

# ***Le Manuel Permanent du Droit des Affaires tunisien***

---

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 216

Octobre 2013

## **SOMMAIRE**

### **PREMIERE PARTIE**

#### **Coffre-fort :**

**La responsabilité du banquier en matière de coffre-fort**

Quel est le régime de la responsabilité qui pèse sur le banquier en matière de coffre-fort ? **P. 4**

#### **Compte courant :**

**Relevé de compte, Silence du client, Effet sur la contestation des écritures, Preuve**

La réception de relevés de compte sans protestation ni réserve crée une présomption d'accord du client sur les opérations y figurant que ce dernier peut renverser par la preuve d'éléments propres à l'écartier. **P. 4**

#### **Fiscalité de l'entreprise**

##### **Bénéfices industriels et commerciaux :**

**Rémunérations des dirigeants d'entreprise : La question de la déductibilité de la rémunération des dirigeants sociaux au regard de la législation fiscale.**

En droit fiscal, le droit français interdit la déduction des rémunérations excessives, quid en droit tunisien ? **P. 5**

##### **Contrôle fiscaux :**

**I/ Droit de visite des locaux professionnels et de perquisition dans les locaux soupçonnés et vérification fiscale approfondie**

Les limites à la mise en œuvre du pouvoir de constatation matérielle de l'administration fiscale. **P. 5**

**II/ La vérification fiscale préliminaire : Utilisation des résultats des visites sur place dans le cadre de la vérification préliminaire des déclarations déposées par les personnes physiques soumises au régime forfaitaire**

Le recours aux résultats des visites dans le cadre des vérifications préliminaires des forfaitaires concerne-t-il uniquement les constatations matérielles ou bien, englobe-t-il également les perquisitions et les saisies ? **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.

---

**Fiscalité des groupes de sociétés :**

**Répartition de la charge d'impôt entre les sociétés membres d'un groupe**

Les sociétés membres d'un groupe intégré sont-elles libres de prévoir par une convention d'intégration, les modalités de répartition entre ces sociétés de la charge de l'impôt ou le cas échéant de l'économie d'impôt résultant du régime d'intégration ? **P. 6**

**La conservation des pièces et documents comptables :**

**Délai de conservation des documents comptables : Sanctions**

D'une valeur légale capitale, les documents comptables doivent être conservés selon une durée déterminée. A combien s'élève cette durée ? Que se passe-t-il si l'entreprise ne les conserve pas ? **P. 9**

**Taxe sur la valeur ajoutée :**

**Régime de la taxe sur la valeur ajoutée sur créances insolvables**

Quel est le sort de la taxe sur la valeur ajoutée sur les créances insolvables ? **P. 10**

**Obligations sociales de l'entreprise**

**Accident de travail :**

**Le droit d'indemnisation : L'interruption de prescription en cas d'action indemnitaire en matière d'accident de travail**

La loi ne prévoit qu'une seule et unique exception d'interruption au délai de prescription. **P. 10**

**Arrêt de travail :**

**L'activité du salarié pendant son arrêt de travail : Quelle sanction ?**

L'activité exercée par un salarié pendant son arrêt de travail peut-elle donner lieu à son licenciement ? **P. 11**

**Contrat de travail, Horaire, Changement, Pouvoir de direction, Modification du contrat**

Dans quelle mesure le changement d'horaire de travail du salarié caractérise une modification du contrat de travail ? **P. 11**

**Contrat de travail :**

**Mutation du lieu de travail et accord du salarié**

Le salarié peut-il refuser un changement de lieu de travail dans la même entreprise ou à l'intérieur du même établissement ? **P. 11**

**Contrat de travail à durée déterminée :**

**I/ La rupture anticipée du CDD et préavis**

Le salarié ou l'employeur qui veut rompre un contrat de travail à durée déterminée doit-il observer une période de préavis ? **P. 12**

**II/ De l'importance du terme dans le contrat de travail à durée déterminée**

Le contrat de travail à durée déterminée est un contrat dont la durée est, par définition, limitée dans le temps. La durée et le terme du contrat de travail à durée déterminée doivent donc être précisément définis **P. 13**

<b>III/ CDD se poursuivant en CDI : Conservation de l'ancienneté du salarié</b>	Le salarié conserve-t-il son ancienneté au terme du contrat à durée déterminée si la relation de travail est poursuivie ? <b>P. 13</b>
<b>Droits acquis des salariés :</b>	
<b>La suppression des droits acquis des salariés</b>	L'employeur peut-il remettre en cause les avantages acquis des salariés ? <b>P. 14</b>
<b>Secret professionnel du salarié :</b>	
<b>L'obligation du respect du secret professionnel par le salarié</b>	Que risque un salarié en cas de divulgations d'informations confidentielles ou importantes ? <b>P. 14</b>
<b>Travail à temps partiel :</b>	
<b>I/ À quel formalisme doit satisfaire le contrat de travail à temps partiel ?</b>	L'absence d'un contrat écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait-il présumer un emploi à temps plein ? <b>P. 15</b>
<b>DEUXIEME PARTIE</b>	
<b>Administration et direction de la société anonyme :</b>	
<b>I/ La rémunération des administrateurs d'une SA : Les rémunérations exceptionnelles justifiées par des missions particulières</b>	Les membres du conseil d'administration peuvent-ils percevoir des rémunérations autres que les jetons de présence ? <b>P. 15</b>
<b>II/ La rémunération des dirigeants d'une SA : La modification de la rémunération des dirigeants sociaux en question</b>	Le pouvoir du conseil d'administration en matière de rémunération englobe-t-il la suppression ou la modification unilatérale de la rémunération ainsi allouée ? <b>P. 16</b>
<b>Conventions réglementées :</b>	
<b>Prescription de l'action en nullité d'une convention réglementée</b>	Le point de départ de la prescription de l'action en nullité des conventions réglementées non approuvées dans les SA. <b>P. 17</b>
<b>Gérants de SARL :</b>	
<b>Action sociale à l'encontre des gérants de SARL</b>	Comment engager la responsabilité du dirigeant ? <b>P. 18</b>
<b>Sociétés (Généralités) :</b>	
<b>Le dépôt des fonds et leur mise à disposition</b>	Les fonds déposés et destinés à constituer le capital sont indisponibles jusqu'au jour de l'immatriculation de la société au registre du commerce. <b>P. 18</b>
<b>SARL :</b>	
<b>Obligation de non-concurrence du gérant</b>	En raison de sa qualité, le gérant d'une SARL est tenu, à l'égard de celle-ci, d'une obligation de non-concurrence, corollaire du devoir de loyauté et de fidélité, contrairement à l'associé non gérant qui doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux. <b>P. 19</b>
<b>Société à responsabilité limitée :</b>	
<b>Associé : Obligation de non-concurrence</b>	L'associé d'une SARL est-il tenu d'une obligation légale de non-concurrence ? <b>P. 19</b>

## PREMIERE PARTIE

### Coffre-fort :

#### La responsabilité du banquier en matière de coffre-fort

Le contrat de location de coffre-fort peut être défini comme la convention par laquelle le banquier met à la disposition de son client un coffre-fort pour y placer, en sécurité et à l'abri, ses objets quelconques.

La nature juridique de cette convention est très controversée et a donné lieu à une littérature juridique impressionnante.

Une certaine doctrine y décèle un contrat de location au sens des dispositions du droit commun. Cette conception ne résiste pas à l'analyse car elle ne tient pas compte de l'obligation de surveillance assumée par le banquier et qui constitue un aspect déterminant du contrat.

D'autres auteurs y voient un contrat de dépôt. Or, le banquier ne reçoit pas, de même qu'il n'est pas uniquement dépositaire des objets placés dans le coffre-fort. Quoiqu'il en soit, cette convention démontre bien l'irréductibilité de certaines opérations de banques aux cadres juridiques classiques, caractère qui se répercute sur l'appréciation des obligations du banquier selon la nature du contrat considéré.

Une première tendance estime que le contrat de coffre-fort comporte pour la banque une obligation particulière de surveillance et le devoir

de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer, sauf impossibilité majeure, la sauvegarde du coffre et des objets qu'il contient. L'obligation de surveillance à la charge du banquier apparaît donc comme une véritable obligation de résultat que seul un événement de force majeure peut faire disparaître.

En réalité, l'obligation de résultat mise à la charge du loueur de coffre-fort correspond, à défaut de stipulation contraire, à la commune intention des parties au contrat. Le client dépose ses valeurs dans un coffre pour les mettre à l'abri du vol et des détériorations; c'est un résultat qu'il recherche et qui lui est tacitement promis et non de simples moyens que la banque développerait pour parvenir au résultat espéré. En cas d'effraction ou d'atteinte au coffre, la faute du banquier sera présumée et il ne pourra se libérer que par la démonstration d'un cas de force majeure ou d'un fait de la victime.

Une seconde opinion moins sévère admet que l'obligation de la banque est une obligation de moyen. Il s'agit néanmoins d'une obligation de moyen renforcée, car la faute du banquier reste présumée. Mais la situation lui est ici plus favorable puisqu'il pourra s'exonérer en démontrant qu'il n'a pas commis de faute, c'est-à-dire qu'il a agi en bon père de famille.

### Compte courant :

#### Relevé de compte, Silence du client, Effet sur la contestation des écritures, Preuve

Les relevés de compte jouent un rôle important dans la preuve des différentes opérations qui y figurent. En cas de contestation de leur contenu par le client, la banque, compte tenu de l'obligation de résultat qui lui incombe en sa qualité de dépositaire des fonds, assume la charge de la preuve de la véracité des écritures.

Cela étant, le client perd le droit de contester les opérations portées au compte s'il laisse s'écouler sans réagir le délai qui lui est conventionnellement imparti, délai souvent fixé à un mois.

L'effet du silence conservé par le client au reçu du relevé est depuis longtemps reconnu par la jurisprudence, la généralité du principe

commandant même de ne pas tenir compte de la qualité, commerçante ou non, du récipiendaire. L'invitation expresse à formuler d'éventuelles réserves dans un certain délai est considérée comme génératrice d'une obligation de parler qui confère au silence valeur d'expression d'un consentement.

Le silence du client n'a toutefois pas un effet absolu : ainsi, un virement opéré par la banque au profit d'un tiers, sans instructions du titulaire du compte, ne doit pas pouvoir être approuvé.

A fortiori, le défaut de protestation ne suffit pas à couvrir l'irrégularité consistant pour le banquier à avoir débité le compte dans son propre intérêt.

En effet, l'absence de protestation au reçu d'un relevé de compte ne crée qu'une présomption simple d'approbation des énonciations du relevé. Au-delà du délai prévu, le client conserve donc la possibilité de contester les opérations qu'il n'a pas autorisées, sous la réserve, au demeurant

essentielle, que le client parvienne à renverser cette présomption par la preuve de son défaut d'autorisation ou, pour le dire autrement, par la preuve que la banque a agi sans mandat.

---

## Fiscalité de l'entreprise

### Bénéfices industriels et commerciaux :

#### Rémunérations des dirigeants d'entreprise : La question de la déductibilité de la rémunération des dirigeants sociaux au regard de la législation fiscale

Les dépenses de personnel comprennent les salaires, appointements, indemnités diverses, frais d'emploi et avantages en nature mais également les rémunérations des administrateurs, gérants et associés.

L'article 12 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés souligne que les dépenses du personnel constituent une charge fiscalement déductible, et ce, sans traiter des conditions de déductibilité.

Aucune méthode précise n'a été établie afin de déterminer le caractère excessif des rémunérations versées aux dirigeants sociaux. Le caractère excessif des rémunérations est évalué selon les faits propres à chaque cas particulier.

Le tribunal administratif (Requêtes n° 34518 et 34167 du 26 janvier 2004) a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la déductibilité des

rémunérations servies aux dirigeants et spécialement concernant la charge de la preuve. A cet effet, il a émis deux conditions pour bénéficier de la déductibilité de ces rémunérations : d'abord l'exercice d'un travail effectif, ensuite le caractère non excessif de cette rémunération.

La haute juridiction indique encore que la charge de la preuve incombe au contribuable, qui dans l'espèce, n'a pas réussi à prouver ni la réalité du travail exercé, ni le caractère excessif de la rémunération.

Selon le tribunal le caractère non excessif peut être prouvé, en se référant aux rémunérations des dirigeants d'entreprises similaires, à l'importance des fonctions occupées par le dirigeant, à l'évolution du chiffre d'affaires par rapport à celle des rémunérations ou encore l'évolution de l'ensemble des rémunérations par rapport à celle du dirigeant.

---

## Contrôle fiscal :

### I/ Droit de visite des locaux professionnels et de perquisition dans les locaux soupçonnés et vérification fiscale approfondie

En application des dispositions du premier paragraphe de l'article 8 du code des droits et procédures fiscaux, les agents de l'administration fiscale sont habilités à procéder à des constatations matérielles des éléments relatifs à l'exercice de l'activité commerciale, industrielle ou professionnelle ou des registres et documents comptables... "

Le paragraphe 2 de l'article 8 du même code précise que "ces constatations ne constituent pas un commencement effectif de la vérification approfondie de la situation fiscale "

Selon la doctrine administrative, les constatations matérielles des éléments relatifs à

l'exercice de l'activité ou des registres et documents comptables, et qui s'effectuent en dehors du cadre de la vérification approfondie de la situation fiscale, ne constituent pas un commencement effectif de ladite vérification.

Apparemment cette disposition semble inviter l'administration fiscale à se limiter aux constatations matérielles et à ne pas accomplir des actes qui relèvent de la vérification fiscale. Les constatations matérielles ne doivent pas se transformer en vérification fiscale approfondie.

Or, l'article 8 du code des droits et procédures fiscaux donne aux agents de l'administration fiscale un droit de communication portant sur l'ensemble des registres et documents

comptables du contribuable. Ceci laisse planer le risque d'une dérive du droit de visite qui, de procédure de constat matériel, pourrait insensiblement se transformer en vérification fiscale approfondie.

Par ailleurs, contrairement à son apparence, la disposition prévue par le paragraphe 2 de l'article 8 du code des droits et procédures fiscaux crée une confusion procédurale supplémentaire et fragilise la situation du contribuable. Elle consacre une présomption

(qu'il appartient au contribuable de réfuter) selon laquelle "les constatations matérielles ne sont pas assimilées à des vérifications fiscales".

Enfin, une telle disposition aurait pour conséquence, outre l'exclusion des garanties attachées au droit de vérification, que le calcul de la durée de vérification ne commence pas à compter du jour de la visite ce qui est de nature à permettre au fisc de dilater indûment la durée de vérification.

### **II/ La vérification fiscale préliminaire : Utilisation des résultats des visites sur place dans le cadre de la vérification préliminaire des déclarations déposées par les personnes physiques soumises au régime forfaitaire**

Afin d'améliorer l'encadrement du travail des services fiscaux, dans le cadre des opérations de vérifications fiscales préliminaires, l'article 48 de la loi de finances pour l'année 2010 a amendé l'article 37 du code des droits et procédures fiscaux pour permettre à l'administration de s'appuyer dans le cadre de la vérification préliminaire des déclarations déposées par les personnes physiques soumises au régime forfaitaire dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux sur les résultats des visites sur place effectuées à cet effet conformément aux dispositions de l'article 8 du même code.

D'abord, il est à signaler que l'exploitation des visites dans le cadre de la vérification préliminaire se limite à la situation fiscale des personnes physiques réalisant des bénéfices industriels et commerciaux et imposées selon le régime forfaitaire. L'exploitation des visites pour contrôler d'autres catégories de contribuables vicié la procédure de vérification préliminaire.

Ensuite, quelles sont les visites visées par les dispositions de l'article 37 du code des droits et procédures fiscaux ? S'agit-il des visites

réalisées en vue d'effectuer les constatations matérielles uniquement, ou bien englobent-elles les perquisitions et les saisies visées l'article 8 du code des droits et procédures fiscaux et qui seront assimilées à des visites ?

Selon la note commune n° 19 de l'année 2010 (Texte n° DGI 2010/26), ceci concerne les constatations matérielles des éléments relatifs à l'exercice de l'activité tels que les stocks, le nombre d'employés et les moyens d'exploitation. Toutefois, par la généralité du terme "visites" et par son renvoi à l'article 8 du code des droits et procédures fiscaux dans sa totalité, il semble que l'article 37 du code précité consacre la possibilité pour les services fiscaux de notifier au contribuable des redressements supplémentaires dans le cadre de la vérification préliminaire des personnes physiques soumises au régime forfaitaire dans la catégorie des BIC sur la base de toutes sortes de visites effectuées dans les locaux professionnels destinés à l'exercice de l'activité. Ces visites incluraient non seulement celles destinées à effectuer les constatations matérielles, mais également les perquisitions et les saisies.

### **Fiscalité des groupes de sociétés :**

#### **Répartition de la charge d'impôt entre les sociétés membres d'un groupe**

La législation fiscale attribue à la société mère la qualité de seule redevable de l'impôt sur le résultat d'ensemble. Les sociétés membres du groupe demeurent certes soumises, durant la période concernée par le régime de l'intégration, à l'obligation de déposer, pour ordre, leurs déclarations d'impôt sur les sociétés, sans paiement d'impôt. Toutefois, elles demeurent solidairement responsables avec la société mère pour le paiement dudit impôt à hauteur de leur

résultat individuel.

Cependant, la loi fiscale reste muette quant à la répartition entre les sociétés du groupe de cette charge d'impôt.

Dans ces conditions, les sociétés membres d'un groupe intégré sont-elles libres de répartir entre elles, par convention, la charge d'impôt du groupe ?

Trois arrêts du Conseil d'Etat français du 24 novembre 2010 (CE 24-11-2010 n° 333867 et n° 333868, Sté Saga Air Transport et Sté Saga : RJF 2/11 n° 150 et CE 24-11-2010 n° 334302, Sté Océ NV : RJF 2/11 n° 151) ont consacré au plan fiscal la liberté de répartition de la charge d'impôt entre les sociétés membres d'un groupe intégré.

Le silence des textes impose la mise en place de conventions d'intégration fiscale destinées à prévoir les modalités de répartition de la charge d'impôt du groupe entre les sociétés qui le composent. Ces conventions doivent prévoir des modalités de répartition de l'impôt telles que l'intérêt des associés ou actionnaires minoritaires des filiales membres du groupe ne soit pas lésé. En effet, la signature d'une convention contraire aux intérêts particuliers d'une société et de nature à nuire aux intérêts des associés ou actionnaires minoritaires pourrait le cas échéant être contestée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.

Sous réserve du respect de ces règles, les stipulations d'une convention d'intégration relatives à la répartition de l'impôt du groupe entre les sociétés membres n'emportent aucune conséquence fiscale.

Le conseil d'Etat français s'est prononcé en ce sens à propos de deux types de convention.

**1. Principe de liberté de répartition de la charge d'impôt au sein du groupe Répartition de l'impôt au prorata des résultats individuels des filiales :** L'arrêt Wolseley Centers France du 12 mars 2010 (CE 12-3-2010 n° 328424 : RJF 5/10 n° 469) a déjà reconnu aux groupes une liberté de principe pour répartir conventionnellement leur charge d'impôt, tout en fixant certaines limites. La Haute Assemblée a ainsi jugé qu'une convention d'intégration peut répartir l'impôt dû par le groupe entre les sociétés membres au prorata de leurs résultats individuels sans que de telles modalités ne traduisent le versement de subventions intragroupe, à condition qu'elles ne portent atteinte ni à l'intérêt social propre de chaque société ni aux droits des associés ou actionnaires minoritaires.

Cette décision a ainsi infirmé la position de l'administration fiscale française qui considérait que les filiales devaient supporter la même charge d'impôt comme si elles étaient imposées séparément, et que la société mère devait seule bénéficier des économies d'impôt résultant de l'application du régime de groupe.

Si l'on suit cette position, la société mère est tenue de comptabiliser les économies d'impôt liées aux déficits soit dans un compte d'attente, en vue de leur reversement ultérieur aux filiales redevenant bénéficiaires, soit en profit immédiat, sous réserve alors, conformément aux règles comptables de constituer une provision dès que le reversement, c'est-à-dire le retour au profit des filiales déficitaires, devient probable. Toutes autres modalités de répartition de l'impôt dans le groupe entraînent, selon l'administration, l'obligation de constater des subventions.

En donnant tort à l'administration, la décision Wolseley écarte l'existence de subventions en cas de mise en œuvre de modèles de convention différents de celui préconisé par la doctrine administrative. La précision est importante puisque le risque encouru pour défaut de déclaration d'une subvention est sanctionné.

La décision du conseil d'Etat français a donc ouvert aux groupes de nouvelles perspectives en matière de répartition de l'impôt, dans la limite du respect de l'intérêt social des membres du groupe.

**2. La limite au principe de liberté de répartition de la charge d'impôt au sein du groupe réside dans l'intérêt social des filiales. Comment comprendre exactement cette limite ?** A la lumière des conclusions du Rapporteur public Laurent Olléon (BDCF 5/2010 n° 55), il apparaît que, pour ne pas être constitutive d'un acte anormal de gestion, la répartition ne doit pas faire supporter à la filiale une charge d'impôt supérieure à celle qu'elle aurait supportée à défaut d'appartenance au groupe, ce qui implique que les filiales déficitaires puissent, lorsqu'elles deviennent bénéficiaires, profiter de l'imputation de leurs déficits subis pendant l'intégration fiscale, de la même manière que si elles étaient demeurées imposables séparément.

La convention soumise au Conseil d'Etat dans le cas de l'arrêt Wolseley satisfait à cette contrainte : selon ce modèle, l'économie d'impôt est attribuée aux filiales bénéficiaires du groupe, à titre provisoire, à charge pour ces dernières de la reverser lorsque les filiales intégrées du groupe qui se sont trouvées en situation déficitaire redevennent profitables. Du point de vue des filiales déficitaires qui deviennent profitables, le régime de l'intégration fiscale est neutre puisqu'elles sont autorisées par la convention à limiter leur contribution à l'impôt du groupe en fonction des déficits subis depuis leur

entrée dans le périmètre. Du point de vue des filiales bénéficiaires, le régime apporte un avantage puisqu'elles bénéficient, au moins temporairement, de l'économie d'impôt. En cas de reversement total de l'économie d'impôt qui leur avait été attribuée, elles sont replacées dans une situation identique à celle qui aurait été la leur en l'absence d'intégration fiscale. Que la filiale soit bénéficiaire ou déficitaire, elle n'est donc jamais lésée par l'appartenance au groupe.

**3. Réallocation immédiate de l'économie d'impôt aux filiales déficitaires :** Un autre arrêt du conseil d'Etat français (CE 24-11-2010 n° 334032), qui reprend pour l'essentiel les motivations de l'arrêt Wolseley, accepte quant à lui, toujours sans risque de subvention, un modèle de convention qui prévoit la réallocation immédiate de l'économie d'impôt aux filiales déficitaires dans la proportion des déficits constatés par rapport aux déficits totaux. Selon ce modèle de convention, les filiales déficitaires sont avantagées puisqu'elles bénéficient immédiatement de l'économie d'impôt procurée par leur propre déficit. Les filiales bénéficiaires continuent quant à elles à supporter la même charge d'impôt que si elles n'avaient pas été membres du groupe. Là encore, les associés ou actionnaires minoritaires des filiales ne sont pas lésés puisque les filiales ne supportent jamais de charge d'impôt supérieure à celle qu'elles auraient supportée en l'absence d'intégration.

De plus, l'arrêt apporte une précision qui complète utilement les enseignements de l'arrêt Wolseley : il n'est pas nécessaire que la répartition dans le temps du paiement de l'impôt soit identique à ce qu'elle aurait été en l'absence d'intégration fiscale, dès lors qu'elle est plus favorable. Ainsi, une filiale déficitaire qui bénéficie immédiatement de la réallocation de l'économie d'impôt réalisée par le groupe du fait de son déficit est traitée plus favorablement que si elle n'avait pas été membre du groupe, puisque dans ce dernier cas, elle n'aurait éventuellement pu tirer avantage de ses déficits reportables que lors de son retour à une situation bénéficiaire.

Dans cette hypothèse, la convention avantage la filiale en lui assurant la possibilité de tirer parti de ses déficits, quand bien même elle ne reviendrait pas à une situation bénéficiaire. Ce type de convention ne traduit cependant pas l'octroi d'une subvention indirecte.

En revanche, l'arrêt en question, comme la décision Wolseley, confirme que les modèles de convention dont l'application pourrait nuire à

l'intérêt social des filiales doivent être évités. Tel est le cas des conventions susceptibles d'entraîner, pour les filiales intégrées, une charge d'impôt supérieure à celle qu'elles auraient supportée en l'absence d'intégration. Tomberaient notamment sous le coup de la critique des conventions qui mettraient à la charge des filiales l'impôt dont elles sont solidairement redevables vis-à-vis du Trésor, déterminé compte tenu du résultat fiscal établi, sans tenir compte des déficits éventuellement subis durant leur appartenance au groupe. Il en serait de même si l'impôt dû par les filiales était calculé par application chaque année d'un taux d'impôt propre au groupe, déterminé en faisant abstraction des déficits antérieurs. Doivent également être évités les modèles de convention qui entraîneraient la prise en charge par les filiales de tout ou partie de l'impôt dû à raison des correctifs non liés aux déficits (neutralisation des opérations intragroupe par exemple) car une telle convention leur ferait prendre le risque de supporter un impôt supérieur à celui qui aurait été le leur en l'absence d'intégration fiscale.

#### 4. Situation de la société mère

Remarquons que la protection de l'intérêt social des filiales intégrées qui interdit de leur faire supporter une charge d'impôt supérieure à celle qui aurait été la leur en l'absence d'intégration fiscale a pour corollaire l'obligation pour la société mère de prendre à sa charge tous les éventuels surcoûts liés à l'application du régime de groupe. La société mère peut de ce fait se trouver désavantagée.

On pourrait donc se demander s'il existe dans ce cas un risque d'acte anormal de gestion de la société mère. Sur ce point, les conclusions du Rapporteur public Laurent Olléon sous la décision Wolseley apportent une réponse décisive. Elles précisent en effet que " le cas de la société mère est différent : si elle choisit de ne rien refacturer à ses filiales et d'assumer seule la charge de l'impôt, il n'y a pas là d'acte anormal de gestion, puisqu'en application de la loi fiscale, elle sait très bien qu'en constituant un groupe intégré, elle se rend seule redevable de l'impôt assis sur le seul résultat d'ensemble. L'absence de refacturation aux filiales d'une part de la charge d'impôt ne saurait donc, dans cette hypothèse, être regardée comme une subvention de la mère à ses filiales ".

Il n'y avait guère de doute quant à la possibilité pour la société mère de prendre en charge, sans risque d'acte anormal de gestion, l'impôt résultant des correctifs liés à l'application du

régime de groupe. En effet, si l'intégration fiscale est en général destinée à permettre des économies d'impôt, il est impossible d'écarter tout risque de surcoût fiscal lié à la neutralisation de certaines opérations intragroupe. L'option pour le régime comporte donc, par essence, un risque qui ne saurait être assimilé à un acte anormal de gestion de la société mère sans remettre en cause les fondements même du régime.

Mais le Rapporteur public tient ce raisonnement de manière beaucoup plus large, ouvrant expressément la porte à la prise en charge par la société mère de la totalité de l'impôt du groupe. Il est vrai que, si elle prend elle-même en charge l'intégralité de l'impôt de ses filiales bénéficiaires (conception n° 4), la société mère maximise les bénéfices comptables de ces dernières et par voie de conséquences leur valeur intrinsèque. En réalité, elle ne s'appauvrit alors qu'à proportion de la participation des minoritaires dans les filiales intégrées, ce qui permet d'ailleurs de penser que ce type de convention n'est susceptible d'être mis en place que dans des groupes où les participations minoritaires sont négligeables. Soulignons également que les associés ou actionnaires minoritaires de la société tête de groupe elle-même ne peuvent être lésés par les modalités de répartition de l'impôt dans le groupe ; en effet, la valeur intrinsèque globale de leurs titres, qui comprend celle des participations sous-jacentes,

ne se trouvera pas modifiée, quelles que soient les modalités de cette répartition.

Si l'on s'en tient à ces remarques, le modèle de convention qui prévoit que la société mère supporte la charge d'impôt totale du groupe, sans aucune répercussion aux filiales ne devrait pas pouvoir être regardé comme constitutif d'un acte anormal de gestion du point de vue de la société mère. De plus, les filiales déficitaires, qui ne paient pas d'impôt, sont dans la même situation que celle qui serait la leur en l'absence d'intégration fiscale. Les filiales bénéficiaires sont quant à elles dispensées de verser l'impôt, ce qui les avantage par rapport à leur situation en l'absence d'intégration fiscale. Si la question de l'acte anormal de gestion ne se pose donc selon nous ni pour les filiales, ni pour la société mère, tout au moins en l'absence de minoritaires, il convient toutefois d'attendre la position du Conseil d'Etat vis-à-vis d'un procédé de répartition de l'impôt qui ne tient pas compte des résultats de chacune des sociétés du groupe. Notons que dans une décision du 30 juin 2009 (TA Cergy-Pontoise 30-6-2009 n° 0401884, Sté Kingfisher International France Ltd), le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a jugé que la prise en charge par la mère intégrante de l'ensemble de l'impôt du groupe n'est pas constitutive d'une subvention indirecte (voir notre Mémento intégration fiscale, édition 2011-2012, n° 26410).

## **La conservation des pièces et documents comptables :**

### **Délai de conservation des documents comptables : Sanctions**

La durée minimale de conservation des documents comptables, quels que soient leur forme et leur support matériel, est fixée comme suit :

- selon l'article 25 de la loi n° 96-112 du 30 décembre 1996, relative au système comptable des entreprises, les états financiers relatifs à un exercice comptable ainsi que les documents, les livres, les balances et les pièces justificatives y afférentes sont conservés pendant dix ans au moins.

- Selon le paragraphe IV de l'article 62 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés, les livres de commerce et autres documents comptables, et d'une façon générale, tous documents dont la tenue et la production sont prescrites en exécution du présent code doivent être conservés pendant dix ans.

- Selon l'article 8 du code de commerce, les personnes physiques ou morales soumises à l'obligation de la tenue d'une comptabilité doivent conserver pendant 10 ans tous documents justificatifs des opérations inscrites sur les livres susvisés.

L'article 10 du code de commerce ajoute que les livres seront conservés pendant dix ans.

Quelles sanctions en cas de non conservation des documents comptables ?

Il n'existe pas de sanction spécifique à la non conservation des documents comptables. Toutefois, en fonction des circonstances, plusieurs peines peuvent cependant être applicables.

L'article 97 du code des droits et procédures fiscaux dispose que "Est punie d'une amende de

100 dinars à 10 000 dinars toute personne qui ne tient pas de comptabilité, registres ou répertoires prescrits par la législation fiscale ou qui refuse de les communiquer aux agents de l'administration fiscale ou qui les détruit avant l'expiration de la durée légale impartie pour leur conservation.

En cas de récidive dans une période de cinq ans, le contrevenant soumis à l'impôt selon le régime réel est puni d'un emprisonnement de seize jours à trois ans et d'une amende de 1.000 à 50.000 dinars".

Par ailleurs, en cas de contrôle fiscal,

l'administration fiscale peut procéder à une taxation d'office.

Enfin, la comptabilité peut, si elle est correctement tenue, servir de preuve pour régler des litiges entre commerçants. Cependant, si elle est irrégulière (absence de justificatifs à l'appui de la comptabilité par exemple), elle ne pourra pas être invoqué par l'entreprise pour se défendre en justice. - Absence de preuve en cas de litige (Avec un client, un fournisseur, un salarié, etc.)

---

### Taxe sur la valeur ajoutée :

#### Régime de la taxe sur la valeur ajoutée sur créances insolvables

En l'absence d'un texte permettant la restitution de la TVA relative aux créances brûlées, la doctrine administrative interdit la reprise de la TVA payée sur une vente qui ne sera jamais encaissée en raison de l'insolvabilité du client.

Cette doctrine qui semble trop sévère fait peser sur l'entreprise une convention implicite de ducroire.

Ainsi, d'un simple collecteur de TVA, l'assujetti se transforme en véritable redevable qui supporte la TVA à la place de son client défaillant.

Cette doctrine administrative relative à la mise à la charge définitive du collecteur de la TVA due sur les débits lorsque la créance s'avère insolvable est confirmée par une disposition expresse du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés. En effet, aux termes du point 4 de l'article 12 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les

sociétés, les charges d'exploitation comprennent : "les provisions pour créances douteuses, y compris les impôts indirects qu'elles ont subis, pour lesquels une action en justice est engagée... et ce dans la limite de 50% du bénéfice imposable".

Ce défaut de récupération est contraire au principe de neutralité de la TVA puisque l'assujetti prend ici en charge la TVA qu'il a avancée et qu'il n'a pu récupérer auprès de ses clients. Ainsi, non seulement l'entreprise avance sur sa propre trésorerie la TVA collectée sur les ventes faites à crédit mais, en plus, elle doit la TVA ainsi avancée en cas d'irrecouvrabilité de la créance provenant de la vente.

Enfin, le sort de la TVA sur les créances insolvables constitue un traitement inéquitable du contribuable lorsque ce dernier acquitte la TVA sur les débits c'est-à-dire avant de l'avoir encaissé par rapport à un autre contribuable qui acquitte la TVA sur les encaissements.

---

### Obligations sociales de l'entreprise

#### Accident de travail :

##### Le droit d'indemnisation : L'interruption de prescription en cas d'action indemnitaire en matière d'accident de travail

Selon l'article 28 de la loi n° 94-28 du 21 février 1994 portant régime de réparation des préjudices résultant des accidents du travail et de maladies professionnelles, l'action de la victime ou de ses ayant droits doit être introduite dans les deux ans...".

L'article 28 de la loi précitée prévoit une seule et unique exception au délai de deux ans en vertu de laquelle les délais de prescription ne courent en l'occurrence quand il s'agit de mineurs non émancipés et autres incapables jusqu'à leur majorité, leur émancipation ou la nomination d'un représentant légal tel que prévu à l'article

392 du code des obligations et des contrats.

Il est de principe que les exceptions doivent être interprétées strictement, de façon à ne pas en étendre la portée au-delà du domaine dans lequel les textes qui les prévoient les ont cantonnées.

Ce principe a été récemment consacré par la cour de cassation tunisienne dans son arrêt du 13 janvier 2013. La cour de cassation a estimé

que la loi n° 94-28 du 21 février 1994 portant régime de réparation des préjudices résultant des accidents du travail et de maladies professionnelles est un texte spécial intéressant l'ordre public, la juridiction doit l'appliquer strictement. En conséquence, il n'est pas admis d'élargir les exceptions prévues à l'article 28 de ladite loi. Aucune autre exception d'interruption du délai de deux ans n'est admise.

### Arrêt de travail :

#### L'activité du salarié pendant son arrêt de travail : Quelle sanction ?

Lorsqu'un salarié est malade ou victime d'un accident, il peut se voir délivrer par un médecin un arrêt de travail. Le contrat de travail est alors suspendu mais la relation contractuelle entre l'employeur et le salarié demeure conformément à l'article 20 du code de travail.

Le salarié reste tenu d'une obligation de loyauté à l'égard de l'entreprise qui recouvre une obligation de non-concurrence, de fidélité, de discrétion et de réserve, ainsi que l'obligation de ne pas nuire à l'image de l'entreprise ou à son fonctionnement.

Dans ces conditions, la question serait, donc, de savoir si un salarié viole son obligation de loyauté en exerçant une activité pendant son arrêt de maladie.

En principe, le manquement à cette obligation exige que le salarié ait une activité incompatible avec son incapacité de travail. Le contrat de travail n'est en revanche pas exécuté de bonne foi par le salarié et l'obligation de loyauté n'est pas respectée si le salarié en arrêt de maladie travaille pour le compte d'un autre employeur.

Une mesure disciplinaire peut alors être envisagée pour sanctionner ce manquement. Toutefois, l'employeur doit caractériser la faute justifiant un licenciement au risque de le voir déclaré infondé lors d'un contrôle opéré par le juge.

En effet, l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt.

Pour qu'un licenciement soit fondé, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise.

En somme l'acte déloyal doit donc porter préjudice. L'obligation de loyauté sera non respectée et le salarié sanctionné disciplinairement si l'activité exercée en cours de suspension du contrat entre en concurrence avec celle de l'entreprise ou nuit à son image ou son fonctionnement.

### Contrat de travail, Horaire, Changement, Pouvoir de direction, Modification du contrat

L'employeur décide des horaires de travail dans le cadre de la réglementation (code du travail) et de dispositions conventionnelles applicables (conventions collectives sectorielles).

Il est essentiel de comprendre que l'organisation du travail est la plus importante des prérogatives de l'employeur et que, de ce fait, la fixation de l'horaire de travail dès lors qu'elle est conforme à la réglementation et aux dispositions conventionnelles ne peut être contestée par les salariés.

Le changement d'horaires, qui consiste en une

nouvelle répartition de l'horaire de travail sans modification de sa durée et de la rémunération afférente, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et non une modification du contrat de travail. En conséquence, le salarié ne peut refuser cette modification car ce serait une insubordination de sa part.

Par contre, si le changement d'horaires s'accompagne d'une augmentation ou d'une diminution de la durée du travail ou d'une variation de rémunération (liée à des primes que

l'on ne touche plus par exemple) l'accord du salarié devient nécessaire.

Des exceptions sont accordées au cas par cas. Ainsi, le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou inversement est considéré comme une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser et ce refus n'est pas fautif.

Enfin, la simple modification de la répartition des horaires de travail ne doit pas se confondre avec une réorganisation complète de cette répartition. En effet, on considère que chaque fois que ce changement entraîne une réorganisation de la répartition des horaires de travail, il y a bouleversement de l'économie du contrat : la

modification du contrat de travail est alors caractérisée et nécessite l'acceptation du salarié, et ce, conformément aux dispositions de l'article 242 du code des obligations et des contrats qui dispose que " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

L'accord du salarié sera nécessaire dans l'hypothèse, par exemple, d'un passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit, même partiel, ou encore, comme dans l'hypothèse du passage d'un horaire continu à un horaire discontinu.

---

### Contrat de travail :

#### Mutation du lieu de travail et accord du salarié

Il est généralement admis que l'employeur use de son droit et de son pouvoir de gestion et d'organisation de l'entreprise en réaffectant le salarié dans un autre poste de travail ou dans un autre lieu de travail.

Reste à savoir si cet employeur exerce ce droit pleinement ou sous certaines conditions.

Pour y répondre, il convient de lever une confusion très courante entre la mutation qui implique un changement de résidence (voir l'article 22 de la convention collective cadre) et la mutation en tant que changement de lieu de travail dans la même entreprise ou à l'intérieur du même établissement sans aucune modification de la qualification et du niveau salarial de l'employé.

A ce stade de l'analyse, il faut rappeler que la mutation ne relève que du pouvoir discrétionnaire de l'employeur. Le salarié muté dans le cadre du mouvement interne à l'intérieur de l'établissement ou de l'entreprise ou du groupe d'entreprises garde les mêmes droits et acquis issus du contrat de travail sans tenir compte du service, de la filiale ou de l'établissement dans lequel il est désigné et des fonctions dont il est chargé, sauf si les parties se sont mises d'accord sur des avantages plus

favorables pour les salariés.

Cela étant, force est de constater que la mutation varie selon les situations. Il incombe de faire la différence entre une mutation occasionnelle et une mutation définitive.

L'employeur, dans le cadre de l'organisation de son entreprise ou pour faire face à un surcroît d'activité, peut ordonner la mutation temporaire d'un ou de plusieurs salariés sans avoir besoin de leur accord.

La mutation définitive d'un ou de plusieurs salariés nécessite, quant à elle, leur accord préalable avant la prise de décision car il s'agit ici d'une modification substantielle du contrat de travail. A cet effet, il est nécessaire de réunir deux conditions : d'abord, l'acceptation sans équivoque par le salarié de la mutation dans le contrat de travail ou dans la convention collective. Puis, le paiement des indemnités de déplacement par l'employeur s'avère obligatoire.

Pour conclure, l'employeur n'a pas le droit absolu d'exercer son pouvoir de muter un salarié du lieu de travail sans prendre en considération certaines considérations. Il est soumis à certaines conditions, notamment s'il s'agit de modifications substantielles.

---

### Contrat de travail à durée déterminée :

#### I/ La rupture anticipée du CDD et préavis

La rupture du contrat de travail peut être à l'initiative du salarié ou de l'employeur, Dans ce

cas, les parties doivent-elles respecter un préavis ?

L'article 14 bis du code du travail stipule que "Le préavis de rupture du contrat de travail à durée indéterminée est notifié par lettre recommandée adressée à l'autre partie un mois avant la rupture du contrat....". L'article précité ne fait pas allusion au contrat de travail à durée déterminée.

En outre, de par sa nature juridique, le contrat de travail à durée déterminée n'entre pas dans le champ d'application du préavis légal ou conventionnel.

En effet, le contrat de travail à durée déterminée

signifie à la fois que les relations contractuelles sont censées se poursuivre jusqu'au terme librement fixé par les parties et que l'échéance entraîne la cessation automatique -sauf renouvellement par écrit- sans autre formalité.

C'est dire que le préavis qui permet d'apporter une atténuation à l'exercice immédiat du droit de résiliation unilatérale, n'y a plus de raison d'être, employeur et salarié sachant dès le moment de la rédaction de leur contrat à quel moment elles doivent recouvrer leur liberté.

### II/ De l'importance du terme dans le contrat de travail à durée déterminée

Le paragraphe premier de l'article 6-2 du code du travail dispose que "Le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée.

La question de la durée des contrats en droit du travail est un élément absolument fondamental, ne serait-ce qu'en ce qui concerne le régime de leur rupture :

- à durée indéterminée, le contrat peut être unilatéralement rompu par chaque contractant, à tout moment, sauf à respecter un délai de préavis ;
- à durée déterminée, en revanche, le contrat doit être rigoureusement et scrupuleusement exécuté jusqu'à l'échéance de son terme extinctif. Et si un contractant le rompt avant que le terme soit échu, il engage sa responsabilité civile.

D'où, l'intérêt de savoir si le contrat de travail appartient à l'une ou l'autre catégorie.

S'agissant des contrats de travail à durée déterminée, le paragraphe deux de l'article 6-2 du

code du travail stipule que "Le contrat de travail à durée déterminée peut comporter une limitation de la durée de son exécution ou l'indication du travail dont l'accomplissement met fin au contrat".

En principe, le contrat de travail à durée déterminée doit être conclu à terme précis, c'est-à-dire avec une date précise de fin du contrat.

La durée du contrat de travail à durée déterminée doit être fixée de façon qu'il n'y ait aucun doute non seulement sur le caractère temporaire de l'engagement, mais aussi sur le moment exact où les relations de travail sont censées se terminer.

C'est dire que les contrats de travail conclus pour "X mois environ", " x mois au moins " ou les contrats de travail à " l'année pour un salaire mensuel de... " ne peuvent être considérés comme des contrats de travail à durée déterminée ; les parties n'ayant pas une claire conscience du moment exact où leurs relations de travail cesseront.

### III/ CDD se poursuivant en CDI : Conservation de l'ancienneté du salarié

L'article 17 du code du travail énonce que "Lorsque à l'expiration du terme établi, le salarié continue à rendre ses services sans opposition de l'autre partie, le contrat se transforme en un contrat à durée indéterminée".

Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que la reconduction tacite d'un contrat de travail à durée déterminée entraîne sa transformation en un contrat à durée indéterminée, s'il n'y a pas d'objection émise par l'employeur qui permet au salarié de continuer à travailler au de-là de la période de fin de contrat.

Toutefois, en cas de poursuite de la relation de travail à la suite d'un contrat de travail à durée

déterminée, le salarié peut-il conserver l'ancienneté acquise au terme du contrat de travail à durée déterminée ?

L'ancienneté d'un salarié s'apprécie au regard de la durée totale d'appartenance juridique à l'entreprise. Elle s'acquiert à partir de la date d'entrée.

Si le salarié est engagé en contrat de travail à durée indéterminée au terme de son contrat de travail à durée déterminée, il conserve l'ancienneté qu'il avait acquise à l'issue du premier contrat, et ce, en application de l'article 17 du code du travail.

En effet, le contrat de travail à durée indéterminée n'est pas un "nouveau contrat" et ne peut priver le salarié de son ancienneté alors qu'il était au service de l'employeur.

Par conséquent, le point de départ de son ancienneté est fixé au premier jour de son premier contrat de travail à durée déterminée.

Faut-il noter que le contrat de travail à durée

indéterminée doit suivre immédiatement le contrat de travail à durée déterminée, il ne doit pas y avoir d'interruption entre les contrats. Si ce n'est pas le cas, l'ancienneté acquise au terme du contrat de travail à durée déterminée n'est pas reprise. Le point de départ de l'ancienneté est alors fixé au premier jour du contrat de travail à durée indéterminée.

### Droits acquis des salariés :

#### La suppression des droits acquis des salariés

Les droits des salariés peuvent résulter de la loi, de la convention collective, du contrat de travail mais aussi d'usages ou de pratiques marquant une volonté implicite de l'employeur de reconnaître un droit ou un avantage aux salariés.

1. Dans quelles conditions un droit se crée-t-il ?

Un droit devient acquis lorsqu'il réunit trois critères :

- la généralité : lorsque l'avantage est attribué à l'ensemble du personnel ou à une catégorie déterminée, comme par exemple le fait d'attribuer un véhicule de fonction aux commerciaux ou l'attribution d'une prime de bilan

ou d'un treizième mois

- la constance : lorsque l'avantage est attribué de façon répétée et périodique

- la fixité : l'avantage doit être fixe soit dans son montant soit dans son mode de détermination

2. Peut-on mettre fin à un avantage acquis résultant d'une pratique ?

En principe, un droit acquis est un droit dont le salarié peut exiger le respect. Toutefois, la modification ou la suppression d'un droit acquis est licite du moment qu'elle ne bouleverse pas l'économie du contrat de travail et ne porte pas atteinte à une condition fondamentale qui a été de nature à déterminer le salarié à s'engager.

### Secret professionnel du salarié :

#### L'obligation du respect du secret professionnel par le salarié

L'article 14 quater dresse une liste, à titre indicatif, des fautes graves qui peuvent justifier le licenciement du salarié sans préavis ni indemnités parmi lesquelles figure "la divulgation d'un des secrets professionnels de l'entreprise hormis les cas autorisés par la loi".

On entend par secret professionnel l'obligation, pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels, dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, de ne pas les divulguer, hors les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret.

**1. Que risque un salarié en cas de divulgations d'informations confidentielles ou importantes ?**

Sur le plan pénal, il y a une responsabilité dès lors que les conditions de cette infraction sont réunies. En cas d'infraction, ils sont passibles des sanctions prévues aux articles 138 et 254 du

code pénal.

Bien entendu, la gravité de cette infraction dépend également de la nature de l'activité dans laquelle opère le salarié, et des intérêts en jeu de l'entreprise.

Sur le plan civil, le salarié qui divulgue un secret professionnel, ou une information confidentielle ou importante, n'encourt rien sauf si son comportement cause un préjudice à l'entreprise, auquel cas sa responsabilité civile est engagée, et partant il est tenu de réparer le dommage que cette entreprise a subi.

Il faut rappeler également que le salarié peut être licencié sans indemnités ni préavis, à condition que l'entreprise apporte la preuve que cette divulgation lui a été directement préjudiciable.

**2. Une clause de confidentialité est-elle nécessaire et suffisante ?**

Une clause de confidentialité peut être d'une grande importance, elle constitue une double protection de l'entreprise puisque le code en constitue déjà une première, mais elle permet aussi de faire tomber ou neutraliser la deuxième condition sine qua non du code de travail dans l'article 14 quater à savoir que la divulgation du secret professionnel ait causé un préjudice à l'entreprise.

sans pour autant qu'elle soit à l'origine d'un quelconque dommage, peut constituer une faute grave si ce salarié occupe une fonction sensible dans l'entreprise.

Néanmoins, le dernier mot dans la qualification de cette faute, c'est-à-dire, si elle est grave ou non, revient au pouvoir discrétionnaire du juge.

Ainsi, une information divulguée par un salarié,

---

### **Travail à temps partiel :**

#### **I/ À quel formalisme doit satisfaire le contrat de travail à temps partiel ?**

Selon l'article 94-2 du code du travail, le contrat de travail à temps partiel peut être à durée indéterminée ou à durée déterminée comme le contrat à temps plein.

L'article 94-2 du code du travail définit le travail à temps partiel comme celui dont la durée ne dépasse pas 70% de la durée normale de travail applicable à l'entreprise.

Quelle que soit la nature du contrat de travail, selon l'article 94-3 du code du travail : " Le contrat de travail à temps partiel doit être écrit et indiquer notamment la qualification professionnelle du travailleur, les éléments de la rémunération, la durée du travail et la modalité de sa répartition sur la semaine, le mois ou l'année ".

En revanche, l'indication d'horaires précis n'est pas obligatoire dans le contrat à temps partiel. Seule la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois doit figurer impérativement dans le contrat de travail selon l'article 94-3 du code du travail.

Quelles sont les conséquences de l'absence d'écrit ?

L'absence d'un écrit constatant l'existence d'un contrat de travail à temps partiel fait présumer que ce dernier a été conclu pour un horaire à temps complet. Mais on considère qu'il s'agit là d'une présomption simple.

En l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition, il incombe à l'employeur qui conteste cette présomption, et à lui seul, d'apporter la preuve qu'il s'agissait bien d'un contrat à temps partiel.

Il doit donc prouver que tous les éléments de fond du contrat à temps partiel sont réunis : durée exacte du travail et répartition sur la semaine ou sur le mois.

La preuve peut être rapportée par tous moyens (par exemple par des bulletins de paye indiquant un horaire correspondant aux plannings hebdomadaires prévoyant la répartition des horaires entre les salariés :

En revanche, est insuffisante la production de bulletins de paie faisant apparaître un horaire habituel de travail réduit auxquelles s'ajoutaient occasionnellement des heures supplémentaires.

L'employeur doit, d'autre part, prouver que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il pourrait travailler chaque mois et n'était pas dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur.

En revanche, l'indication d'horaires précis n'est pas obligatoire dans le contrat à temps partiel. Seule la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois doit figurer impérativement dans le contrat de travail selon l'article 94-3 du code du travail.

---

## **DEUXIEME PARTIE**

### **Administration et direction de la société anonyme :**

#### **I/ La rémunération des administrateurs d'une SA : Les rémunérations exceptionnelles justifiées par des missions particulières**

Conformément à l'article 205 du code des sociétés commerciales, le conseil

d'administration peut allouer des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats

confiés aux membres du conseil d'administration. Le montant de ces rémunérations est porté aux charges d'exploitation.

Ni la loi ni la jurisprudence ne donnant de définition de tels mandats ou missions particuliers.

Selon la majorité de la doctrine, les rémunérations exceptionnelles visées par la loi semblent correspondre à des missions elles-mêmes exceptionnelles, le plus souvent importantes ou délicates, pour lesquelles le conseil juge l'intervention d'un ou plusieurs de ses membres préférable à celle d'un simple directeur technique: mission temporaire à l'étranger, négociation d'un marché important, recherche d'une transaction pour mettre fin à un litige en cours, inspection d'une agence ou d'une succursale à la suite d'une défaillance grave de ses dirigeants, etc.

Dans tous les cas on suppose qu'il s'agit d'une mesure de direction nécessitant un engagement particulier du dirigeant non déjà couvert par sa rémunération habituelle.

Il ne devrait donc pas s'agir de la rémunération

d'une activité permanente. Quoiqu'il en soit, le travail rémunéré devra être effectif et la rémunération, en adéquation avec la mission réalisée.

En revanche, de telles rémunérations ont la spécificité d'entrer dans le champ d'application de la procédure de contrôle des conventions réglementées prévue par l'article 200 du code des sociétés commerciales.

En effet, les rémunérations exceptionnelles ne sont pas institutionnelles et reposent sur une convention. Une telle convention sera soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration puis à un vote de l'assemblée générale sans influence sur sa validité. Le critère de validité des rémunérations exceptionnelles est donc, outre celui de l'existence d'une mission particulière réelle, l'absence de conséquences préjudiciables à la société pour le cas où le conseil d'administration n'aurait pas approuvé la convention, hypothèse inenvisageable en pratique dans la mesure où c'est le conseil d'administration lui-même qui décide de cette rémunération.

### **III/ La rémunération des dirigeants d'une SA : La modification de la rémunération des dirigeants sociaux en question**

L'alinéa deux de l'article 208 du code des sociétés commerciales indique que dans les sociétés anonymes de type moniste, il revient au conseil d'administration de fixer la rémunération du président.

Quid de la suppression ou de la modification unilatérale de la rémunération ainsi allouée ?

Du fait de la nature institutionnelle et du caractère unilatéral de la rémunération qu'ils reçoivent, le président du conseil d'administration de même que le directeur général et le directeur général délégué ne disposent d'aucun droit acquis à recevoir celle-ci sans limite de temps (CA Paris, 1er décembre 2000, Thomas c./SA ALG, Dr. Sociétés 2001, comm. 66).

Une décision du conseil d'administration peut ainsi venir la modifier en l'augmentant ou en la réduisant ou même en la supprimant dans la mesure où rien ne s'oppose à ce que des fonctions de direction ne soient pas rémunérées.

En principe, le conseil d'administration peut

décider de réduire la rémunération du président du conseil d'administration et des directeurs généraux sans avoir recueilli au préalable leur consentement (CA, Paris, 7 juin 2000, Rev.soc. 2000, p. 763, obs. Y. Guyon ; Cass. com., 14 décembre 2004 Le Floch Prigent c/Sté Elf Aquitaine, Bull. Joly 2005, § 104 p. 506, Note le Cannu).

La décision prise par le conseil ne doit toutefois pas relever d'un abus de droit.

La question s'est posée de savoir si la décision modificatrice de la rémunération pouvait avoir un caractère rétroactif.

La réponse à une telle question implique toutefois d'opérer une distinction entre réduction et augmentation de la rémunération.

S'agissant de la réduction de la rémunération, la jurisprudence française décide que celle-ci ne peut être que postérieure à la décision. En effet, la Cour d'appel de Paris (24) a énoncé que le conseil d'administration "compétent pour décider des rémunérations octroyées à son président,

l'est nécessairement pour les modifier, a fortiori avec le consentement de l'intéressé, une telle modification pouvant dans ce cas avoir un effet rétroactif." (CA Paris, 28 juill. 1982, Dr.sociétés 1982, n° 311. Seul le consentement du dirigeant, équivalent à une renonciation, rendrait efficace une mesure rétroactive (CA Paris, 1er févr. 2002, Dr.sociétés, 2002, comm. 67 D. Vidal).

La cour de cassation a adopté une position similaire dans un arrêt du 10 février 2009 (Cass. com., 10 février 2009, n° 08-12.564, Mathey c/Sté NRJ Group : JurisData n° 2009-046997 ; Dr.sociétés 2009, comm. 74, note D. Cochet).

A contrario, la décision d'augmentation peut avoir un effet rétroactif à condition qu'elle ne soit pas abusive et qu'elle ne porte pas atteinte à l'intérêt social.

La cour d'appel de Paris avait ainsi admis la validité d'une décision d'augmentation rétroactive qui avait pour unique objectif de faire correspondre la modification avec le début de

l'exercice social (CA Paris, 15ech., 28 mars 1980, JurisData n° 236 ; V. Lamy Sociétés Commerciales 2012, n° 3540).

S'agissant de la modification de la rémunération des membres du directoire, la cour de cassation reconnaît ce pouvoir au conseil de surveillance (Cass. Com. 16 juillet 1985, Bull. Civ. IV. n° 217 et Cass. Com. 12 décembre 1995, Bull.Joly. Sociétés 1996 p. 207. note P Le Cannu).

La situation est identique à celle de la société anonyme moniste, le conseil de surveillance statue librement sur le montant de cette rémunération et peut donc décider de la réduire même sans l'accord des membres du directoire.

Egalement, cette réduction de la rémunération des membres du directoire ne peut intervenir rétroactivement sans l'accord de ces derniers et ce, même si cette rémunération n'a pas encore été payée (Cass. Com. 10 février 2009, Bull. civil IV. n° 20).

## Conventions réglementées :

### Prescription de l'action en nullité d'une convention réglementée

Conformément aux dispositions de l'article 200 du code des sociétés commerciales, les conventions réglementées sont soumises à une autorisation préalable du conseil d'administration.

L'alinéa deux de l'article 202 du code des sociétés commerciales prévoit que les conventions contractées sans l'autorisation préalable du conseil d'administration, peuvent faire l'objet d'annulation si elles entraînent des dommages à la société.

L'action en annulation se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date de la convention.

L'action en nullité se prescrit par trois ans, à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est reporté au jour où elle a été révélée.

Enfin, la nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie.

Il résultait de l'interprétation de ces dispositions

retenue par un arrêt de principe de la cour de cassation française du 24 février 1976 (pourvoi n° 74-13.185, Bull. 1976, IV, n° 69), d'une part qu'en l'absence d'autorisation préalable du conseil d'administration, la prescription ne commençait à courir qu'à la date de la révélation, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de savoir si la convention litigieuse avait été dissimulée et, d'autre part, que la révélation s'appréciait à l'égard de l'assemblée générale des actionnaires, seul organe habilité à couvrir la nullité encourue.

Un arrêt de la Cour de cassation française du 8 février 2011 revient sur l'une et l'autre de ces solutions (Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 8 février 2011, 10-11.896).

En premier lieu, il réintroduit fermement l'exigence de dissimulation et, par là même, opère un retour au principe, gommé par la jurisprudence inaugurée en 1976, selon lequel le point de départ du délai de prescription est fixé au jour de la conclusion de la convention litigieuse.

L'arrêt le fait en des termes qui manifestent clairement qu'en cette matière, comme en matière de responsabilité civile des dirigeants sociaux ou des commissaires aux comptes où

cette notion est mise en œuvre aux mêmes fins, la dissimulation implique un comportement intentionnel. Elle ne saurait donc être déduite du seul défaut d'information de l'organe social appelé à autoriser la convention. Une distinction devra être faite entre les dirigeants ou actionnaires de mauvaise foi, et ceux qui sont seulement imprudents ou ignorants.

En second lieu, l'arrêt précise que s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action. Il y aura donc lieu, le cas échéant, de rechercher la date à laquelle le demandeur à l'action en nullité,

qui sera la société elle-même ou un actionnaire agissant à titre individuel, aura eu une connaissance suffisante de la convention dissimulée.

Par cet arrêt, la chambre commerciale marque sa volonté de rompre avec l'interprétation antérieure des textes relatifs au point de départ de la prescription de l'action en nullité des conventions réglementées et de faire prévaloir des solutions plus en accord avec la lettre de ces textes, mais aussi avec le souci de sécurité juridique qui les sous-tend.

---

## Gérants de SARL :

### Action sociale à l'encontre des gérants de SARL

Dans l'exercice de ses fonctions, le gérant de SARL peut, dans certains cas, engager sa responsabilité civile, voire sa responsabilité pénale.

S'agissant de la responsabilité civile, lorsqu'un gérant de SARL, par sa faute, cause un préjudice à la société, celui-ci engage sa responsabilité.

Cette action étant fondée sur l'article 82 du code des obligations et des contrats, la responsabilité des dirigeants ne peut être engagée à l'égard de la société que si la faute est génératrice d'un préjudice et qu'il existe un lien de causalité.

L'action en réparation peut-être engagée soit par la société elle-même, par l'intermédiaire de son gérant.

Cette action sera initiée par le nouveau gérant à l'encontre de l'ancien qui demeure responsable des fautes commises durant l'exercice de ses fonctions même si, étant associés il a par la suite cédé la totalité des participations qu'il détenait dans la société.

Restent les hypothèses fréquentes où le gérant demeure en place malgré le préjudice causé à la société. Il est assez rare que le gérant ayant commis une faute, soit enclin à engager une action en justice visant à sa condamnation. ...

Dans ce cas, les associés représentant le dixième du capital social peuvent, en se groupant, intenter l'action sociale en responsabilité contre le ou les gérants responsables du préjudice. Toute modification de la quote-part sus-désignée des associés survenue après l'exercice de l'action en responsabilité ne peut avoir pour effet d'éteindre ladite action (Article 118 du code des sociétés commerciales).

Aucun quitus ou clause n'est susceptible de paralyser l'exercice de l'action sociale. L'article 119 du Code des sociétés commerciales énonce ce caractère en réputant nulle et non avenue :

- toute clause statutaire ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action.

- toute décision de l'assemblée générale ayant pour effet d'interdire l'exercice de l'action en responsabilité contre le gérant pour faute commise dans l'exercice de son mandat.

Les sommes allouées par le jugement sont dues à la société (article 117 du code des sociétés commerciales).

---

## Sociétés (Généralités) :

### Le dépôt des fonds et leur mise à disposition

Selon l'article 98 du code des sociétés commerciales, "Les fonds provenant de la libération des parts sociales sont déposés auprès d'un établissement bancaire. Le gérant

ne pourra retirer ces fonds ou en disposer qu'après l'accomplissement de toutes les formalités de constitution de la société et son immatriculation au registre de commerce".

S'agissant des sociétés anonymes, l'article 168 du même code énonce que "Les fonds provenant de la souscription en numéraire sont déposés dans un établissement bancaire au compte de la société en formation avec la liste des souscripteurs et l'indication des sommes versées par chacun d'eux".

Selon la jurisprudence française, les fonds déposés sont indisponibles. Il s'ensuit qu'ils ne peuvent pas faire l'objet d'une compensation avec une dette de l'apporteur à l'égard du dépositaire des fonds (CA Paris 30 novembre 1976, G.P. 1977.1.314 ; Rapporté in Mémento pratique, sociétés commerciales, Editions Francis Lefebvre, 1998, § 798).

Il est vrai cependant que les textes précités ne posent pas expressément la règle de l'indisponibilité des fonds destinés à constituer le capital. Mais celle-ci s'en déduit nécessairement

: l'interdiction de retirer les fonds versés avant l'immatriculation implique en effet leur indisponibilité jusqu'à cette date.

La justification est de différents ordres.

Sur le plan théorique, la société n'ayant pas encore la personnalité juridique, n'a aucun droit de propriété sur les apports, le gérant ou les fondateurs ne peuvent donc s'en servir.

Sur le plan pratique, un tel blocage des fonds permet de protéger les associés contre des fondateurs malhonnêtes qui détourneraient les fonds.

Par ailleurs, la banque risque d'engager sa responsabilité en laissant le gérant ou les fondateurs de la SA utiliser les fonds à d'autres fins.

---

## SARL :

### Obligation de non-concurrence du gérant

La société à responsabilité limitée (SARL) est administrée par au moins un gérant, personne physique, qui peut être choisi parmi les associés. Agissant dans les intérêts de la société à la réalisation de son objet social, la responsabilité du gérant peut être recherchée tant sur le plan civil que pénal et fiscal.

Associé et gérant sont-ils tenus des mêmes obligations à l'égard de la SARL ?

Sauf stipulation statutaire contraire, l'associé "en cette qualité" n'est tenu ni d'une obligation de non-concurrence, ni d'une obligation d'information de l'exercice de cette activité concurrente. Il doit toutefois "s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux". Ce sont les procédés auxquels il pourrait avoir recours pour concurrencer l'activité de la société qui sont ici visés.

L'alinéa premier de l'article 117 du code des

sociétés commerciales dispose que "Le ou les gérants sont responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions légales applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit de fautes commises dans leur gestion".

En application de l'article 117 du code précité, le gérant a une obligation de loyauté et de fidélité en raison de sa qualité. Ce dernier ne peut ainsi négocier un marché concurrent en qualité de gérant d'une autre société.

Les obligations respectives du simple associé et du gérant de SARL doivent être distinguées. Si la liberté d'entreprise est préservée pour l'un à condition qu'il n'ait pas recours à des procédés déloyaux, elle est proscrite pour l'autre en raison des fonctions qu'il occupe, à savoir servir l'intérêt collectif et ce en toute bonne foi.

---

## Société à responsabilité limitée :

### Associé : Obligation de non-concurrence

L'associé d'une SARL est-il légalement tenu d'une obligation de non-concurrence ?

Selon la doctrine dominante, l'existence d'une obligation légale de non-concurrence à la charge

des associés est une situation exceptionnelle. En effet, l'obligation de non-concurrence ne se présume pas et l'"affectio societatis" est rarement assez forte pour imposer aux associés autre chose qu'une obligation de bonne foi, trop

diffuse pour produire des conséquences juridiques précises.

Certains cas ne font pas difficulté. Ainsi il est évident que l'actionnaire minoritaire d'une société anonyme cotée en bourse n'est tenu à l'égard de celle-ci d'aucune obligation de non-concurrence. A l'inverse l'article 1266 du code des obligations et contrats impose à l'associé, apporteur en industrie, de verser à la société tous les gains qu'il a faits, depuis le contrat, par l'espèce d'industrie qui est l'objet de La société. L'intéressé ne peut être à la fois associé et concurrent. Des lois spéciales font une application plus ou moins directe de ce principe. Ainsi, dans les sociétés professionnelles, sauf disposition contraire de la loi, un associé ne peut être membre que d'une seule société et ne peut exercer la même activité à titre individuel.

En l'absence de textes, des distinctions sont nécessaires. L'obligation de non-concurrence est généralement admise dans les sociétés en nom collectif parce que les associés y jouent un rôle actif, y exercent la gérance, sauf stipulation contraire des statuts, et y sont tenus d'une obligation indéfinie et solidaire au passif.

Dans les SARL et les sociétés anonymes, l'obligation de non-concurrence est au contraire exceptionnelle. Elle n'incomberait, et encore pas dans tous les cas, qu'aux associés majoritaires ou à ceux qui exercent des fonctions de direction. Mais cette position n'est pas très nette, parce que l'on ne sait pas toujours très bien si elle met à la charge de ces associés prépondérants une véritable obligation de non-concurrence ou si elle se borne à sanctionner des actes de concurrence déloyale.

De même s'agissant de l'obligation de non-concurrence incombant à l'associé retiré, les solutions ne sont pas nettes. Si l'on fait prévaloir les règles du droit de la concurrence, l'associé ne serait que rarement tenu d'une obligation de non-concurrence, car les atteintes à la liberté du commerce doivent avoir une origine légale ou conventionnelle, qui fait généralement défaut dans le cas des sociétés. Si, au contraire, on se place dans une perspective sociétaire, on admettra plus aisément que l'associé prépondérant à le devoir de ne pas nuire à la société en lui faisant concurrence.

Ces difficultés peuvent être supprimées ou réduites en stipulant une clause de non-concurrence soit dans les statuts soit dans une convention extra-statutaire. Ces conventions sont soumises aux conditions habituelles de

validité de tels accords. Elles doivent donc avoir un motif légitime, un objet précis et être limitées dans le temps ou dans l'espace.

A supposer que l'obligation de non-concurrence existe, reste à se demander quelle sera la sanction de sa violation. Bien entendu la société pourra mettre en oeuvre les sanctions de droit commun, telles que les dommages-intérêts, le jeu d'une clause pénale ou même une fermeture d'établissement.

Mais peut-on envisager l'application de sanctions spécifiques, découlant du droit des sociétés ? Si l'associé a également la qualité de dirigeant, l'activité concurrentielle interdite sera un juste motif de révocation. Toutefois la sanction la plus efficace serait l'exclusion de l'associé coupable. En l'absence de stipulation statutaire, celle-ci ne paraît pas possible, au moins dans les sociétés à capital fixe. Quant à la validité des clauses d'exclusion, elle est elle-même fort discutée, même si certaines cours d'appel lui sont plutôt favorables.