

Le Manuel Permanent du Droit des Affaires

tunisien

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 168

Mai 2009

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Baux commerciaux :

I/ La fixation du loyer est-elle libre ?

Quelles sont les conditions de fixation du loyer lors de la conclusion du bail et quelles sont les modalités de sa révision ? **P. 4**

II. Les frais de rédaction et d'enregistrement afférents aux contrats des baux commerciaux : La détermination du débiteur des frais de rédaction et d'enregistrement

A qui incombent les frais de rédaction et d'enregistrement de l'acte de bai commercial ? **P. 5**

Etrangers :

Conditions d'exercice des activités commerciales par les étrangers

Un étranger peut-il avoir une participation majoritaire dans une société de commerce tunisienne et être gérant de cette société ?

Fiscalité de l'entreprise

P. 5

Bénéfices non commerciaux :

Passage du régime de l'évaluation administrative au régime réel

Le fait de déposer des états financiers rend-il d'office le contribuable soumis au régime réel malgré son option pour le forfait d'assiette ?

P. 5

Droits d'enregistrement et de timbre :

Enregistrement au droit fixe de la première mutation de bâtiments ou de terrains aménagés pour l'exercice d'activités économiques ou de terrains à usage d'habitation : Conditions d'octroi du régime

Le bénéfice de l'enregistrement au droit fixe de la première mutation de bâtiments ou de terrains aménagés pour l'exercice d'activités économiques ou de terrains à usage d'habitation n'est nullement soumis au dépôt de la

	déclaration d'investissement.	P. 6
Facture - Facturation :		
La nouvelle obligation de facturation : Personnes concernées	Quelles sont les personnes concernées par la nouvelle obligation de facturation ?	P. 6
Impôt sur le revenu :		
Conversion des comptes épargne des personnes physiques en comptes épargne pour l'investissement : Quelles sont les conséquences fiscales de la conversion des comptes épargne en comptes épargne pour l'investissement ?	Les personnes physiques peuvent transférer les comptes d'épargnes en comptes d'épargne pour l'investissement sans remboursement des avantages octroyés au titre du compte initial.	P. 7
Impôt sur les sociétés :		
Déductibilité des rémunérations aux dirigeants des sociétés anonymes	Les rémunérations des dirigeants des sociétés anonymes ne sont déductibles qu'autant qu'elles correspondent " à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard à l'importance du service rendu"	P. 8
Fonds de commerce :		
Cession de fonds de commerce et location-gérance	Peut-on utiliser la location-gérance comme moyen de transmission d'entreprise ?	P. 9
Obligations sociales de l'entreprise		
Durée du travail :		
Heures supplémentaires, incidences des jours fériés et congés payés	Quelles incidences les jours fériés chômés ont-ils sur le décompte hebdomadaire des heures supplémentaires ?	P. 10
Congé de maladie :		
Le contrôle médical patronal des arrêts de travail du salarié malade : Les sanctions du contrôle médical patronal	L'employeur peut-il licencier le salarié qui n'a pas repris immédiatement son travail malgré l'avis du médecin contrôleur ?	P. 11
Prime de fin d'année :		
Droit à la prime de fin d'année	Les primes de fin d'année sont-elles obligatoires pour l'employeur ?	P. 12
Rupture du contrat de travail :		
Absences pour rechercher un emploi	Dans quelles conditions y a-t-il un droit au congé de sollicitation pendant la période de préavis ?	P. 12
Traite - Lettre de change :		
L'acceptation d'une lettre de change	Quels sont les mécanismes et les effets de l'acceptation d'une lettre de change ?	P. 13
Ventes commerciales :		
La lésion dans les ventes commerciales	Les commerçants peuvent-ils invoquer aisément la lésion pour demander la rescision du contrat de vente ?	P. 14

DEUXIEME PARTIE**Administration et direction de la société anonyme :**

Les rémunérations, avantages et indemnités de départ destinés aux dirigeants sociaux des sociétés anonymes d'après la loi du 16 mars 2009. **P. 15**

Rémunérations des dirigeants des sociétés anonymes**Dirigeants sociaux :****I/ La rémunération des dirigeants sociaux : La fixation de la rémunération du président directeur général de la société anonyme**

Il est interdit que le président directeur général de la société anonyme se fasse unilatéralement fixer le montant de sa rémunération. **P. 16**

II/ L'engagement d'une société commerciale par son dirigeant : Portée et limites

Le dirigeant d'une société commerciale peut-il effectuer des actes à titre gratuit, telle qu'une donation par exemple ? **P. 17**

Gérant de SARL :**I. La révocation du gérant nommé par acte séparé et devenu statutaire en cours de vie sociale.**

Quelles sont les conditions de révocabilité du gérant d'une société à responsabilité limitée désigné par un acte postérieur et extérieur aux statuts et devenu par la suite statutaire ? **P. 18**

II. La révocation improvisée du gérant en l'absence d'une inscription à l'ordre du jour de l'assemblée

La révocation des gérants de SARL peut-elle être décidée sans que la question ne figure à l'ordre du jour ? **P. 18**

Dividendes :**La détermination du titulaire des dividendes lors d'une cession des droits sociaux**

Quel est le sort des dividendes lors d'une cession de droits sociaux ? **P. 19**

Domiciliation des entreprises :**Quelle domiciliation pour le promoteur individuel**

Le promoteur individuel peut désigner tout ou partie de la résidence en tant que siège social de l'entreprise ou pour l'exercice d'une activité professionnelle pendant les cinq premières années d'activité et ce à l'exception des activités qui requièrent des espaces aménagés. **P. 20**

PREMIERE PARTIE

Baux commerciaux :

I/ La fixation du loyer est-elle libre ?

Lors de la prise de possession du bail commercial, le montant du loyer est librement déterminé par les parties dans le contrat.

Ce montant n'est cependant pas figé et peut faire l'objet d'une variation en cours de bail ou lors de son renouvellement selon des règles bien établies.

I. Fixation du loyer lors de la prise de possession du bail : Le prix du bail est fixé librement par le bailleur et le locataire lors de la conclusion du contrat de bail. Lors de la conclusion du contrat de bail originaire, les parties déterminent donc librement le loyer selon le principe de la liberté des conventions énoncé par l'article 242 du code des obligations et des contrats.

Le juge ne peut pas se substituer aux parties pour imposer un loyer lors de la conclusion du contrat de bail.

Bien que le loyer n'est pas soumis à des règles légales précises, mais il est en principe fondé sur la valeur locative des locaux.

Cette valeur dépend d'éléments multiples, dont les caractéristiques du local, la destination des lieux, les obligations respectives des parties au contrat, les facteurs locaux de commercialité, les prix couramment pratiqués dans le voisinage.

Le prix du bail correspond en général au prix du marché, c'est-à-dire au prix qu'il est habituel de demander pour une surface analogue à celle du local, située à proximité sur un emplacement comparable. Pour l'apprécier, il faut :

- se renseigner auprès des commerçants voisins ;
- consulter les offres de location pouvant exister dans le voisinage (agences spécialisées, annonces dans la presse, etc.).

Cependant, certains facteurs peuvent également jouer soit à la hausse, soit à la baisse du loyer :

- si le bail octroie au locataire des avantages inhabituels (exemples : bail tous commerces, absence de pas de porte), le loyer peut être plus élevé que le prix du marché ;

- en cas de charges exorbitantes, le loyer peut être négocié à la baisse.

II. Variation du loyer en cours de bail : En cours de bail, les règles liées à l'augmentation du loyer diffèrent suivant que ce dernier est révisé tous les trois ans ou en fonction d'une clause d'échelle mobile.

1. La révision triennale : La fixation du loyer révisé est dominée par deux principes :

- l'article 22 de la loi du 25 mai 1977 exige que le loyer révisé doit correspondre à la valeur locative équitable des lieux loués et donne, à titre indicatif, quelques éléments à partir desquels sera déterminée cette notion de valeur locative équitable,

- et l'article 25 de la loi du 25 mai 1977 qui exige, pour la révision du loyer, une variation de plus du quart de cette valeur locative.

2. La révision conventionnelle : La clause d'échelle mobile : Par dérogation aux dispositions relatives à la révision légale (triennale), les parties peuvent convenir dans le bail d'une autre technique de révision : la clause d'échelle mobile ou d'indexation.

Le loyer est alors indexé automatiquement en fonction de la variation de l'indice retenu dans le contrat selon une périodicité déterminée (généralement une augmentation annuelle).

Si, par le jeu de cette clause, la variation provoquée entraîne une augmentation de loyer de plus du quart par rapport au prix précédemment fixé, chacune des parties peut alors demander la révision judiciaire du loyer.

III/ Les frais de rédaction et d'enregistrement afférents aux contrats des baux commerciaux : La détermination du débiteur des frais de rédaction et d'enregistrement

Les frais de rédaction et d'enregistrement des baux commerciaux sont source de conflit entre le bailleur et le locataire car d'une part, la loi n'est pas assez précise dans la détermination de leur débiteur et les parties sont totalement libres de prévoir leur répartition dans le contrat de bail.

Aux termes de l'article 741 du code des obligations et des contrats :

"- Les frais de délivrance sont à la charge du bailleur.

- Les frais d'actes sont à la charge de chacune des deux parties pour le titre qui lui est délivré; ceux d'enlèvement et de réception de la chose louée sont à la charge du preneur.

- Le tout, sauf usage ou stipulation contraire."

L'article 741 du code précité prévoit donc, sauf usage ou clause contractuelle contraire, le partage de ces frais entre le bailleur et le locataire, chacun pour le titre qui lui est délivré.

Dans la pratique, la plupart des contrats mettent à la charge du preneur tous les frais liés à la conclusion du bail.

En réalité, de telles clauses déséquilibrent le contrat au détriment du locataire qui prend à sa charge exclusive les sommes permettant la conclusion d'un contrat profitant aux deux parties.

Etrangers :

Conditions d'exercice des activités commerciales par les étrangers

Les étrangers peuvent entrer dans une société tunisienne ? Pour une SARL de distribution de produits acquis localement ou importés, un non résident pourra-t-il avoir une participation dans cette société de plus de 50% dans le capital social et peut-il être gérant de cette société ?

Peu importe la nationalité de l'associé : les étrangers peuvent, en principe sans conditions particulières, entrer dans des sociétés tunisiennes. Néanmoins, la règle est assortie d'exceptions.

En effet, dans le cadre du code d'incitations aux investissements, l'investissement se réalise librement sur simple déclaration. Les étrangers peuvent détenir sans autorisation préalable jusqu'à 100% du capital des projets, à l'exception:

- des activités de services non totalement exportatrices soumises à autorisation lorsque la participation étrangère dépasse 50%;

- de l'appropriation de la terre agricole qui, cependant, peut faire l'objet d'un bail à long terme.

L'exercice d'une activité commerciale dans le cadre d'une société tunisienne par des étrangers en Tunisie, en dehors du code d'incitations aux investissements, doit respecter les dispositions prévues le décret loi n° 61-14 du 30 août 1961 relatif aux conditions d'exercice de certaines activités commerciales.

Selon l'article 3 du décret-loi précité, la société sera de nationalité étrangère si la participation des étrangers est supérieure à 50% du capital et la gérance assurée par des personnes de nationalité étrangère auquel une carte de commerce sera nécessaire.

Il s'ensuit que le commerce intérieur ne peut être exercé par une société que si la majorité du capital est détenue par des Tunisiens auxquels incombe la gestion.

Fiscalité de l'entreprise

Bénéfices non commerciaux :

Passage du régime de l'évaluation administrative au régime réel

Les revenus relevant de la catégorie des bénéfices non commerciaux sont soumis à

l'impôt selon deux régimes :

- le régime du forfait d'assiette ;
- le régime réel.

Les personnes physiques soumises à l'impôt sur le revenu sur la base d'un bénéfice forfaitaire au titre des bénéfices des professions non commerciales sont tenues de joindre à leurs déclarations de revenus :

- un état indiquant leur chiffre d'affaires ou recettes annuelles, selon le cas ;
- et le montant des achats et des dépenses déductibles pour la détermination de leur bénéfice ou revenu.

Mais le fait de déposer des états financiers au

lieu des documents prévus pour les forfaitaires rend-t-il d'office le contribuable soumis au régime réel.

En réalité, le choix de se placer en régime réel est effectué à l'initiative du contribuable et n'exige aucune formalité particulière d'option auprès de l'administration fiscale.

Le contribuable doit annuellement renouveler son option au régime d'assiette en cochant la case prévue à cet effet dans la déclaration de l'impôt sur le revenu, et ce, quels que soient les documents joints à la déclaration.

Droits d'enregistrement et de timbre :

Enregistrement au droit fixe de la première mutation de bâtiments ou de terrains aménagés pour l'exercice d'activités économiques ou de terrains à usage d'habitation : Conditions d'octroi du régime

Aux termes de l'article 58 du code d'incitation aux investissements, "Sont enregistrés au droit fixe les contrats relatifs à l'acquisition auprès des promoteurs immobiliers de bâtiments ou terrains aménagés pour l'exercice d'activités économiques ou de terrains destinés à la construction d'immeubles à usage d'habitation à condition qu'ils n'aient pas fait l'objet d'une exploitation ou d'une vente antérieure par ces promoteurs.

Dans sa note commune n° 27 de l'année 2000, l'administration fiscale a prévu que l'enregistrement de l'acte d'acquisitions au droit fixe est subordonné à la réalisation des conditions suivantes :

- Le contrat d'acquisition doit être établi dans le cadre d'une première mutation.
- Le vendeur doit être un promoteur immobilier agréé.
- Le terrain ou la construction ne doit pas avoir fait l'objet d'une exploitation antérieure par le

promoteur immobilier.

- Le bien (terrain ou construction), objet de la mutation, doit être destiné à l'habitation ou à l'exercice d'activités économiques.

Enfin, pour les mutations de terrains ou de constructions destinés à l'exercice d'activité économiques, l'acquéreur doit présenter à l'appui de l'acte à enregistrer l'attestation de dépôt de déclaration prévue par l'article 2 du code d'incitations aux investissements.

Or, le dépôt d'une copie de la déclaration d'investissement n'est nullement exigé par l'article 58 du code d'incitations aux investissements. C'est dans ce sens que la cour d'appel de Tunis dans son arrêt n° 78095 en date du 10 décembre 2008 a jugé que le texte n'a pas érigé le dépôt de la déclaration d'investissement en condition de bénéfice de l'enregistrement au droit fixe.

Facture - Facturation :

La nouvelle obligation de facturation : Personnes concernées

L'article 35 de la loi n°2008-77 du 22 décembre 2008 portant loi de finances pour l'année 2009 a prévu la consécration de la législation en vigueur relative à l'obligation incombant à toutes les personnes physiques ou les personnes morales

soumises à l'obligation de dépôt de la déclaration d'existence, d'émettre des factures conformes aux dispositions de l'article 18 du code de la TVA.

La mesure prévue à l'article 35 de la loi de finances pour l'année 2009 concerne toutes les personnes physiques ou les personnes morales soumises légalement à l'obligation de dépôt de la déclaration d'existence conformément aux dispositions de l'article 56 du code de l'IRPP et de l'IS nonobstant leur régime fiscal en matière de la TVA, et ce, qu'elles :

- soient soumises à titre obligatoire ou optionnel à ladite taxe au titre de la totalité du chiffre d'affaires ou partiellement,

- exercent une activité située hors champ d'application de ladite taxe ou portant sur des services ou des produits exonérés.

Sur cette base, la nouvelle obligation relative à la facturation couvre :

- Les personnes morales soumises à l'IS visées à l'article 45 du code de l'IRPP et de l'IS,

- les personnes physiques exerçant une activité industrielle ou commerciale soumises à l'IR,

- Les personnes exerçant des professions non commerciales soumises à l'impôt sur le revenu selon le régime réel ou ayant opté pour l'imposition selon une base forfaitaire.

L'obligation de facturation couvre également les personnes dont l'activité est hors champ d'application de la TVA ou en est exonérée. Il s'agit notamment :

- Des commerçants grossistes en produits alimentaires,

- Des commerçants détaillants dont le chiffre d'affaires annuel est inférieur à 100 mille dinars

et des commerçants détaillants dont le chiffre d'affaires annuel dépasse ce seuil et dont l'activité se limite à la commercialisation :

* de produits alimentaires,

* de produits soumis à l'homologation administrative des prix,

* des médicaments et produits pharmaceutiques.

- Des personnes exerçant dans des secteurs exonérés de la TVA en vertu de textes particuliers ou du tableau " A " annexé au code de la TVA. Il s'agit notamment des :

* fabricants des pâtes alimentaires ordinaires,
* minotiers,

* producteurs et vendeurs des huiles végétales destinées à l'alimentation humaine et dérivés,

* fabricants de sucre,

* fabricants et vendeurs du papier destiné à l'édition des journaux,

* fabricants et vendeurs des chauffe-eaux solaires...

Enfin, sont dispensés de la nouvelle obligation relative à la facturation, les personnes physiques réalisant des bénéfices industriels ou commerciaux soumises à l'imposition forfaitaire prévue au paragraphe IV de l'article 44 du code de l'IRPP et de l'IS.

Impôt sur le revenu :

Conversion des comptes épargne des personnes physiques en comptes épargne pour l'investissement : Quelles sont les conséquences fiscales de la conversion des comptes épargne en comptes épargne pour l'investissement ?

L'article 17 de la loi n°2007-69 du 27 décembre 2007 relative à l'incitation à l'initiative économique a permis aux personnes physiques de convertir leurs comptes épargne, ouverts auprès d'un établissement de crédit ayant la qualité de banque ou auprès de la Caisse d'Epargne Nationale de Tunisie ou auprès d'un intermédiaire en bourse en un compte épargne pour l'investissement.

Les conditions de la conversion ont été fixées

par le décret n° 2008-384 du 11 février 2008.

Les comptes épargne concernés par la conversion en compte épargne pour l'investissement prévu par l'article 39 bis du code de l'IRPP et de l'IS sont :

- les comptes épargne-logement,
- les comptes épargne-études,
- et les comptes épargne en actions.

Pour inciter les personnes physiques titulaires de comptes épargne à convertir leurs comptes en comptes épargne pour l'investissement, la loi relative à l'initiative économique a prévu les conséquences fiscales suivantes :

1. Au niveau des comptes convertis

a. Conséquences de la conversion au regard des comptes épargne étude et des comptes épargne logement : La conversion des comptes épargne étude et des comptes épargne logement en un compte épargne pour l'investissement ne donne pas lieu à la remise en cause des avantages liés au compte initial.

Pour la conversion d'un compte épargne logement en un compte épargne pour l'investissement, il est procédé au transfert du compte sans remise en cause de la rémunération servie au titre du compte épargne logement jusqu'à la date du transfert.

Par ailleurs, aussi bien dans ce cas que dans le cas de la conversion des comptes épargne-études, aucune retenue à la source n'est effectuée sur les intérêts relatifs auxdits comptes et ayant bénéficié de l'exonération prévue par l'article 38 du code de l'IRPP et de l'IS.

b. Conséquences de la conversion au regard des comptes épargne en actions : Dans le cas de la conversion d'un compte épargne en actions, l'organisme auprès duquel le compte épargne en actions est ouvert procède après cession des valeurs mobilières au transfert des produits de la cession au compte épargne pour l'investissement sans remise en cause de l'avantage fiscal rattaché à ces comptes ce qui implique la dispense pour le titulaire du compte, de produire une attestation de régularisation de la situation fiscale au titre des montants déposés dans le compte initial et ayant bénéficié de la déduction prévue par l'article 39 paragraphe VIII

du code de l'IRPP et de l'IS.

2. Au niveau du compte épargne pour l'investissement : La conversion des comptes en question en un compte épargne pour l'investissement donne droit aux avantages liés audit compte tels que prévus par le code de l'IRPP et de l'IS et ce, aussi bien au niveau des montants transférés qu'au niveau des intérêts y relatifs :

a. Avantages liés aux montants transférés : Le montant transféré d'un compte épargne-études, d'un compte épargne en actions ou d'un compte épargne logement à un compte épargne pour l'investissement est déductible de l'assiette imposable de l'année de la conversion et ce, dans la limite de 20.000 D et sous réserve du minimum d'impôt prévu par l'article 12 bis de la loi n° 89-114 du 30 décembre 1989 fixé à 60% de l'IR dû sur le revenu global. La déduction a lieu sur la base de l'attestation de dépôt délivrée par l'organisme auprès duquel a eu lieu la conversion.

Toutefois, pour le montant provenant d'un compte épargne en actions dont la période de l'épargne n'a pas expiré à la date de la conversion, la déduction est limitée aux produits générés par lesdits comptes soit, la plus value, les dividendes et tout autre montant n'ayant pas bénéficié d'une déduction.

b. Avantages liés aux intérêts : Les intérêts générés par les montants transférés à un compte épargne pour l'investissement sont exonérés de l'impôt sur le revenu et ce, dans la limite de 2000D annuellement.

Impôt sur les sociétés :

Déductibilité des rémunérations aux dirigeants des sociétés anonymes

La notion de rémunération fiscalement abusive est parfois ignorée, volontairement ou non, par les dirigeants de sociétés. Elle est pourtant importante dans la mesure où elle peut donner lieu à des redressements significatifs.

Le caractère abusif ou non de la rémunération ne concerne pas les dirigeants-associés des sociétés de personnes soumises à l'impôt sur le revenu. Dans ces cas, en effet, les

rémunérations en question ne sont pas déductibles du résultat de l'entreprise concernée et l'administration n'y porte donc aucun intérêt.

En revanche, les rémunérations versées par une société anonymes soumise à l'impôt sur les sociétés viennent diminuer le résultat imposable : elles ne sont déductibles que dans la mesure où "elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard au service rendu

(BODI n° 6, P. 31, décision n° 592-593).

Ce principe concerne l'ensemble des personnes rémunérées, y compris les simples salariés de base. Dans la pratique, sauf cas exceptionnel et manifestement exagéré, l'administration ne contrôle généralement que les dirigeants et les associés des sociétés anonymes et des Sarl, notamment dans les petites sociétés familiales.

1. Le travail effectif : L'administration fiscale sanctionne d'abord les salaires de complaisance versés à des personnes qui n'effectuent aucun travail véritable. Les agents de l'administration ne manquent pas de moyens d'information et peuvent se livrer à de véritables enquêtes : l'intéressé a-t-il produit des notes ou rapports ? Occupe-t-il un bureau ?

Naturellement, ce contrôle peut s'exercer non seulement sur les salaires proprement dits mais aussi sur toutes les autres formes de rémunération (honoraires, etc.).

Dans certains cas, l'administration pourra par exemple s'interroger sur la rémunération versée à un ancien associé qui a vendu ses titres ?

Elle vérifiera notamment si cette rémunération ne constitue pas un mode de paiement échelonné du prix de cession.

2. Le service rendu : Même quand le travail est

réel, la rémunération doit être proportionnelle au service rendu. L'appréciation est ici plus subjective et entraîne de fréquents contentieux.

L'administration fiscale prendra tout d'abord en compte l'ensemble de la rémunération sous toutes ses formes, y compris les éventuels avantages en nature accordés au dirigeant. Elle vérifiera si ces avantages sont évalués à leur juste coût et s'ils correspondent au service rendu.

Reste à apprécier le caractère excessif ou non de la rémunération, ce qui ne peut se faire qu'en fonction de la situation spécifique à chaque société. Généralement, l'administration tient compte de plusieurs facteurs :

- le niveau de rémunération dans des entreprises comparables,
- la qualification professionnelle de l'intéressé,
- l'étendue de ses responsabilités au sein de l'entreprise,
- le niveau de rémunération des autres salariés,
- la situation financière de l'entreprise et notamment l'évolution de ses résultats.

Quand la rémunération des dirigeants ou associés est jugée anormale, la fraction excessive est réintégrée au bénéfice. Elle est assimilée à une distribution occulte de revenus mobiliers entre les mains des intéressés.

Fonds de commerce :

Cession de fonds de commerce et location-gérance

L'acquisition d'une activité - reprise d'un fond de commerce ou d'une société - est une opération délicate pour celui qui l'entreprend qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une entreprise.

En effet, les risques financiers que prend l'acquéreur sont très importants car, étant la plupart du temps étranger à l'entreprise ou à l'activité qu'il va reprendre, il n'en a pas une connaissance approfondie.

Pour se prémunir contre ces risques le repreneur, avec le concours d'experts financiers, a bien évidemment accès aux documents comptables et fiscaux (bilans, comptes de résultats, journal et livres comptables), aux livres sociaux, aux contrats (statuts, procès verbaux des décisions des associés) et procède à un audit complet de la cible (social, commercial, fiscal et juridique).

Cependant, malgré ces précautions, une période " probatoire " peut s'avérer utile voire nécessaire pour s'assurer de la viabilité du projet de reprise.

De son côté, le chef d'entreprise souhaite préparer en douceur la cession de son entreprise et s'assurer des facultés du repreneur potentiel à continuer le développement de la société qu'il cède.

La location gérance, connue de longue date par les commerçants, peut être un outil efficace pour les entreprises afin de sécuriser la transaction pour le cédant comme pour l'acquéreur.

1. Définition de la location-gérance :

La location gérance est un contrat par lequel un cédant donne en location un fond de commerce à une personne qui va l'exploiter en ses lieux et place en contrepartie d'une redevance dont le

montant sera proportionnel au chiffre d'affaires ou au résultat, payable mensuellement.

La location gérance est une formule provisoire. La durée du contrat est généralement d'un an renouvelable par tacite reconduction même si on peut trouver des cas plus rare où le contrat a une durée indéterminée. De plus, le sort du fond à la fin de la période de location doit être une préoccupation constante des deux parties qui doit déboucher soit sur une reprise ou sur la rupture des négociations et la récupération du fond par son propriétaire.

2. La location gérance : Une solution transitoire et probatoire

La location gérance présente une alternative intéressante aussi bien pour le futur repreneur que pour le cédant :

a) Pour le cédant :

- Elle permet une vente du fond au moment le plus adéquat.
- Le chef d'entreprise conserve son capital tout en obtenant des revenus au moyen des redevances versées par le locataire gérant.
- Présente un bon moyen de préparer la cession de son entreprise tout en testant les capacités du futur repreneur.
- La location gérance peut présenter un intérêt tout particulier pour le chef d'entreprise pour préparer la transmission d'entreprise dans le cadre familial.

a) Pour l'acquéreur :

- Il peut tester les potentialités du fond et ses perspectives de rendement.
- La location gérance permet à l'acquéreur de trouver les financements nécessaires à l'acquisition finale pendant la durée du contrat et de prouver à ses partenaires financiers qu'il a les compétences nécessaires pour reprendre le fond.

3. Les risques de la location gérance

Pendant un délai de 6 mois à compter de la date de publication du contrat de location gérance, le bailleur est solidairement responsable avec le locataire gérant des dettes d'exploitation contractées par ce dernier mais également, pendant toute la durée du contrat, des impôts dus à titre d'exploitation du fond.

A la fin de contrat, le bailleur peut récupérer un fond dont la valeur se trouve très diminuée n'ayant pas de droit de regard sur la gestion de l'entreprise par le locataire gérant.

De son côté, le locataire gérant court le risque de se retrouver en dehors de l'affaire sans aucune indemnité même s'il a pu développer le fond pendant la période du contrat ; sa position reste donc précaire.

4. Les cas d'application de la location gérance

La location gérance peut donc être une étape temporaire pour mener à bien une reprise d'entreprise et éviter ainsi les difficultés inhérentes à ce type d'opérations. Néanmoins, il existe d'autres situations où cet outil s'adapte parfaitement :

- Lors de la présence d'une indivision portant sur un fond de commerce ou une industrie.
"
- Lorsque le fond de commerce est échu à un mineur ou à une personne étrangère à l'activité et incapable de bien gérer le fond.
"
- Durant un redressement judiciaire, le tribunal peut autoriser un contrat de location gérance comportant l'engagement d'acquiescer l'entreprise à son terme.

L'intérêt de la location gérance réside dans sa souplesse (durée, rémunération, rupture,...), et permet aux deux acteurs (cédant et repreneur) de se donner le temps de réaliser ou non l'opération en toute connaissance de cause.

Obligations sociales de l'entreprise

Durée du travail :

Heures supplémentaires, incidences des jours fériés et congés payés

Conformément aux dispositions de l'article 90 du code du travail, "Sont considérées comme

heures supplémentaires les heures de travail effectuées au-delà de la durée hebdomadaire normale".

Pour calculer la durée normale de travail et déterminer ensuite le nombre d'heures supplémentaires, il n'est tenu compte que des heures de travail effectif. Ainsi, les jours fériés et les congés payés ne correspondant pas à un travail effectif ne peuvent être décomptés dans la durée normale de travail.

Il s'ensuit que sauf usage contraire (et rappelons le l'usage est une source de droit), ces jours n'ont pas à être pris en compte pour la détermination de l'assiette de calcul des droits à majoration pour heures supplémentaires (Cass. soc. Franç. 1-12-2004 n° 2301 : RJS 4/05 n°

392).

En revanche, en vertu de la règle selon laquelle le chômage d'un jour férié (et non d'un jour de congé) ne peut être la cause d'une réduction de la rémunération, la rémunération du jour férié doit inclure les majorations pour heures supplémentaires : si les heures ainsi effectuées font passer la durée de travail de la semaine à plus de 48 heures ou de 40 heures, les majorations légales pour heures supplémentaires joueront : par exemple si le salarié effectue 9 heures par jour il y a lieu de lui régler la majoration pour 1 heure supplémentaire au titre de ce jour férié.

Congé de maladie :

Le contrôle médical patronal des arrêts de travail du salarié malade : Les sanctions du contrôle médical patronal

L'article 34 de la convention collective cadre traitant des arrêts de travail du salarié malade dispose que L'employeur se réserve le droit de faire effectuer à domicile tout contrôle médical qu'il jugera utile. Cependant, ni la convention collective cadre ni les conventions collectives sectorielles ne prévoient les sanctions du contrôle patronal.

Lorsque le salarié s'est soustrait sans motif légitime au contrôle médical patronal ou encore lorsque la contre-visite a conclu à son aptitude à reprendre le travail, l'employeur est déchargé de son obligation de verser les indemnités complémentaires de maladie. De plus dans la seconde hypothèse, le salarié est tenu de reprendre en principe immédiatement son travail puisqu'il est établi que "son absence au travail n'est plus justifiée".

En effet, la contre-visite concluant à la reprise du travail ôte toute justification à l'absence du salarié. Le salarié doit donc en principe reprendre immédiatement son travail.

Mais l'employeur peut-il aller au-delà de la suppression des indemnités complémentaires de maladie et prononcer des sanctions disciplinaires allant jusqu'au licenciement, au motif que le salarié qui n'a pas repris immédiatement son travail malgré l'avis du médecin contrôleur se trouverait en situation d'absence injustifiée ?

En d'autres termes, le salarié peut-il être

sanctionné, autrement que par la perte des indemnités complémentaires de maladie, dès lors qu'il ne reprend pas son travail malgré les résultats de la contre-visite, mais qu'il s'en tient aux prescriptions de son médecin traitant dans la mesure où la période d'arrêt de travail initialement fixée par ce médecin n'est pas expirée ?

En réalité, le fait pour le salarié de s'en tenir aux prescriptions de son médecin traitant n'a pas un caractère fautif et que les conclusions du médecin contrôleur ne pouvaient avoir pour effet que de priver la salariée des indemnités complémentaires de maladie versées par l'employeur.

Cette solution est logique car en décider autrement conférerait au médecin contrôleur la possibilité de mettre fin à la période de suspension du contrat de travail provoquée par la maladie. Or la suspension du contrat de travail ne peut prendre fin qu'à l'issue du dernier arrêt de travail prescrit par le médecin traitant du salarié.

En outre la solution contraire aboutirait à sanctionner plus lourdement le salarié qui accepte de se soumettre à la contre-visite (même si ultérieurement il n'en suit pas les prescriptions) que celui qui refuse sans motif légitime de se soumettre à un tel contrôle et qui ne risque alors que la perte du droit aux indemnités conventionnelles complémentaires de maladie.

Le seul objet de la contre-visite est en effet de contrôler si le droit aux indemnités complémentaires de maladie est ouvert au salarié, la portée du contrôle médical patronal ne

saurait aller au-delà du fondement qui lui sert de cause.

Prime de fin d'année :

Droit à la prime de fin d'année

Contrairement à une idée largement répandue, il n'existe pas de dispositions légales établissant un droit à la prime de fin d'année. En réalité, le droit à celle-ci peut trouver son origine dans différentes sources de droit : une convention collective sectorielle de travail, le règlement de travail de l'entreprise, une convention individuelle entre le travailleur et l'employeur ou encore un usage né au sein de l'entreprise. Habituellement, ce sont les conventions collectives qui déterminent les conditions d'octroi de la prime, son montant, le moment de son paiement, le droit éventuel à un prorata en cas de départ avant le paiement de la prime.

A défaut de convention collective sectorielle de travail, il se peut que le droit à une prime de fin d'année soit expressément prévu dans le règlement de travail ou le contrat de travail individuel. Il est alors conseillé d'y régler toutes les modalités d'octroi de cette prime. A défaut, on considère que l'employé aura droit, dans n'importe quel cas de figure, à un prorata de prime suivant ses prestations de l'année (qu'il démissionne ou qu'il soit licencié, sans condition d'ancienneté, etc.).

A supposer qu'il n'existe aucune convention

collective de travail au sein de l'entreprise et que le règlement de travail ou le contrat individuel ne prévoit rien en la matière, il est toutefois possible qu'une prime de fin d'année soit due en vertu d'un usage ou d'un droit acquis. Trois conditions doivent alors être réunies simultanément pour qu'un usage soit reconnu dans l'entreprise ou que le travailleur puisse se prévaloir d'un droit acquis :

- la permanence : il faut que l'avantage ait été octroyé pendant une période suffisamment longue, ce qui est une question de fait;
- la fixité : la base servant au calcul de l'avantage doit être constante;
- la généralité : l'avantage doit être octroyé à tous les travailleurs d'une même catégorie.

Rupture du contrat de travail :

Absences pour rechercher un emploi

Pendant le délai de préavis, le travailleur peut s'absenter du travail avec maintien de sa rémunération, en vue de rechercher un nouvel emploi.

Lors de la rupture du contrat, sur l'initiative de l'employeur, la loi octroie au travailleur en préavis, des " congés " ou " absences " pour rechercher un nouvel emploi au cours de la durée du préavis. Selon l'article 14 bis du code du travail, " les travailleurs sont autorisés à s'absenter durant toute la deuxième moitié de la durée du préavis en vue de leur permettre de chercher un autre emploi. La durée d'absence est considérée comme travail effectif et n'entraîne aucune réduction de salaires ou d'indemnités.

Le tout sans préjudice des prescriptions spéciales plus avantageuses pour le travailleur résultant de dispositions spéciales prévues par l'accord des parties, la convention collective ou l'usage".

La loi régit ces congés (nombre de jours notamment). Mais il se pose souvent un certain nombre de questions dont les réponses ne figurent pas explicitement dans la loi.

Nous allons passer en revue les principales questions relatives à ce thème.

1. Le droit de s'absenter doit être exercé de bonne foi et dans le but que la loi lui assigne, c'est à dire, en vue de rechercher un emploi, et

non pour des activités étrangères au but visé dans la loi.

Il est évident, et la loi l'a clairement précisé, que le congé doit être pris en vue de rechercher un emploi.

Si ce n'est pas le cas, l'employeur peut considérer l'absence comme injustifiée et priver le travailleur de la rémunération à laquelle il aurait droit s'il avait respecté l'objectif de cette absence.

L'employeur, selon les cas, pourrait même mettre un terme anticipatif au contrat d'emploi et ce pour motif grave, estimant que la confiance n'existe plus entre lui et le travailleur, et que la faute commise rend immédiatement impossible toute collaboration professionnelle.

2. L'employé doit-il apporter à son employeur des preuves tangibles et concrètes de l'utilisation de son congé pour rechercher un emploi, telles des attestations d'employeurs potentiels ou autres documents ?

L'employé n'est nullement requis de prouver qu'il a bien consacré le jour choisi à la recherche d'emploi.

En effet, la recherche d'emploi prend des formes variables et nécessite des actes dont la preuve n'est pas possible à apporter ou très difficilement.

Ainsi, on peut rechercher un emploi en consultant les médias (papiers ou électroniques), en donnant quelques coups de téléphone à des connaissances ou relations bien ciblées, etc.

Par ailleurs, l'employeur n'a pas à savoir quels employeurs potentiels le travailleur a approchés, cela ressortissant clairement du droit à la vie privée. En outre, le travailleur n'est pas garanti

contre toute mesure de rétorsion éventuelle selon le climat dans lequel a baigné la rupture du contrat.

Toutefois, le travailleur pourrait être amené, dans le cadre d'une contestation de rupture anticipée du contrat pour faute grave, à produire l'une ou l'autre pièce au tribunal visant à contrer les allégations de l'employeur reprochant au travailleur le détournement du droit de s'absenter pour rechercher un emploi.

3. Le travailleur qui a déjà trouvé un emploi, a-t-il toujours droit aux demi-jours d'absence pour rechercher un emploi ?

Etant donné que le travailleur a retrouvé un emploi, il n'a logiquement plus le droit à des absences du travail pour rechercher un emploi.

Cependant, certains estiment que le travailleur peut rechercher un emploi meilleur que celui qu'il a trouvé, justifiant ainsi le maintien du droit aux absences rémunérées.

Enfin, on peut estimer que dans ce cas, l'absence n'est plus couverte par un motif valable, le but recherché ayant été atteint, pour autant qu'un contrat ait déjà été signé avec le nouvel employeur. Si ce n'est pas le cas, le travailleur n'est nullement assuré d'avoir trouvé un nouvel emploi et bénéficie donc toujours du droit aux absences du travail pour rechercher un nouvel emploi.

Traite - Lettre de change :

L'acceptation d'une lettre de change

L'acceptation d'une lettre de change est l'engagement pris par le tiré de payer au bénéficiaire la somme définie dans la lettre de change lorsque celle-ci viendra à échéance.

Le bénéficiaire est dans ce cas doublement garanti, d'une part par le tireur et d'autre part par le tiré.

On utilise aussi le terme d'acceptation lorsque la

banque accepte la traite tirée sur elle-même.

Il s'agit là d'une forme de crédit car le tireur peut alors négocier à son profit la traite acceptée par la banque.

1. Effet de l'acceptation d'une lettre de change

Par l'acceptation, le tiré s'oblige à payer la lettre

de change à l'échéance.

Lorsqu'il a réduit son acceptation à une partie du montant de la lettre de crédit, et dans tout autre cas de modification apportée par l'acceptation aux énonciations de la lettre de change, le tiré n'est tenu à ce titre que dans les termes de son acceptation.

A défaut de paiement de la lettre de change, le porteur, même s'il est le tireur, a contre l'accepteur une action directe résultant de la lettre de change pour son montant majoré des intérêts fixés ainsi que les intérêts légaux et les frais de protêt.

2. Présentation d'une lettre de change à l'acceptation

La lettre de change peut, jusqu'à son échéance, être présentée à l'acceptation du tiré, au lieu de son domicile, par le porteur ou même par un simple détenteur.

Le tireur peut stipuler qu'elle devra être présentée à l'acceptation, avec ou sans fixation de délai, après un certain délai ou même, dans certains cas, interdire la présentation.

En tout état de cause, les lettres de change à terme lointain doivent être présentées à l'acceptation dans le délai d'un an à partir de leur date.

3. Manifestation de l'acceptation d'une lettre de change

Le tiré doit manifester son acceptation par écrit sur la lettre de change.

Il peut l'exprimer par le mot " accepté " ou tout

autre mot équivalent en le faisant suivre de sa signature. Toutefois, sa simple signature apposée au recto de la lettre vaut acceptation.

Quand la lettre est payable à terme ou lorsqu'un délai a été posé pour son acceptation, celle-ci doit en outre être datée du jour où elle a été donnée, à moins que le porteur n'exige qu'elle soit datée du jour de la présentation.

Le tiré peut en outre dans certain cas modifier le lieu où le paiement doit être effectué.

Toute autre modification apportée par l'acceptation aux énonciations de la lettre de change équivaut à un refus d'acceptation. Toutefois, l'accepteur est tenu dans les termes de son acceptation.

4. Acceptation d'une lettre de change créée en exécution d'une fourniture de marchandise

Lorsque la lettre de change est créée en exécution d'une convention relative à des fournitures de marchandises et passée entre commerçants, et que le tireur a satisfait aux obligations résultant pour lui du contrat, le tiré ne peut se refuser à donner son acceptation dès l'expiration d'un délai conforme aux usages normaux du commerce en matière de reconnaissance de marchandises.

Le refus d'acceptation entraîne de plein droit la déchéance du terme aux frais et dépens du tiré.

Ventes commerciales :

La lésion dans les ventes commerciales

La lésion a été définie par la doctrine et la jurisprudence : "c'est le préjudice subi par l'une des parties à un contrat onéreux résultant du déséquilibre ou du défaut d'équivalence entre prestations réciproques nées du contrat".

La lésion peut être encore défini comme le préjudice pécuniaire résultant, pour l'une des parties, d'une inégalité de valeur entre les prestations. L'article 61 du code des obligations et des contrats dispose, dans ce même sens : "Est réputée lésion toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur

effective de la chose."

La lésion est un déséquilibre entre les prestations réciproques que se sont promises les cocontractants, déséquilibre qui doit exister dès la formation du contrat. En d'autres termes, la lésion est le préjudice matériel résultant d'un défaut d'équivalence entre l'avantage qu'elle obtient et le sacrifice qu'elle consent.

En principe, la lésion n'est pas admise dans la vente commerciale. Le rejet de la rescision pour lésion est avant tout un moyen d'assurer la

sécurité juridique. C'est en ce sens que la cour de cassation dans une décision du 21 octobre 1971 a affirmé que (arrêt civil n° 7868 du 21 octobre 1971. Bull de la cour de cassation P.93) dès que les parties au contrat se sont mis d'accord sur la chose et le prix... il n'y a donc pas lieu de procéder à une nouvelle évaluation de la marchandise vendue, les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

En outre la partie lésée ne peut invoquer la lésion à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie (article 60 C.O.C). Dans ce cas, la sanction de la lésion n'est que la sanction d'une faute, d'un comportement malhonnête, s'il y a un déséquilibre financier, c'est parce qu'un des deux cocontractants n'a pas été loyal et qu'il est responsable de la situation.

Toutefois, la lésion donne ouverture à la récession lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou conseil judiciaire dans les formes déterminées

par la loi et bien qu'il n'y ait pas dol de l'autre partie (article 61, alinéa 2 du C.O.C).

Dans ce cas, la lésion ne résulte d'aucune altération de volonté, puisque l'incapable qui en est victime peut l'invoquer en l'absence de tout dol, de son co-contractant et quand bien même il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou conseil judiciaire. Le texte n'établit aucune distinction entre meubles et immeubles, entre vendeur et acheteur, et enfin entre vente volontaire et vente par autorité de justice. Cette absence de restriction renforce la protection des incapables, le moindre objet acheté ou vendu, volontairement ou par autorité de justice, est sujet à restitution si son prix est lésionnaire.

DEUXIEME PARTIE

Administration et direction de la société anonyme :

Rémunérations des dirigeants des sociétés anonymes

La loi n° 2009-16 du 16 mars 2009 modifiant et complétant le code des sociétés commerciales ajoute de nouvelles obligations concernant les éléments de rémunération, indemnités ou avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement des fonctions des dirigeants des sociétés anonymes. Il s'agit de la mise en œuvre de la procédure des conventions réglementées.

Selon le nouvel article 200 du code des sociétés commerciales, "Les obligations et engagements pris par la société elle-même ou par une société qu'elle contrôle au sens de l'article 461 du présent code, au profit de son président-directeur général, directeur général, administrateur délégué, l'un de ses directeurs généraux adjoints, ou de l'un de ses administrateurs, concernant les éléments de leur rémunération, les indemnités ou avantages qui leurs sont attribués ou qui leurs sont dus ou auxquels ils pourraient avoir droit au titre de la cessation ou de la modification de leurs fonctions ou suite à la cessation ou la modification de leurs fonctions, sont soumis aux dispositions des sous-paragraphes 1 et 3 ci-dessus".

Sont ainsi soumis à la procédure des conventions réglementées les engagements :

- correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions (ou postérieurement à celles-ci), à savoir principalement les indemnités de départ et les engagements de retraite. Il n'agit donc pas de la rémunération de l'exercice du mandat social en tant que tel ;

- pris par des sociétés faisant partie d'une chaîne de contrôle qu'il s'agisse de sociétés contrôlées ou contrôlantes au sens de l'article 461 du code des sociétés commerciales.

Avant l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions, l'article 205 du code des sociétés commerciales autorise le conseil d'administration à allouer des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats confiés aux membres du conseil d'administration. Dans ce cas, ces rémunérations portées aux charges d'exploitations de la société, sont soumises aux dispositions régissant les conventions

réglementées.

En dehors de ce cas particulier, où le législateur a expressément inclut la rémunération versée aux administrateurs dans le champ d'application de la procédure de contrôle des conventions réglementées, les rémunérations versées aux dirigeants de la société anonyme ne constituent pas en soi des conventions réglementées.

Un nouveau pas a alors été franchi avec la loi du 16 mars 2009. Cette disposition est délicate puisqu'il faut que le conseil d'administration donne son accord ce qui reviendrait à dire que tous les administrateurs sont impliqués. En outre, la promesse est soumise au Commissaire aux comptes auquel incombe l'obligation de la

rédaction d'un rapport présenté à l'assemblée générale des actionnaires qui doit approuver la convention. Désormais, l'information est de mise. De plus, la convention doit être présentée dans le rapport général sur la gestion de la société présentée par le conseil d'administration durant l'assemblée générale sur l'approbation des comptes. La procédure de contrôle est donc doublée renforçant la transparence sur la fixation et l'attribution de l'indemnité.

Dirigeants sociaux :

I/ La rémunération des dirigeants sociaux : La fixation de la rémunération du président directeur général de la société anonyme

Le président directeur général a le droit à une rémunération destinée à rétribuer ses fonctions de direction au sein de la société ainsi que les responsabilités qui découlent de ces fonctions.

Mais le président directeur général de la société anonyme n'a pas le pouvoir de fixer lui-même sa rémunération. En vertu de l'article 208 du code des sociétés commerciales, il appartient au conseil d'administration d'une société anonyme de fixer les rémunérations du président directeur général.

Le conseil d'administration a une compétence exclusive pour déterminer la rémunération du dirigeant et il lui est interdit de ratifier a posteriori la décision du dirigeant, même si cela n'a causé aucun préjudice à la société.

Le conseil d'administration ne peut pas se contenter de confirmer la décision du président. Un simple assentiment postérieur de la décision est contraire à la loi car le conseil doit statuer sur cette décision. La décision doit être explicite et faire l'objet de réflexions de la part du conseil. Le conseil d'administration est seul compétent pour déterminer la rémunération du dirigeant.

Quand la rémunération n'est pas autorisée par le conseil d'administration, le caractère d'abus de biens peut être retenu quand la rémunération est excessive mais aussi quand elle ne l'est pas. Ce cas de figure est un peu plus rare, il semble qu'il est nécessaire d'avoir d'autres éléments pour retenir l'infraction.

Le défaut d'autorisation apparaît comme

l'élément matériel de l'infraction mais cela ne suffit pas à retenir l'abus mais ne saurait non plus être un fait justificatif pouvant faire échapper le dirigeant à une condamnation. L'autorisation est donc une des formes de reconnaissance du caractère normal de la rémunération.

En l'absence d'une décision régulière du conseil d'administration, le président directeur général de la société encourt la restitution des sommes versées au titre des rémunérations. Il peut également risquer une condamnation pour abus de biens sociaux.

En conclusion, nous pouvons donc constater que l'autorisation préalable ou l'assentiment postérieur des associés ne décharge pas le dirigeant de la condamnation d'abus de biens sociaux. Alors même s'il ne décide pas de sa rémunération, lorsque celle-ci est jugée excessive, c'est sa propre responsabilité qui est mise en cause.

II/ L'engagement d'une société commerciale par son dirigeant : Portée et limites

En matière de sociétés commerciales, une société commerciale est constituée en vue de partager des bénéfices ou de réaliser des économies. En effet, l'article 2 du code des sociétés commerciales dispose que "la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs conviennent d'affecter en commun leurs apports, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourrait résulter de l'activité de la société ", ce principe implique nécessairement que la constitution de la société soit gouvernée par une finalité intéressée. Dans ces conditions, la question que l'on se pose est celle de savoir si le dirigeant, qui dispose en principe des pleins pouvoirs, peut effectuer des actes à titre gratuit, telle qu'une donation par exemple ? En d'autres termes, les pouvoirs du dirigeant englobent-ils les actes de pure bienfaisance, les libéralités et tout acte à titre gratuit ?

La réponse à cette question peut être envisagée selon deux optiques différentes. L'une consiste à partir du principe de la finalité intéressée lui-même. L'autre consiste à partir de l'assimilation par le législateur des personnes morales aux mineurs. Dans l'une ou l'autre de ces perspectives, l'enseignement qui se dégage est le même. Il est très discutable de penser qu'une société puisse être engagée par des actes dépourvus de toute finalité intéressée, telle qu'une donation.

Selon la première optique, adoptée par une partie de la doctrine française, le principe de la finalité intéressée n'est qu'une exception qui vient limiter la pleine capacité de jouissance de la société et qui est complétée par la spécialité statutaire, laquelle vient cantonner la société dans une activité plus précise.

Contrairement à la spécialité statutaire qui n'est pas infranchissable, puisque les associés peuvent modifier les statuts pour élargir l'objet social, la spécialité légale, en tant que délimitation de la capacité de jouissance de la société, interdit, en principe, à la société d'effectuer des actes à titre gratuit. Ces derniers sont aux antipodes de la spécialité légale.

Encore faut-il, cependant, nuancer considérablement ces propos. En effet, il n'est pas discuté que la société puisse bénéficier d'une libéralité, puisqu'il s'agit là d'un moyen comme un autre de réaliser des bénéfices. Ensuite, il est reconnu par la jurisprudence française qu'une société puisse valablement effectuer des actes gratuits, dès lors qu'elle le fait accessoirement à son

activité commerciale. Elle peut consentir un abandon de créances à sa filiale. Elle peut accorder une pension complémentaire à un salarié qui se retire. Enfin, les auteurs admettent qu'il faut se garder de se fier aux apparences, la gratuité n'exclut pas toujours un intérêt patrimonial. Il faut distinguer entre les actes de pure bienfaisance et ceux dont la bienfaisance s'explique par la poursuite d'un intérêt patrimonial.

En tant que personnes morales, les sociétés commerciales sont assimilées, par le droit tunisien, à des mineurs (article 5 du code des obligations et des contrats). Or, la question de la capacité des mineurs, et plus précisément celle des actes à titre gratuit pris en leurs noms, est règlementée par le code des obligations et des contrats et le code du statut personnel.

Aux termes de l'article 16 du code des obligations et des contrats : "les actes accomplis dans l'intérêt d'un mineur, d'un interdit ou d'une personne morale, par les personnes qui les représentent et dans les formes établies par la loi, ont la même valeur que ceux accomplis par les majeurs, maître de leur droits. Cette règle ne s'applique pas aux actes de pure libéralité, lesquels n'ont aucun effet, même lorsqu'ils sont faits avec autorisation requise par la loi... ". En outre, l'article 156 du code du statut personnel dispose que "l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de treize ans accomplis est considéré comme dépourvu de discernement et tous ses actes sont nuls... ".

Il ressort de ces deux textes, que les actes à titre gratuit, effectués au nom d'une société commerciale assimilée au mineur, ne sont pas valables. Toutefois, l'article 9 du code des obligations et des contrats, qui est selon une partie autorisée de la doctrine tunisienne applicable malgré l'existence de l'article 156 du code du statut personnel, dispose que "le mineur au-dessus de treize ans et l'incapable peuvent améliorer leur situation, même sans l'assistance de leur père, tuteur ou curateur, en ce sens qu'ils peuvent accepter une donation ou tout autre acte gratuit qui les enrichit ou qui les libère d'une obligation sans entraîner pour eux aucune charge ". Il est évident, que ce texte permet à un mineur d'être partie à un acte à titre gratuit, lorsque c'est lui qui en tire un avantage.

Ainsi, les dispositions relatives à la capacité des mineurs ne semblent permettre de considérer valables, que les actes à titre gratuit qui profitent

aux mineurs. Néanmoins, il faut reconnaître que le retour à ces dispositions n'est pas aussi évident qu'il puisse le paraître.

Certes, les sociétés commerciales sont assimilées à des mineurs, mais les pouvoirs des dirigeants sont règlementés par des dispositions spéciales dans le code des sociétés commerciales. L'existence de ces dispositions exclut le recours à celles, plus générales, du code des obligations et des contrats et du code du statut personnel ; le spécial déroge au général. Or cette réglementation spéciale envisagée dans le code des sociétés commerciales donne aux dirigeants les pleins pouvoirs, en des termes généraux qui ne tiennent compte d'aucun type particulier d'actes,

que l'acte soit à titre onéreux ou à titre gratuit.

En tout état de cause, en l'absence d'éclaircissement jurisprudentiel sur la question des actes à titre gratuit, l'engagement de la société, dans ce cas, demeure une question discutable. La limite tenant aux pouvoirs des associés ne fait, toutefois, pas de doute.

Gérant de SARL :

I. La révocation du gérant nommé par acte séparé et devenu statutaire en cours de vie sociale

Un gérant d'une société à responsabilité limitée peut être nommé soit directement dans les statuts, soit par acte séparé. Ces deux solutions ne changent en rien la qualité du gérant, mais si les associés souhaitent ensuite changer de gérant, il leur sera plus simple de le faire si celui-ci a été nommé par acte séparé. En effet, la société ne sera pas obligée de modifier les statuts pour changer de gérant

En effet, les conditions de révocabilité du gérant d'une société à responsabilité limitée ne sont pas les mêmes selon que celui-ci a été désigné dans les statuts ou par un acte postérieur et extérieur aux statuts. Dans ce dernier cas, il est révocable par une décision des associés représentant plus de la moitié du capital social ; la révocation du

gérant statutaire, en revanche, suppose le consentement des associés représentant les trois quart du capital social.

Quid de la révocation du gérant d'une SARL nommé par acte séparé et devenu statutaire en cours de vie sociale ?

Le gérant nommé à l'origine par acte séparé peut devenir un gérant statutaire dès lors que les statuts sont modifiés et son nom y est mentionné. La majorité pour sa révocation est dans ce cas de trois quarts du capital social.

II. La révocation improvisée du gérant en l'absence d'une inscription à l'ordre du jour de l'assemblée

Le gérant d'une SARL peut être révoqué à tout moment par les associés. Cette décision est généralement prise lors d'une assemblée générale spécialement réunie à cette fin par le cogérant à leur demande (ou, dans l'hypothèse où la société est dotée d'un gérant unique, par un mandataire désigné par le juge sur demande des associés).

En pratique les associés sont convoqués à l'assemblée par lettre recommandée envoyée au moins vingt jours avant la tenue de la réunion. L'ordre du jour de cette assemblée, en l'occurrence la question de la révocation du gérant, doit y être expressément indiqué.

Il peut cependant arriver que la révocation du gérant soit prononcée au cours d'une assemblée quelconque, alors même que cette question ne figure pas à l'ordre du jour. Mais, pour être valable, une telle décision suppose, d'une part, que des incidents graves et imprévus surviennent lors de l'assemblée (on parle " d'incidents de séance "), et d'autre part, qu'elle soit justifiée par l'urgence.

Selon la jurisprudence française, la révocation peut être prononcée à la suite d'incidents graves et imprévus ("incidents de séance") sans même que la question ne figure à l'ordre du jour de l'assemblée (CA Paris 26 janvier 1987 ;

Rapporté in Mémento pratique, sociétés commerciales).

Il est également admis que la révocation du gérant puisse valablement être prononcée lorsque l'ordre du jour comporte une question

relative à la gestion du gérant (par exemple "examen de la gestion de la société", "examen de l'activité de la société"...). En effet, dans ce cas, la possibilité de révocation figure implicitement à l'ordre du jour.

Dividendes :

La détermination du titulaire des dividendes lors d'une cession des droits sociaux

Les dividendes, qui se définissent comme la part des bénéfices réalisés par la société et distribués aux associés sur décision de l'assemblée générale annuelle, sont l'un des principaux droits auxquels donnent vocation les droits sociaux. Lorsqu'une cession de droits sociaux est envisagée (parts sociales ou actions), les dividendes deviennent un enjeu important de la négociation du prix.

1. Le principe général est simple : le droit aux dividendes naît à compter de la décision de l'assemblée générale qui a décidé sa mise en distribution, et c'est donc la personne qui est associée au jour de l'assemblée générale annuelle décidant la mise en distribution des dividendes qui bénéficie de ceux-ci.

2. En conséquence de ce qui précède, les dividendes reviennent normalement à l'acquéreur de parts ou d'actions si la cession des droits sociaux intervient avant l'assemblée générale et au cédant si la cession des droits sociaux intervient après l'assemblée générale ayant décidé de distribuer un dividende. Ils ne se répartissent pas prorata temporis entre cédant et cessionnaire.

Toutefois le cédant et l'acquéreur de droits sociaux peuvent s'entendre sur une répartition conventionnelle des dividendes. Cette répartition conventionnelle des dividendes peut porter sur les résultats de l'exercice clos, ou sur les résultats de l'exercice en cours.

S'agissant des résultats de l'exercice clos, si la cession intervient avant la tenue de l'assemblée générale appelée à décider la distribution des dividendes, les parties peuvent décider que les dividendes de l'exercice clos reviendront au cédant, par exemple en insérant une clause reportant la date d'entrée en jouissance de l'acquéreur (c'est-à-dire la date à partir de laquelle l'acquéreur aura droit aux dividendes).

Inversement, si la cession intervient postérieurement à la tenue de l'assemblée

générale décidant la mise en distribution, les parties peuvent prévoir que l'acquéreur percevra les dividendes au lieu et place du cédant.

La répartition conventionnelle des dividendes est opposable à l'administration fiscale : les dividendes sont donc imposables au nom du bénéficiaire désigné par la convention, qui sera imposé sur les dividendes ainsi perçus au titre de l'exercice fiscal au cours duquel la décision de distribution aura été prise.

Dans l'hypothèse où la convention prévoit de laisser au cédant le bénéfice du dividende, alors qu'il ne pouvait y prétendre compte tenu de la date de l'assemblée par rapport à la date de la cession, il existe toutefois un risque de requalification par l'administration fiscale de dissimulation du prix de cession ou de libéralité consentie au cédant par l'acquéreur, car le prix de cession se trouve minoré.

S'agissant des résultats de l'exercice en cours, le cédant et le cessionnaire peuvent également prévoir une répartition conventionnelle entre eux des résultats de l'exercice au cours duquel la cession intervient.

Mais un arrêt de la cour de cassation française est venu contrarier cette pratique.

En effet, la cour de cassation française (Cass., com., 28 novembre 2006, n° 04 -17486) a rappelé que "les dividendes n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables, et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé".

En s'appuyant sur sa solution classique selon laquelle les dividendes naissent à la suite de l'assemblée générale qui a respecté les trois étapes posées par la loi (approbation des comptes, constatation de l'existence de sommes distribuables et détermination des parts attribuées aux associés), la cour de cassation

française a précisé les conséquences fiscales de cette disposition : puisque les dividendes n'ont aucune existence juridique avant le respect par l'assemblée de ces étapes, toute convention entre le cédant et le cessionnaire prévoyant un partage des bénéfices de l'exercice en cours ne peut pas avoir d'effet.

En conséquence, la quote-part de bénéfices de l'exercice en cours à la date de la cession que le cessionnaire a payé au cédant doit être

réintégrée dans le prix de cession et être ainsi soumise à l'impôt sur les plus-values de cession.

Une répartition du bénéfice de l'exercice en cours ne caractérise donc pas un paiement de dividendes mais constitue un complément de prix pris en compte dans le calcul de la plus-value imposable.

Domiciliation des entreprises :

Quelle domiciliation pour le promoteur individuel

Dans le cadre de la simplification des procédures de lancement des projets et de création des entreprises et d'alléger les charges d'exploitation des investisseurs, l'article 8 de la loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007 relative à l'initiative économique autorise le promoteur individuel à désigner le local de sa résidence ou une partie de ce local, en tant que siège social de l'entreprise ou pour l'exercice d'une activité professionnelle, et ce, à l'exception des activités qui nécessitent des espaces aménagés. Cette disposition s'applique nonobstant les dispositions législatives contraires et notamment l'article 75 du code de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme promulgué par la loi n° 94-122 du 28 novembre 1994 qui dispose : "Le propriétaire et le locataire ne peuvent pas transformer un local à usage d'habitation en local professionnel, administratif ou commercial sans autorisation préalable de la même autorité qui a délivré le permis de bâtir".

La période de domiciliation est fixée à une période ne dépassant pas cinq ans à partir de la date du début de l'activité.

S'agissant des conditions de domiciliation, La loi relative à l'initiative économique prévoit les conditions suivantes :

- L'activité professionnelle doit être exercée exclusivement par les habitants dudit local.
- Le promoteur doit occuper le local en tant que résidence principale.
- L'activité à exercer doit être du type d'activité ne demandant pas une fréquentation importante des clients, une réception ou une livraison de marchandises et n'ayant pas d'impact sur l'environnement.
- Le promoteur est tenu de déposer une

déclaration auprès des services municipaux compétents pour l'exercice d'une activité professionnelle dans un local destiné initialement à l'habitation.

Enfin, selon l'article 8 de la loi précitée, l'exercice de l'activité professionnelle dans le lieu d'habitation n'est pas de nature à modifier son caractère d'origine et la législation relative aux baux d'immeubles à usage commercial ne lui est pas applicable.