés : il ne s'appliquera qu'à ceux-ci et les autres associés n'en auront donc pas connaissance). A l'inverse, comme les statuts d'une société doivent faire l'objet d'une publicité (ils sont déposés au greffe du tribunal où toute personne peut venir en prendre connaissance), les clauses statutaires ne peuvent pas rester secrètes.

B - Modifier un pacte d'actionnaires

Le pacte d'actionnaires présente également l'avantage de pouvoir être amendé de façon simple et rapide : comme tout contrat, le pacte d'actionnaires se modifie par un simple avenant (les formalités sont beaucoup plus lourdes pour modifier les statuts d'une société). Par contre, alors que les statuts de la société peuvent être modifiés à la majorité qualifiée, l'unanimité des signataires doit être recueillie pour pouvoir modifier un pacte d'actionnaires extra-statutaire.

C - La sanction d'une violation du pacte d'actionnaires

Comme le pacte d'actionnaires est un simple contrat, la sanction d'une violation du pacte sera moins efficace que la sanction d'une violation des statuts.

En effet, un contrat ne lie que ses parties et est par contre inopposable au tiers qui ne l'ont pas signé (on parle d'effet "relatif" du contrat). De plus, un nouvel actionnaire de la société n'est pas lié par les contrats (et donc par les pactes extra-statutaires) qu'a pu signer l'ancien actionnaire qui lui a cédé les actions (il est néanmoins possible de prévoir dans le pacte que l'actionnaire cédant se porte fort de l'adhésion au pacte de l'acquéreur, mais il ne s'agit là que d'un engagement du cédant qui n'engage pas l'acquéreur).

En outre, les dispositions des pactes extra-statutaires constituent généralement des

obligations de faire ou de ne pas faire qui, juridiquement, ne peuvent donner lieu à exécution forcée : elles n'ouvrent droit qu'à l'éventuel octroi de dommages et intérêts. Ainsi, il ne sera pas possible de demander la nullité d'une cession opérée en violation d'une clause de préemption contenue dans un pacte extra-statutaire, ce qui limite grandement son intérêt : le tiers acquéreur conservera les titres et la victime de la violation du pacte pourra seulement poursuivre le cédant pour obtenir en justice sa condamnation au paiement de dommages et intérêts (exceptionnellement, la nullité pourra être obtenue en cas de collusion frauduleuse entre le cédant et l'acquéreur, c'est-à-dire dans l'hypothèse où ce dernier a connaissance à la fois de l'existence du pacte et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir).

Pour limiter le risque de violation du pacte, les parties peuvent prévoir contractuellement une sanction pécuniaire en cas de non-respect de celui-ci. Une telle clause pénale peut néanmoins être révisée par un juge qui la trouverait excessive.

II - Les clauses d'un pacte d'actionnaires

Malgré la diversité des rédactions retenues par les praticiens, il est possible de classer les clauses des pactes d'actionnaires en deux grandes catégories, à savoir celles qui sont relatives au capital et celles qui organisent l'exercice du droit de vote.

A - Les clauses relatives au capital

1. La clause de préemption : La stipulation d'une clause de préemption permet au bénéficiaire de la clause d'acquérir, par préférence à toute autre personne, les actions ou les parts sociales dont un associé souhaiterait se défaire. La clause de préemption donne donc la faculté à son bénéficiaire d'augmenter sa participation actuelle dans la société en se portant acquéreur des actions en passe d'être cédées.

Cette clause est très classique et peut facilement être acceptée. L'actionnaire ou le dirigeant doit toutefois vérifier qu'elle n'est pas réservée aux investisseurs et qu'il pourra également, si l'occasion se présente, la faire jouer à son bénéfice.

2. La clause d'agrément : Le but d'une clause d'agrément est d'éviter l'intrusion d'un tiers dans le cercle des associés d'une société. Du fait de

cette clause, l'associé qui souhaite céder ses actions ou ses parts sociales devra obtenir, préalablement à la cession, l'agrément de la société.

Cette clause est également très classique et l'actionnaire pourra avoir à son égard la même attitude que pour la clause de préemption.

3. La clause d'inaliénabilité : Pour garantir une stabilité parfaite dans l'identité et le poids respectif des différents actionnaires de la société, il est possible de stipuler une clause d'inaliénabilité : celle-ci interdit à un actionnaire de céder les actions qu'il possède pendant une période définie dans le pacte. Cette clause peut notamment être intéressante pour figer un noyau dur. Comme cette clause porte une atteinte très importante au droit de propriété (puisqu'elle interdit à une personne de céder un bien dont elle est pourtant propriétaire), elle doit, pour être valable, respecter des conditions très strictes : une clause d'inaliénabilité doit être limitée dans le temps et être justifiée par un intérêt sérieux et légitime.

Il est probable que les investisseurs exigent de l'actionnaire l'engagement de ne pas céder ses actions pendant un certain temps : les investisseurs recherchent avant tout à valoriser leur investissement ; ils veulent donc que la société se développe, ce qui suppose généralement que l'actionnaire, qui connaît parfaitement la société, conserve ses actions et continue d'œuvrer au développement de la société. Dans la mesure du possible, il est bien évidemment préférable pour l'actionnaire de ne pas souscrire cet engagement qui limite de façon stricte ses possibilités de sortie de la société.

4. Les clauses permettant la sortie d'un associé : Plusieurs clauses ont pour objet de faciliter la sortie d'un associé de la société, que ce soit sur l'initiative de l'associé sortant ou de façon forcée. Par exemple, la clause de sortie alternative (également appelée clause de sortie prioritaire ou de sortie conjointe) permet à un associé de céder ses droits sociaux à l'occasion de la sortie d'un autre associé. Par exemple, les investisseurs pourront se faire consentir par l'actionnaire l'engagement, s'il cède ses actions et le contrôle de sa société, d'obtenir préalablement de l'acquéreur qu'il rachète également les actions détenues par les investisseurs aux mêmes conditions de prix.

Dans une autre optique, la clause dite de "roulette russe" (entre autres appellations)

permet, en cas de désaccord entre deux associés, de provoquer la sortie d'un de ces deux associés : avec une telle clause, les investisseurs vont pouvoir proposer à l'actionnaire de lui racheter ses actions : si l'actionnaire refuse, il sera contraint de racheter les actions des investisseurs (dans cet exemple, l'actionnaire n'a que deux options : soit il rachète les actions des investisseurs, soit il doit leur vendre celles qu'il possède ; l'une des deux parties va donc devoir quitter la société).

Ces clauses sont fréquentes, mais leurs effets peuvent être très différents selon la rédaction retenue.

Une simple clause de sortie alternative est classique, mais l'actionnaire doit bien avoir conscience que s'il accepte cette clause, il devra par la suite, s'il veut céder ses actions, obtenir de son acquéreur potentiel l'engagement d'également acquérir les actions détenues par les investisseurs (ce qui peut être très difficile à obtenir si les investisseurs possèdent un grand nombre d'actions : l'acquéreur qui était d'accord pour acheter les actions de l'actionnaire pourrait renoncer à la transaction s'il doit également acheter les actions détenues par les investisseurs).

Plus rares, les clauses de "roulette russe" ou clauses similaires peuvent, elles, s'avérer très dangereuses. Cette clause peut toutefois être utile pour éviter une situation de blocage dans une société détenue à parts égales par deux actionnaires (si l'actionnaire et les investisseurs ne s'entendent plus et que cela paralyse le fonctionnement de la société, une telle clause pourrait débloquer la situation en provoquant la sortie de l'une des deux parties). Elle devra cependant être évitée si les rapports de force sont déséquilibrés, en effet la partie la plus faible n'aurait pas les moyens suffisants pour racheter la part de l'autre et la clause ne pourrait dès lors jouer qu'au bénéfice d'une seule partie (si un actionnaire n'a pas suffisamment de moyens financiers, il doit refuser cette clause : il suffirait en effet aux investisseurs de proposer à l'actionnaire de lui racheter ses actions pour que celui-ci soit contraint de s'exécuter, ne disposant pas de suffisamment de fonds pour faire une contre-offre et racheter les actions détenues par les investisseurs).

5. La clause de non-dilution : Cette clause garantit un actionnaire contre une dilution de sa participation dans la société. Ainsi, en cas d'augmentation de capital, l'actionnaire majoritaire s'engage à réserver une partie de

l'augmentation de capital au bénéficiaire de la clause afin qu'il puisse maintenir, s'il le souhaite, sa quote-part dans le capital (dans une SA, l'assemblée qui décide une augmentation de capital peut en effet supprimer le droit préférentiel de souscription).

Cette clause est classique et ne pose pas de difficultés majeures. L'actionnaire doit cependant être vigilant et vérifier que cette clause ne peut pas l'obliger, comme cela est parfois le cas, à céder une partie de ses actions aux investisseurs en cas d'augmentation de capital à laquelle les investisseurs décideraient de ne pas participer (la non-dilution des investisseurs conduirait dans ce cas à une dilution de l'actionnaire).

B - Les clauses qui organisent l'exercice du droit de vote : Les clauses qui organisent l'exercice du droit de vote doivent être rédigées avec beaucoup de prudence.

1. La nomination des administrateurs : Il est possible de prévoir qu'un certain nombre de membres du conseil d'administration devront être choisis au sein des porteurs d'une certaine catégorie d'actions, les signataires du pacte s'engageant à voter en leur faveur. Toutefois, pour ne pas porter atteinte au principe de révocabilité ad nutum (possibilité de révocation à tout moment) des administrateurs (principe qui serait détourné si un actionnaire s'engageait dans une clause à nommer tout candidat qui lui serait présenté, ce candidat étant de facto irrévocable), la clause doit laisser le choix entre plusieurs candidats (les candidats étant présentés par les porteurs de la catégorie d'actions).

Cette clause est classique. En pratique, les investisseurs peuvent, par exemple, se voir reconnaître le droit d'avoir au moins un représentant au conseil d'administration (quand bien même ils ne disposeraient pas de suffisamment de voix pour faire élire ce représentant au conseil) : lors de l'élection des membres du conseil d'administration, les investisseurs présenteront plusieurs candidats et un actionnaire (qui peut, par les voix qu'il possède, décider du sens du vote) se porte fort de l'élection d'un des candidats présentés par les investisseurs (il est cependant important que les investisseurs présentent plusieurs candidats, à défaut, l'actionnaire serait en effet obligé de sélectionner le candidat proposé, ce que condamne le droit des sociétés).

2. La distribution des bénéfices : Pour assurer

un rendement minimum à un actionnaire minoritaire, un associé majoritaire peut s'engager à distribuer des dividendes dès lors qu'un bénéfice distribuable sera constaté (cette condition est obligatoire : une clause ne peut pas exiger une distribution de dividendes s'il n'existe pas de bénéfice distribuable).

Cette clause est très prisée des investisseurs. Elle permet d'éviter qu'un actionnaire disposant d'une majorité de voix à l'assemblée et pouvant

donc décider de la distribution ou non des bénéfices, décide de ne pas distribuer de dividendes et de laisser les bénéfices en réserve, sans que les investisseurs qui ne disposent pas de suffisamment de voix à l'assemblée puisse s'y opposer. A partir du moment où le développement de la société ne nécessite pas que les bénéfices soient conservés dans la société, l'actionnaire devrait pouvoir souscrire un tel engagement.

I. Assemblées générales d'actionnaires

Droit de vote : Titulaire du droit de vote en cas d'actions grevées d'usufruit

Il est unanimement admis qu'une seule action ne saurait conférer le droit de vote qu'à une seule personne. Par conséquent, lorsque plusieurs titulaires exercent des droits concurrents sur un même titre, un seul d'entre eux a le droit de participer à l'assemblée et d'y voter.

En cas d'existence d'actions grevées d'usufruit, à qui le droit de vote appartient-il, au nu-propiétaire ou à l'usufruitier ?

La difficulté résultant de l'usufruit d'un titre social et concernant l'attribution du droit de vote ne trouvait pas de solution dans les textes français avant 1966.

En effet, la loi française du 24 juillet 1967 ne contenait pas de dispositions relatives à ce sujet. Alors que la doctrine se divisait en deux courants : le premier considérait que dans tous les cas c'est le nu-propiétaire qui doit voter. Le second voyait dans le droit de vote un acte d'administration qui relève uniquement de la compétence de l'usufruitier.

La législation française a comblé cette lacune en disposant que le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires, et au nu-propiétaire dans les assemblées générales extraordinaires.

En droit tunisien, la loi est silencieuse quant à la répartition du droit de vote entre l'usufruit et le nu-propiétaire. Mais en doctrine, la même répartition que celle de la législation française précitée est recommandée : l'assemblée générale ordinaire est le domaine de l'usufruitier, alors que le nu-propiétaire se réserve celle extraordinaire.

La distinction opérée a pour soubassement un critère organique et cela paraît harmonieux avec

les dispositions du droit commun relativement à l'usufruit.

En effet, l'article 142 du code des droits réels dispose que "l'usufruit est le droit d'user et de jouir, comme le propriétaire lui-même, d'un bien appartenant à autrui, mais à charge d'en conserver la substance." Il s'agit de l'usus de la chose.

Alors que l'article 143 du code des droits réels traite du fructus en les termes suivant : "l'usufruitier a le droit aux fruits naturels et civils."

En matière de droits sociaux, les fruits qui doivent être perçus se concrétisent par les bénéfices. Et comme l'affectation des bénéfices relève de la compétence de l'assemblée générale ordinaire, alors c'est l'usufruitier qui va y voter.

Ainsi, de la combinaison de ces deux textes, on pourrait déduire que le droit de vote sur les bénéfices constitue l'usus alors que le droit de percevoir les dividendes c'est le fructus. Ces deux prérogatives concernent l'administration de l'action en général, ce qui rentre dans la compétence de l'assemblée générale ordinaire c'est pourquoi l'usufruitier a légitimement droit d'y voter.

Par respect du démembrement du droit de propriété, il ne reste au nu-propiétaire que l'abusus.

Relativement aux actions, ce sont les délibérations qui modifient le capital social et donc modifiant la substance même de l'action, ou celles touchant la structure de la société.

Au nu-propiétaire revient tout ce qui n'est pas "fruits", à savoir le boni de liquidation, le

remboursement du nominal de l'action, la distribution de réserves, le droit préférentiel de souscription car ça ne porte pas sur les fruits. Toutes ces résolutions relèvent de l'assemblée générale extraordinaire et donc par la suite l'attributaire du droit de vote sera le nu-

propriétaire.

De l'analyse ci-présentée, un constat s'impose : la société et en considération de l'assemblée qui se réunit, verra l'attribution du droit de vote osciller entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.

II. Convocation : Convocation par les minoritaires

En application de l'article 277-2° du code des sociétés commerciales, l'assemblée générale des actionnaires peut être convoquée par un mandataire nommé par le tribunal sur demande de tout intéressé en cas d'urgence ou à la demande d'un ou de plusieurs actionnaires détenant au moins quinze pour cent du capital social.

sa qualité d'actionnaire ou du nombre de parts qu'elle détient. Cette circonstance particulière d'urgence permet notamment à des créanciers, à des obligataires ou même au commissaire aux comptes d'agir en vue de désigner un mandataire aux fins de convocation. Pour les actionnaires, l'exigence tenant à la détention de 15% du capital est alors écartée.

La condition d'urgence visée par ce texte ne s'impose que lorsque l'action est engagée par toute personne intéressée, indépendamment de

Ainsi, l'action est ouverte aux actionnaires réunissant le seuil de détention du capital précitée hors les cas d'urgence.

Bénéfices et réserves distribuables :

Bénéfices interdits de distribution : Action en répétition des intérêts excédentaires des comptes courants associés ?

En vertu de l'article 288 du code des sociétés commerciales, aucune distribution de dividende ne peut être faite lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient inférieurs au montant du capital social.

paiement est affecté avant l'établissement du bénéfice distribuable, alors que l'article 288 ne vise que les sommes qui sont réparties par affectation du bénéfice distribuable.

De son côté, la loi fiscale stipule que lorsqu'un associé perçoit en raison d'un prêt effectué, des intérêts excédentaires, ces derniers sont, sauf exception, requalifiés en dividendes

Le paragraphe VII de l'article 48 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés, dans une certaine mesure, emporte, quant à lui, condamnation de la pratique du prêt productif d'intérêts que l'administrateur consentirait à sa société, parce que, au-delà de certaines limites que la loi fiscale précise, cette pratique peut apparaître comme un moyen de faire échapper une partie des bénéfices à l'impôt sur les sociétés. La loi fiscale n'opère pas ici comme le droit des sociétés : elle n'ordonne pas la restitution d'intérêts qui auraient été abusivement perçus, elle les disqualifie pour les soumettre à l'impôt auquel ils n'auraient pas dû échapper, l'impôt des sociétés.

La combinaison de ces deux dispositions permet-elle à la société d'obliger les administrateurs à restituer les sommes qui leur ont été versées au titre d'intérêt sur avances consenties à la société ?

L'article 288 du code des sociétés commerciales empêche que les administrateurs et les actionnaires, au mépris de l'intérêt social, captent une partie de l'avoir de la société pour assurer le paiement de leurs dividendes en atteignant ce qui fait la substance même de la société : son capital.

Ce faisant, la loi fiscale n'a pas pour effet de changer la nature des intérêts payés aux administrateurs pour ce qui excède les limites qu'elle a fixées. Elle les traite comme s'il s'agissait de dividendes; mais les intérêts payés n'en deviennent pas pour autant des dividendes, en sorte que l'on n'aperçoit guère de fondement juridique à une action mue par la société qui entendrait se prévaloir de cette assimilation

Au demeurant, le paiement par la société des intérêts sur les sommes qui lui ont été prêtées par les administrateurs, les actionnaires ou les tiers, n'est pas visé par l'article 288 : les intérêts payés sur les avances et prêts sont en effet une charge de l'exercice social et, à ce titre, leur

fiscale dans le cadre de l'article 288 du code des sociétés commerciales pour obliger les administrateurs à restituer les sommes qui leur ont été versées au titre d'intérêt sur avances consenties à la société.

Enfin, la loi fiscale tend à prévenir les abus dans le chef des administrateurs qui prêtent des fonds à la société pour bénéficier du régime de

taxation des intérêts, plus favorable que celui qui frappe les dividendes, et pour se faire servir un intérêt supérieur au taux du marché.

Par l'assimilation des intérêts aux dividendes, lorsqu'ils excèdent certaines limites, la loi fiscale n'entend finalement prévenir que ce qui a paru au législateur constituer un abus.

Commissaire aux comptes :

Relèvement du commissaire aux comptes par le conseil d'administration de la société anonyme.

Les conditions du relèvement des commissaires aux comptes de leurs fonctions sont contenues dans l'article 264 du code des sociétés commerciales qui dispose que le ou les commissaires aux comptes peuvent être relevés de leurs fonctions pour juste motif par le juge des référés à la demande :

- du ministère public ;
- du conseil d'administration ;
- d'un ou plusieurs actionnaires détenant quinze pour cent au moins du capital de la société ;
- du conseil du marché financier pour les sociétés faisant appel public à l'épargne.

Le conseil d'administration, en sa qualité d'organe collégial chargé de l'administration de la société, a qualité pour demander à ce que le relèvement soit prononcé judiciairement.

Sachant que le conseil d'administration est un organe dépourvu de toute personnalité juridique, son action en relèvement du commissaire aux comptes est-elle recevable en justice ?

Pour certains, l'article 264 précité suggère l'existence d'un droit pour le conseil d'administration de solliciter directement le juge des référés. Le conseil d'administration de la société anonyme dispose, dans le cas particulier du relèvement, du droit de saisir le juge des référés et, ce, sans l'intermédiation du

représentant légal de la société.

On estime même que pour la première fois, la loi accorde à des organes, non dotés de la personnalité morale, des sociétés anonymes le droit de solliciter le relèvement judiciaire des commissaires aux comptes.

D'autres auteurs ont un point de vue diamétralement opposé au terme duquel le conseil d'administration, s'il a qualité, aux termes de l'article 264 du code des sociétés commerciales, pour décider le relèvement des fonctions de commissaire aux comptes de la société, doit, en l'absence de personnalité morale, agir par l'intermédiaire du représentant légal de la société.

A notre avis, ce raisonnement est juridiquement irréprochable. La capacité d'ester en justice ne peut être déduite du seul fait que le conseil d'administration dispose légalement de l'initiative d'introduire une demande de relèvement. En d'autres termes, il faut ici distinguer entre la décision de solliciter le relèvement judiciaire (compétence du conseil) et l'action en justice aux fins de relèvement (compétence du représentant légal sur mandat du conseil d'administration).

Conventions réglementées dans les sociétés anonymes :

Sanction des conventions conclues en violation de la loi

En application de l'article 200 du code des sociétés commerciales, les conventions dites réglementées qui ont été autorisées par le conseil d'administration sont soumises à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire.

L'assemblée générale ordinaire ne délibère

valablement sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le tiers des actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis (article 278 du code des sociétés commerciales).

En pratique, il peut arriver, dans des circonstances exceptionnelles, que le quorum ne soit pas atteint sur première convocation.

Evidemment, la solution normale est de faire délibérer l'assemblée générale sur deuxième convocation, aucun quorum n'étant alors requis

a) Dans l'hypothèse où une seconde convocation est effectuée, dans quel délai doit-elle intervenir ?

La loi ne précise pas le délai maximum pour convoquer une seconde fois l'assemblée ordinaire.

L'approbation des conventions réglementées est traditionnellement à l'ordre du jour des assemblées générales ordinaires d'approbation des comptes (qui doit être tenue dans les 6 mois de la clôture de l'exercice), mais les textes ne le précisent pas.

Bien que la loi ne fixe pas de délai pour la tenue de cette assemblée réunie sur deuxième convocation, il semble que le terme le plus lointain soit la clôture de l'exercice.

Certes, la loi n'impose aucun délai limite mais les dirigeants doivent convoquer l'assemblée sur deuxième convocation au plus vite, le sujet des conventions réglementées étant sensible. A défaut, il s'agirait d'une négligence susceptible d'engager leur responsabilité.

b) Quelles seraient les conséquences juridiques de l'absence d'une deuxième convocation ?

Au cas présent, la convention a été autorisée par le conseil d'administration.

L'article 200 du code des sociétés commerciales prévoit que les conventions approuvées par l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, selon les cas, ne peuvent faire l'objet d'aucun recours sauf en cas de dol.

Les conventions dont l'assemblée générale refuse l'approbation n'en sont pas moins exécutoires. Néanmoins, les effets dommageables qui en résultent sont, en cas de dol, imputables au membre du conseil

d'administration partie au contrat, ou, le cas échéant, au conseil.

Dans le cas présent, la convention n'est pas désapprouvée, elle n'a pu faire l'objet d'un vote.

On peut s'interroger sur l'application de cet article au cas d'espèce.

Selon certains auteurs, l'article 200 du code n'est pas applicable en remarquant que la convention n'a été formellement ni approuvée ni désapprouvée ; il n'y aurait donc aucune conséquence négative pour les dirigeants. Selon cette thèse, l'essentiel réside dans l'approbation par le conseil et la convocation d'une assemblée générale dans les formes requises, ce qui implique l'information des actionnaires. Si finalement celle-ci n'a pu délibérer, la loi ne prévoit aucune conséquence ni sanction.

Au demeurant, lors de la première convocation, toute l'information nécessaire a été donnée aux actionnaires : le rapport spécial des commissaires aux comptes a été établi et diffusé, ainsi que le rapport du conseil d'administration, la résolution figure à l'ordre du jour et le débat peut s'instaurer, même s'il n'est pas suivi d'un vote, à défaut de quorum.

D'autres auteurs estiment au contraire que le texte de l'article 200 du code des sociétés commerciales a également pour objet la protection des tiers, c'est-à-dire les contractants, et qu'à ce titre, il recouvre toutes les situations. La convention produira ainsi ses effets à l'égard des tiers bien que la procédure de l'article 278 du code des sociétés commerciales n'ait pu être suivie en totalité.

Enfin, il est admis que la convention peut être exécutée ou que son exécution passée (elle a bien été autorisée par le conseil) n'est pas de plein droit annulable, une jurisprudence française existe d'ailleurs en ce sens.

Toutefois, l'absence de nouvelle convocation d'assemblée générale est une irrégularité ; il y a bien faute des dirigeants, même si la responsabilité civile des dirigeants ne pourrait être engagée en l'absence de préjudice subi.

Gérant de SARL :

Révocation du gérant de SARL : Participation du gérant associé au vote

La révocation du gérant de SARL est régie par les dispositions de l'article 122 du code des

sociétés commerciales qui dispose que le gérant statutaire est révocable par décision des

associés réunis en assemblée générale représentant au moins les trois quarts du capital social. Le gérant nommé par acte séparé est révocable par une décision des associés représentant plus de la moitié du capital social.

L'article 122 précité n'écarte pas le gérant intéressé du vote que ce soit explicitement ou implicitement.

D'après l'article 11 du code des sociétés commerciales, tout associé a le droit de participer aux assemblées générales. Une

disposition légale est nécessaire pour priver un associé de ce droit de vote. Une telle privation n'est envisagée que par l'article 115 pour l'approbation d'une convention passée avec la société. La révocation d'un gérant ne présente pas un caractère conventionnel. Elle est une décision unilatérale, d'ordre institutionnel. Elle ne tombe pas dans le cadre de l'article 115.

Ainsi, un gérant associé de SARL est en droit de voter sur sa propre révocation.

Minoritaires :

L'éviction des actionnaires minoritaires par un "coup d'accordéon"

Le "coup d'accordéon" consiste en une réduction de capital suivie d'une augmentation de capital. Cette opération peut avoir pour conséquence l'expropriation pure et simple des actionnaires lorsque leur droit préférentiel de souscription à l'augmentation de capital est supprimé.

La question qui se pose est celle de savoir si de telles opérations permettant à la fois de recapitaliser une société et d'en transmettre le contrôle est légitime ?

1. En quoi consiste un coup d'accordéon ?

Pour résorber les pertes accumulées et recapitaliser une société, il est fréquent de recourir au double mécanisme de la réduction du capital à zéro par annulation des actions existantes suivie d'une augmentation de capital, opération expressément autorisée par la loi (art. 310 du code des sociétés commerciales). A ce stade, ce n'est qu'un mode de reconstitution des fonds propres.

Le problème qui se pose parfois à certains actionnaires vient du fait qu'une telle opération peut s'accompagner de la transmission de l'entreprise à un tiers. Pour atteindre ce résultat, il y a lieu de supprimer le droit préférentiel de souscription et de réserver l'augmentation de capital au dit-tiers. Les actionnaires minoritaires, ne disposant pas par définition de la minorité de blocage, ne peuvent pas s'opposer à la suppression du droit préférentiel de souscription au bénéfice du repreneur. A l'issue de cette double opération (le coup d'accordéon), les actionnaires minoritaires se trouvent évincés de la société, désormais contrôlée par le seul repreneur.

Deux arguments sont généralement mis en

avant par les actionnaires minoritaires de la société pour démontrer que leur exclusion du capital de la société leur cause un préjudice.

L'atteinte au droit de propriété. Les minoritaires soutiennent d'abord que la suppression du droit préférentiel de souscription a pour effet de porter atteinte à leur droit de propriété, droit constitutionnellement protégé.

Toutefois, le droit préférentiel de souscription est généralement supprimé pour tous les actionnaires et que majoritaires et minoritaires avaient été traités sur un pied d'égalité dans une situation où la survie de l'entreprise est en jeu. En outre, il n'y a pas vraiment atteinte au droit de propriété des actionnaires car la réduction du capital à zéro sanctionne leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports, tout procédé par lequel ils tenteraient d'échapper à cette obligation étant frappé de nullité.

2. L'augmentation des engagements des actionnaires : Les minoritaires soutiennent que leur éviction s'analyse en une augmentation de leurs engagements.

Toutefois, les engagements des actionnaires ne peuvent être considérés comme ayant été augmentés que s'il y a aggravation de leurs dettes. Or, une diminution de leurs droits d'actionnaires ne constitue pas une augmentation de leurs engagements.

En fait, la majorité des auteurs admet que lorsque la survie de l'entreprise est en jeu, l'atteinte au droit préférentiel de souscription de l'actionnaire est admissible. Il n'en demeure pas moins que le coup d'accordéon qui aurait pour unique dessein de servir les intérêts d'un groupe

d'actionnaires majoritaires au détriment d'actionnaires minoritaires reste critiquable. Il en va ainsi si les actionnaires majoritaires décident de supprimer le droit préférentiel de souscription

au bénéfice de tel d'entre eux. De tels agissements relèvent en effet de l'abus de majorité qui doit être sanctionné.

Objet social :

Modification de l'objet social par le conseil d'administration

En application de l'article 9 du code des sociétés commerciales, les statuts doivent préciser l'objet social, celui-ci devant donc être déterminé avec une suffisante précision. L'objet social, c'est le but de la société, c'est-à-dire l'ensemble des opérations économiques en vue desquelles elle a été créée.

La société ne bénéficie de la personnalité juridique que pour la réalisation de cet objet fixé par les statuts.

Au regard de la loi, seule l'assemblée générale extraordinaire est habilitée à modifier l'objet social parce qu'il s'agit de modifier les statuts de la société. Le vice de procédure est ici manifeste et entache corrélativement la dénaturation substantielle de l'objet social par un organe en principe incompétent, le conseil d'administration.

La modification de l'objet social par un organe

notoirement incompétent doit être condamnée par le juge. Même si les associés ne contestent la décision du conseil d'administration de modifier l'objet social avant de la sanctionner alors qu'ils doivent relever d'office une telle irrégularité.

En effet, rappelons-le, la société doit en droit exercer son activité dans le cadre et les limites de son objet statutaire. Corrélativement, le changement de son activité doit normalement s'accompagner d'une modification de la lettre des statuts. Si cette procédure n'étant pas respectée, nous sommes incontestablement en présence d'une modification en fait de l'objet social. Par le fait de la décision de son conseil d'administration, la société est en réalité amenée à entreprendre une activité sociale nouvelle sans prendre la peine de modifier ses statuts.

