

# *Le Manuel Permanent*

# *du Droit des Affaires*

## *tunisien*

---

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 198

SOMMAIRE

Février 2012

### PREMIERE PARTIE

#### Chèque :

**Chèques portant mention "en règlement final" : L'encaissement d'un chèque portant la mention "en paiement final"**

Quelles sont les conséquences de l'encaissement d'un chèque pour une partie de la somme due, lorsque ce chèque porte la mention "Paiement Final" ?

P. 3

**Création de la caisse des dépôts et des consignations :**

La caisse des dépôts et consignations (CDC) a été créée par le décret-loi n° 2011-85 du 13 septembre 2011. Nous examinons ses multiples fonctions et utilités.

P. 3

#### Etablissements de crédit :

**Renforcement des règles de bonne gouvernance dans les établissements de crédit**

Une nouvelle circulaire organise l'ensemble des établissements de crédit et décrit un ensemble de règles de bonne gouvernance dans l'objectif d'asseoir une gestion saine et prudente qui assure la pérennité des établissements de crédit.

P. 4

#### Etablissements de micro-finance :

**Micro-financement : Réforme du système de micro-financement**

Le nouveau cadre juridique de l'activité des établissements de micro-finance

P. 7

#### Fiscalité de l'entreprise

#### Fiscalité internationale :

**La double imposition des dividendes en question**

Conditions d'imposition des dividendes dans le cadre de conventions de non double imposition conclues entre la Tunisie et d'autres pays.

P. 8

#### Vérification fiscale :

**Vérification fiscale et comptabilité : Le juge fiscal devant le rejet de la preuve comptable**

Quelle est la position de la jurisprudence tunisienne face au recours simultané aux

**Intérêt :****Taux d'intérêt excessif et taux effectif global**éléments comptables et extracomptables en présence d'une comptabilité régulière ? **P. 9****Obligations sociales de l'entreprise****Licenciement :****I/ Le licenciement pour des absences répétées**Peut-on licencier un salarié pour absences répétées ou prolongées ? **P. 11****II/ Licenciement pour insuffisance de résultats**Peut-on licencier pour insuffisance de résultats ? **P. 11****Obligation de non-concurrence :****Clause de non-concurrence et preuve**Comment prouver une clause de non-concurrence en l'absence d'écrit ? **P. 14****Travail à temps partiel :****Absence de contrat écrit et temps partiel**Comment prouver l'existence d'un temps partiel en l'absence d'écrit ? **P. 14****DEUXIEME PARTIE****Abus de biens sociaux :****Conditions légales et moyens de défense**Quelles sont les conditions légales de l'infraction d'abus sociaux et les moyens de défense à invoquer en cas de poursuite ? **P. 15****Actions - Actionnaires :****Cession d'actions : le délai pour procéder au rachat après un refus d'agrément**Le délai de rachat des actions en cas de refus d'agrément du cessionnaire **P. 16****Commissaire aux comptes :****Obligations de nommer un commissaire aux comptes : Pour quelle société ?**Quant (et comment) nommer un commissaire aux comptes ? **P. 18****Comptes sociaux :****La modification des comptes sociaux par l'assemblée générale ordinaire annuelle des actionnaires : Pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire en matière de modification des comptes d'un exercice antérieur**L'assemblée générale ordinaire annuelle d'approbation des comptes dispose-t-elle du pouvoir de modifier ce qu'elle a, elle-même, voté précédemment ? **P. 19**

## PREMIERE PARTIE

### Chèque :

#### **Chèques portant mention "en règlement final" : L'encaissement d'un chèque portant la mention "en paiement final"**

Il arrive fréquemment qu'un débiteur transmette à son créancier un chèque pour un montant moindre que celui réclamé, en y inscrivant la mention "en paiement final", ou une autre expression ayant une signification équivalente.

Le créancier qui reçoit un tel chèque s'empresse bien souvent de l'encaisser ou de le faire certifier, et avise ensuite son débiteur qu'il n'accepte pas la condition de ce dernier et qu'il considère ce paiement comme un simple versement sur la dette initiale.

Si le créancier endosse ce chèque et l'encaisse sans réserve, le débiteur est-il déchargé de toute obligation envers son créancier ?

Selon une première opinion, l'encaissement d'un chèque, même sous condition, portant la mention "en règlement final" constitue une quittance finale et une fin de non-recevoir à toutes réclamations subséquentes.

Selon une deuxième opinion, le seul fait d'encaisser un chèque portant l'expression "en règlement final" ne crée aucune présomption d'acceptation de la part du créancier.

Le principe général reconnu est à l'effet que l'encaissement d'un chèque comportant la mention "Paiement Final" ou accompagné d'une lettre indiquant que ce chèque constitue un paiement final, crée une présomption de faits que la dette est éteinte par ce paiement.

Cependant, si la conduite du créancier qui encaisse le paiement démontre qu'il l'accepte

comme un paiement partiel de la dette en avisant par écrit le débiteur, le paiement ne sera pas considéré comme un paiement final. Il s'agit bien entendu d'une présomption qui peut être repoussée suite à la preuve faite et cette question est laissée à l'appréciation du tribunal.

En effet, l'encaissement du chèque par le créancier constitue une présomption de paiement final en faveur du débiteur, mais il s'agit d'une présomption de fait. En conséquence, cette présomption de paiement final peut être combattue par une preuve contraire, même par une preuve testimoniale.

Les règles de droit en pareille matière sont simples : il s'agit pour le créancier d'une renonciation à partie de sa créance ; le débiteur qui invoque pareil abandon d'un droit est tenu, évidemment, d'en fournir la preuve certaine ; cette preuve certaine peut résulter d'une présomption, même de fait.

Il est inutile pour le débiteur de prétendre que le contexte dans lequel le chèque litigieux a été encaissé équivaut à paiement final s'il n'a pas pris au départ la précaution d'inscrire une mention libératoire sur le chèque ou sur un document remis en même temps. Il faut absolument que le chèque (ou une lettre qui l'accompagne) porte clairement une mention à l'effet qu'il s'agit d'un paiement final pour que son encaissement par le bénéficiaire emporte renonciation de sa part à réclamer un montant additionnel, sinon il est inutile de soulever cette question.

#### **Création de la caisse des dépôts et des consignations :**

##### **Rôle et missions de la CDC**

Eu égard à la période délicate que connaît l'économie tunisienne en matière de climat d'affaires et afin de renouer avec le rythme de l'investissement et de lancer des signaux positifs tant vers les investisseurs tunisiens qu'étrangers tout en évitant l'attentisme et l'hésitation, le décret-loi n° 2011-85 du 13 septembre 2011 a créé un nouveau mécanisme de financement de l'économie dénommé " la Caisse des Dépôts et des Consignations (CDC) ".

A caractère public et dotée de l'autonomie financière, cette nouvelle structure a pour principales missions de stimuler les investissements, de soutenir les entreprises et de créer davantage d'emplois par le financement des projets d'infrastructure, notamment dans les régions de l'intérieur du pays, et par le développement des petites et moyennes entreprises (PME) et leur accompagnement surtout dans les régions défavorisées.

L'article trois du décret-loi précité dispose qu'il est mis à la disposition de ladite caisse des ressources importantes constituées, essentiellement, par les dépôts du Centre d'épargne postale (CEP) (ex. CENT) auxquels s'ajoutent les dépôts et consignations détenus par le Trésor public ainsi que les emprunts mobilisés au nom de l'Etat sur le marché domestique et les marchés extérieurs.

Selon l'article 2 du décret-loi précité, ces ressources seront utilisées pour acquérir les bons du Trésor, toutes catégories confondues y compris ceux assortis de la garantie de l'Etat, réaliser, d'une façon directe ou indirecte ou d'une manière individuelle ou dans le cadre d'un partenariat avec le secteur privé, des placements et des investissements à long terme et à caractère stratégique dans tous les domaines économiques tout en préservant leur pérennité et ce, essentiellement, dans les secteurs de l'infrastructure de base, les projets de développement régional et les domaines des nouvelles technologies, de l'environnement et du développement durable. Il est à indiquer que ces ressources peuvent être employées pour soutenir les PME.

Egalement, la caisse des dépôts et des consignations peut utiliser ses ressources sur le marché financier à travers l'achat des actions des sociétés cotées en Bourse et la souscription aux emprunts obligataires émis.

S'agissant du volet gestion et mode de fonctionnement de la CDC, cette dernière est soumise à des règles de gestion et des normes prudentielles qui seront fixées ultérieurement. Elle est présidée par un Directeur Général nommé après avis du Premier Ministre et qui exerce ses fonctions sous le contrôle d'une

Commission de supervision présidée par le Ministre des Finances.

Cette Commission est chargée, notamment, de la mise en place de la stratégie de développement de l'activité de la caisse et de la politique générale de son intervention, ainsi que de la fixation de son programme annuel d'investissements.

Trois comités permanents issus de la Commission de supervision sont créés au sein de la CDC.

Le premier, dénommé le Comité d'audit et de contrôle, est chargé, notamment, de l'audit et du contrôle des comptes de la Caisse et du respect des règles prudentielles.

Le deuxième, dénommé le Comité des ressources et des emplois, est chargé, essentiellement, de la proposition de la politique générale de la Caisse et du champ de ses interventions, de l'approbation préalable de tous les investissements à réaliser par la Caisse et des mobilisations de ressources y afférentes, hormis les opérations de gestion courante.

Quant au troisième Comité, dénommé le Comité des risques, il est chargé d'assister la Commission de supervision pour exercer ses missions relatives à la gestion et à la prévention des risques. Ce Comité est chargé aussi de proposer la stratégie de gestion de tous les risques financiers et opérationnels et d'évaluer la politique de couverture des risques liés aux investissements et placements de la CDC, ainsi que des résultats des placements réalisés et le respect des normes de la gestion prudentielle.

## Etablissements de crédit :

### Renforcement des règles de bonne gouvernance dans les établissements de crédit

La gouvernance d'entreprise regroupe l'ensemble des relations entre les dirigeants de l'entreprise et son organe de gouvernance avec les actionnaires d'une part et les autres parties prenantes d'autre part ; et ce, dans l'objectif de création de valeur pour l'entreprise.

La gouvernance d'entreprise s'intéresse donc à la manière dont les entreprises sont dirigées et contrôlées et s'assure de la capacité des organes de gestion :

- à poursuivre des objectifs conformes aux

intérêts des actionnaires et des autres parties prenantes ;

- à mettre en oeuvre des systèmes de contrôle efficaces pour gérer les conflits d'intérêt potentiels et les risques éventuels et prévenir les abus de pouvoir de nature à faire prévaloir des intérêts particuliers sur "l'intérêt social".

Le thème de la gouvernance d'entreprise fait l'objet, dans différents pays, d'un flux continu de nouvelles réglementations et pratiques. C'est une question qui suscite l'intérêt également de

bon nombre d'institutions internationales.

Pour le cas des établissements de crédit en particulier, qui jouent un rôle primordial dans la collecte de l'épargne et le financement de l'économie, la question de la gouvernance est essentielle pour leur solidité et leur développement. En effet, comparée aux autres entreprises, la gouvernance au sein de ces établissements présente des spécificités dont notamment :

- Le développement du niveau de bancarisation est conditionné, dans une large mesure, par le degré de confiance du public dans le mode de fonctionnement des établissements de crédit ;
- Les établissements de crédit sont exposés aux risques opérationnels, déontologiques ou de réputation du fait qu'ils ont accès à des informations confidentielles sur la clientèle, ce qui appelle à une plus grande rigueur dans leur gestion ;
- Le rôle fondamental assuré par les établissements de crédit dans le fonctionnement des systèmes de paiement et des marchés interbancaires rendent plus facile la transmission des effets systémiques d'une mauvaise gouvernance (le risque de contagion systémique) ;
- De par la nature de leurs activités, les établissements de crédit sont exposés à différentes situations de conflits d'intérêts (rentabilité/risque, crédit aux apparentés, fonctions conflictuelles ...).

Dans le sillage de ces évolutions, la banque centrale de Tunisie a édicté, en mai 2011, une circulaire aux établissements de crédit n° 2011-06 du 20 mai 2011 relative au renforcement des règles de bonne gouvernance dans les établissements de crédit.

Ce nouveau mode de gouvernance permettra de garantir la transparence dans la gestion, la pertinence du pilotage des risques, la fiabilité des systèmes de contrôle (conseil d'administration, direction générale et diverses structures de gestion, audit, inspection, structures de conformité et de qualité) et, partant, de préserver les intérêts des actionnaires, des déposants et des autres tiers (partenaires, créanciers, investisseurs, personnel,...).

Les nouvelles dispositions ont concerné quatre

aspects : la définition des règles de bonne gouvernance au sein des différents organes de direction et de contrôle des établissements de crédit (notamment au niveau de leurs Conseils d'Administration, des comités exécutifs de crédit, des comités des risques et des comités permanents d'audit interne), la nomination, la rémunération et la politique de communication.

S'agissant du conseil d'administration et notamment de ses missions, il a été décidé, en particulier, que celui-ci doit arrêter la stratégie de développement et les politiques d'intervention de l'établissement de crédit considéré tout en s'assurant que les moyens humains, financiers et logistiques disponibles sont en adéquation permanente avec la stratégie et les politiques arrêtées.

En outre, le conseil d'administration est tenu d'assurer la surveillance effective de la Direction Générale en portant des jugements sur les décisions prises par le contrôle de la conformité des actions entreprises avec la stratégie arrêtée (y compris la politique des risques). Pour ce faire, des indicateurs quantitatifs et qualitatifs de suivi en matière de solvabilité, de liquidité et de rentabilité doivent être établis. Le Conseil doit veiller, également, à ce que l'établissement de crédit jouisse en permanence d'une bonne réputation à même de préserver la confiance auprès du public.

De même, le conseil est tenu de mettre en place un dispositif de gouvernance. Il doit, à ce titre, fixer des règles de bonne conduite professionnelle à consigner dans un code de gouvernance et veiller à leur application par tous les niveaux hiérarchiques au sein de l'établissement de crédit.

D'un autre côté, la nouvelle réglementation a imposé aux administrateurs de respecter certaines obligations ayant trait, notamment, au devoir de loyauté, à l'honnêteté, à l'intégrité et à la confidentialité et ce, pour éviter les conflits d'intérêt entre les administrateurs et l'établissement de crédit en question.

En outre, les membres du conseil d'administration sont appelés à exercer effectivement leurs mandats en participant activement et de manière assidue aux délibérations des conseils.

Les établissements de crédit doivent avoir au sein de leurs Conseils au moins deux membres indépendants et au plus un membre dirigeant.

Par ailleurs, au moins un membre du conseil, représentant les intérêts des actionnaires personnes physiques autres que les actionnaires principaux, doit être parmi les administrateurs au cas où l'établissement de crédit est coté à la Bourse des valeurs mobilières de Tunis (BVMT).

Tous les membres du conseil d'administration doivent avoir les qualifications requises, une compréhension appropriée des différents types d'activités financières importantes ainsi qu'une capacité d'analyse développée.

En outre, il est interdit à tout membre du conseil d'administration d'une banque d'être, à la fois, membre du conseil d'une autre banque et à tout membre du conseil d'un établissement financier de siéger également dans le conseil d'administration d'un autre établissement financier.

Afin de garantir l'exécution efficiente des missions assignées aux membres du conseil d'administration, la banque centrale de Tunisie a recommandé aux établissements de crédit d'assurer auxdits membres des programmes de formation spécifiques se rapportant aux opérations bancaires et financières, à la gestion des risques et aux autres domaines connexes.

Par ailleurs, la nouvelle réforme des règles de gouvernance a fixé les modalités de fonctionnement des comités exécutifs de crédit, des comités des risques et des comités permanents d'audit interne.

De même, elle a imposé aux conseils d'administration de fixer la politique de rémunération du personnel des établissements de crédit et, notamment, celle des membres de l'organe de direction, du conseil d'administration et des différents comités.

Pour ce qui est des comités (émanant du Conseil et dans lesquels siègent ses membres, à savoir le comité exécutif de crédit, le comité des risques et comité permanent d'audit interne), sensés assister le conseil d'administration dans l'exécution de ses missions à travers la préparation de ses décisions stratégiques et l'accomplissement de sa mission de surveillance, ils sont tenus, notamment, d'analyser en profondeur les questions techniques qui relèvent de leurs attributions, de rendre compte régulièrement de leurs travaux au conseil et d'informer ce dernier de tout événement susceptible de porter préjudice à l'activité de l'établissement de crédit considéré.

Ces comités sont tenus, également, de présenter leur rapport annuel, dont une copie sera adressée à la banque centrale de Tunisie quinze jours avant la tenue de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires, à l'occasion de la réunion consacrée à l'examen des états financiers annuels de l'établissement de crédit.

Concernant le comité exécutif de crédit, chargé d'examiner l'activité de financement assurée par l'établissement, il est appelé à donner son avis au Conseil sur certaines catégories de crédit (crédits qui entraîneraient des dépassements des engagements, crédits de restructuration dépassant les limites fixées par le conseil, crédits accordés aux clients classés, ...).

Pour ce qui est du comité des risques, ses attributions consistent à assister le conseil d'administration à s'acquitter de ses responsabilités relatives à la gestion et à la surveillance des risques, à travers principalement la conception et la mise à jour d'une stratégie de gestion de tous les risques avec fixation des limites d'exposition et des plafonds opérationnels, l'approbation des systèmes de mesure et de surveillance des risques, l'analyse de l'exposition de l'établissement de crédit à tous les risques, y compris les risques de crédit, de liquidité, de marché et le risque opérationnel, ainsi que la conformité de l'exposition à la stratégie arrêtée en la matière, l'évaluation de la politique de provisionnement et l'adéquation permanente des fonds propres par rapport au profil des risques de l'établissement.

Quant au comité permanent d'audit interne, il est appelé, notamment, à procéder à la vérification de la clarté des informations fournies et à apprécier la cohérence des systèmes de mesure, de surveillance et de maîtrise des risques, à examiner les insuffisances du fonctionnement du système de contrôle interne relevées par les différentes structures de l'établissement de crédit et autres organes chargés des missions du contrôle et l'adoption des mesures correctrices et à contrôler et coordonner les activités de la structure d'audit interne tout en veillant à ce qu'elle soit dotée des moyens humains et logistiques pour mieux accomplir ses missions.

Pour ce qui est de la nomination et de la rémunération, il a été précisé que le conseil d'administration d'un établissement de crédit est tenu, notamment, d'arrêter une politique de rémunération en adéquation avec les performances à moyen et long terme de

l'établissement en matière de risque et de rentabilité.

Le conseil peut demander à deux de ses membres de lui proposer un plan de succession au niveau de la direction générale ou des responsables de l'encadrement supérieur.

Outre ses missions de nomination des membres de la direction générale et des responsables de l'encadrement supérieur (selon des critères bien définis) et de supervision de la politique de recrutement et d'intérressement du personnel, le conseil doit veiller à la mise en place et à la mise à jour d'un dispositif de diffusion de l'information

auprès des différents destinataires : actionnaires, déposants, contreparties sur le marché, régulateurs et le public en général.

Ce dispositif doit assurer la communication en temps opportun d'informations fiables et pertinentes sur les aspects significatifs de l'activité de l'établissement de crédit.

Enfin, il y a lieu de signaler que la Banque centrale de Tunisie a accordé un délai allant jusqu'au 1er juillet 2012 pour que les établissements de crédit se conforment à ces nouvelles dispositions.

## **Etablissements de micro-finance :**

### **Micro-financement : Réforme du système de micro-financement**

Le décret-loi 2011-117 du 5 novembre 2011 relatif à l'organisation de la micro-finance fixe les conditions d'exercice de cette activité. L'objectif du décret est d'élargir le statut juridique des intervenants dans le secteur, structurer les associations intervenantes, en plus de la création d'une autorité de contrôle de ce secteur.

La micro-finance offre des services financiers au profit de personnes non bancables qui sont généralement à faible revenu.

Afin d'organiser davantage le système actuel des micro-crédits et mieux cibler ses interventions, dans le cadre du système national de solidarité par le biais des associations et organisations qui sont habilitées à accorder des micro-crédits aux personnes économiquement faibles leur permettant de lancer des projets individuels ou familiaux productifs et de leur assurer un revenu répondant à leurs besoins, une réforme du système des micro-crédits a fait l'objet de nouvelles dispositions réglementaires pour organiser l'activité des établissements de micro-financement et instaurer un cadre juridique plus propice à leur activité.

Ce nouveau cadre juridique permet, désormais, aux établissements de micro-financement de se constituer, soit sous forme de sociétés anonymes dont le capital social ne doit pas être inférieur à trois millions de dinars, soit sous forme d'associations (régies par le décret-loi n°2011-88 du 24 septembre 2011 portant organisation des associations) et dont l'apport minimal associatif ne doit pas être inférieur à 200 mille dinars.

Ces établissements de micro-financement ne

sont pas soumis aux dispositions de la loi n° 2001-65 relative aux établissements de crédit et ne sont pas autorisés à recevoir des dépôts du public, ainsi qu'ils ne peuvent pas mettre à la disposition de la clientèle des moyens de paiement ni les gérer.

Il y a lieu de préciser que le nouveau cadre juridique a défini clairement les conditions d'exercice de l'activité de micro-financement et les modifications institutionnelles qui peuvent surgir lors de l'exercice de cette activité par les établissements de micro-financement (opérations de fusions, de filialisations ou de créations d'unions d'associations). En outre, il a été décidé d'élargir le domaine d'intervention de la micro-finance aux opérations de micro-assurance.

Sur un autre plan, ces établissements sont appelés à mettre en place les procédures nécessaires à la gouvernance, favorisant la séparation claire entre les fonctions des structures d'administration avec celles des structures de gestion, et à adopter un système de contrôle interne permettant l'évaluation permanente des procédures internes et la gestion et le suivi des risques inhérents à leur activité.

D'autres aspects ont été institués par ce nouveau cadre juridique, à savoir la création d'un système de protection des clients des établissements de micro-financement afin de préserver les intérêts de leurs clients quant à la qualité des services offerts par ces établissements, la mise en place des normes comptables et financières spécifiques à ces établissements, la création d'une autorité de

contrôle et de régulation de tous les aspects liés à l'exercice de l'activité de micro-financement, la création d'une association professionnelle des établissements de micro-financement ayant pour missions, essentiellement, de défendre leurs intérêts auprès des pouvoirs publics et

d'élaborer un code d'éthique professionnelle ainsi que l'institution d'un cadre fiscal spécifique à ces établissements.

## Fiscalité de l'entreprise

## Fiscalité internationale :

## La double imposition des dividendes en question

Le terme "dividendes" désigne généralement les revenus provenant d'actions ou bons de jouissance, par de fondateurs ou autres parts bénéficiaires à l'exception des créances, ainsi que les revenus d'autres parts sociales assimilés aux revenus d'actions par la législation fiscale de l'Etat dont la société distributrice est un résident.

Le droit d'imposition des dividendes revient au pays de la résidence du bénéficiaire. Autrement dit, les dividendes sont imposables dans l'Etat dont le bénéficiaire est un résident.

Toutefois la plupart des conventions conclues par la Tunisie reconnaissent au pays de la source, c'est-à-dire à l'Etat dont la société qui paie les dividendes est un résident, le droit d'imposer les dividendes dans la mesure où sa législation interne prévoit une telle imposition.

Dans ce derniers, l'imposition a lieu soit au taux de droit commun soit à un taux maximum fixé par chaque convention.

**1. Dividendes de source tunisienne :** Il est clair que cette double taxation n'incite pas un étranger à investir dans une société tunisienne. En investissant dans son pays de résidence, l'étranger est taxé une seule fois sur ces dividendes. Par contre, en faisant le même investissement en Tunisie, il sera taxé une première fois en Tunisie, puis, sur ce qui lui reste, une deuxième fois dans son pays de résidence.

Pour le cas de la Tunisie, lorsqu'elle est l'Etat de la source, aucune imposition n'est due au titre des dividendes payés à des personnes non résidentes du fait qu'ils sont en dehors du champ d'application de l'impôt.

Compte tenu de l'exonération des distributions des bénéfices en Tunisie à partir du 1er janvier 1990, une telle clause conventionnelle n'a plus d'effet fiscal en ce qui concerne la Tunisie.

Ainsi, pour le cas de la Tunisie, lorsqu'elle est l'Etat de la source, aucune imposition n'est due au titre des dividendes payés à des personnes non résidentes du fait qu'ils sont en dehors du champ d'application de l'impôt.

De ce fait, les dividendes distribués par toute société établie en Tunisie à des non résidents sont exempts de toute imposition et, par conséquent, de toute retenue à la source.

Dans une prise de position (1606) du 12 août 2000, la DGELF a rappelé que les dividendes versés par une société établie en Tunisie à des associés non établis en Tunisie sont exonérés de l'IRPP et de l'IS.

De ce fait, les dividendes distribués à des associés personnes morales ou physiques établies en France ne sont pas passibles de l'impôt tunisien.

Dans une prise de position (607) du 11 avril 2001, la direction générale des études et de la législation fiscale a précisé que les dividendes servis à des personnes non résidentes en Tunisie ne sont exonérés que sous la double condition : ils doivent être :

- décidés par l'AGO ; et
  - distribués en fonction des parts revenant à chacun des associés.

**2. Dividendes de source étrangère :** En revanche, les dividendes perçus de l'étranger sont soumis à l'impôt en Tunisie, dans la catégorie "autres revenus" pour les personnes physiques et dans le cadre du bénéfice imposable pour les personnes morales.

## Vérification fiscale :

### Vérification fiscale et comptabilité : Le juge fiscal devant le rejet de la preuve comptable

Aux termes de l'article 38, alinéa 1er, du code des droits et procédures fiscaux, "La vérification approfondie de la situation fiscale porte sur tout ou partie de la situation fiscale du contribuable; elle s'effectue sur la base de la comptabilité pour le contribuable soumis à l'obligation de tenue de comptabilité et dans tous les cas sur la base de renseignements, de documents ou de présomptions de fait ou de droit".

Ainsi, le contribuable soumis à l'obligation de tenue de comptabilité peut facilement se voir privé de ce moyen de preuve. L'administration peut écarter une comptabilité jugée irrégulière et sans valeur probante et procède au redressement des bases d'imposition sur des bases extra-comptables.

Fort heureusement, le juge fiscal tunisien a mis en valeur l'importance de la comptabilité qui constitue la base des travaux de vérification fiscale (Tribunal de première instance de Sfax, requête n°76 de 12/5/2004, " Chronique de la jurisprudence fiscale tunisienne (première instance) ", Revue tunisienne de fiscalité, n° 5, p. 199).

Le rejet de la comptabilité a été jugé comme étant un procédé lourd pour les contribuables redressés en les mettant dans des situations fragiles et précaires et en renversant la charge de la preuve.

L'application de ce procédé et le recours aux éléments extra-comptables se justifie, dans certains cas précis, tels que le défaut de tenue d'une comptabilité ou la tenue d'une comptabilité entachée d'irrégularités graves formelles et substantielles de nature à priver celle-ci de toute force probante et qui laissent subsister des manoeuvres frauduleuses.

Néanmoins, si la régularité de la comptabilité n'a pas été contestée, l'administration fiscale ne doit, du moins, ne devrait, emprunter la voie des présomptions de fait ou de droit pour établir des impositions supplémentaires parallèlement aux redressements fondés sur la comptabilité.

Le tribunal administratif, à travers sa jurisprudence antérieure à la promulgation du code des droits et procédures fiscaux, avait confirmé que le recours aux éléments extracomptables, notamment les présomptions,

et ce, sous l'empire du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés et du code de la patente, ne pouvait être envisagé par les vérificateurs qu'en cas de défaut présentation ou en cas de rejet de cette comptabilité (T.A, Cassation, requête n° 1186, 23 octobre 1995 ; T.A., requête n° 32434 du 13 novembre 2000).

Il a également énoncé le principe selon lequel " si le rejet de la comptabilité n'est pas motivé d'une manière claire, le recours aux présomptions devient douteux et inadmissible" (T.A., requête n° 32434 du 13 novembre 2000).

Les juridictions du fond, particulièrement le tribunal de première instance de l'Ariana, se sont alignées sur la position du tribunal administratif. En effet, depuis son jugement n° 55 du 19 avril 2003, le tribunal de première instance de l'Ariana a posé le principe selon lequel lorsque la comptabilité est jugée régulière par le fisc, elle ne peut être écarter par l'utilisation des moyens extracomptables (Tribunal de première instance de l'Ariana, requête n°55 du 19 avril 2003).

Cette jurisprudence a été maintenue notamment dans le jugement n° 337 du 3 juin 2006 dans lequel le juge a rappelé le principe selon lequel le recours aux éléments extra-comptables nécessite au préalable la preuve de l'insincérité de la comptabilité qui lui ôte son caractère probant (Tribunal de première instance de l'Ariana, requête n°337 du 3 juin 2006).

Voir dans le même sens (Tribunal de première instance de l'Ariana, requête n°335 du 18 mars 2006, Tribunal de première instance de Sfax, requête n°317du 23 février 2005).

Le juge ajoute qu'une telle interprétation de l'alinéa 1er de l'article 38 du code des droits et procédures fiscaux est "juste" parce qu'il doit toujours y avoir une distinction entre le contribuable respectueux de ses obligations fiscales et comptables et le contribuable négligent ou récalcitrant (Tribunal de première instance de l'Ariana, 3 juin 2006, requête n°337, arrêt précité)

En outre il est à signaler que le recours parallèle aux éléments comptables et extra- comptables peut être un moyen pour l'administration pour bénéficier de la durée d'un an au lieu de six

mois. Face aux pouvoirs d'appréciation étendus de l'administration fiscale, il est facile de prétendre que la vérification approfondie ne s'effectue pas sur la base de la comptabilité uniquement mais aussi sur la base des présomptions, surtout que ces dernières peuvent être des indices théoriques qui résultent des études faites par l'administration elle-même. Dans ces conditions, la durée de vérification sera tributaire de l'appréciation de l'administration fiscale, ce qui pourrait être source d'incertitude pour le contribuable.

Cependant, il a été constaté que la tendance générale des tribunaux autorise le recours simultané aux éléments comptables et extracomptables en présence d'une comptabilité régulière.

La cour d'appel de Tunis a également affirmé

qu'une comptabilité non rejetée n'empêchait pas le vérificateur fiscal de recourir à des éléments extra-comptables (Cour d'appel de Tunis, 1 juin 2006, requête n° 36023, Infos juridiques, janvier 2007, n° 16117, p. 24 ; Cour d'appel de Tunis, 26 janvier 2006, requête n° 25628/ 28407)

Ce flottement jurisprudentiel ne fait que fragiliser la situation du contribuable de bonne foi.

Or, si l'interprétation littérale de l'article 38 du code des droits et procédures fiscaux place le contribuable dans une situation "délicate et précaire", il n'en demeure pas moins que le juge se doit de réservé un traitement préférentiel au contribuable soucieux de respecter ses obligations comptables.

### Intérêt :

#### Taux d'intérêt excessif et taux effectif global

Le taux d'intérêt excessif représente le taux maximum légal admis lors de la conclusion d'un prêt conventionnel ou d'un contrat similaire. Le taux effectivement appliqué, qui ne doit pas dépasser le taux d'intérêt excessif, s'appelle le taux effectif global. Tout prêt consenti à un taux d'intérêt excessif constitue un délit pénal lorsque le taux d'intérêt dépasse un certain plafond déterminé par la loi. Le caractère excessif des intérêts stipulés au contrat varie en fonction du type de crédit consenti.

L'article premier de la loi n° 99-64 du 15 juillet 1999, relative aux taux d'intérêt excessifs, dispose que "constitue un prêt consenti à un taux d'intérêt excessif tout prêt conventionnel consenti à un taux d'intérêt effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du cinquième le taux effectif moyen pratiqué au cours du semestre précédent par les banques et les établissements financiers pour des opérations de même nature".

#### Catégorie des concours

	Taux d'intérêt effectif moyen (%)	Seuil du taux d'intérêt excessif correspondant (%)
1 - Leasing mobiliers et immobiliers	9,38	11,25
2 - Crédits à la consommation	7,87	9,44
3 - Découverts matérialisés ou non par des effets	7,86	9,43
4 - Crédits à l'habitat financés sur les ressources ordinaires des banques	7,22	8,66
5 - Crédits à long terme	6,29	7,54
6 - Crédits à moyen terme	6,24	7,48
7 - Crédits à court terme découverts non compris	6,20	7,44

## Obligations sociales de l'entreprise

### Licenciement :

#### I/ Le licenciement pour des absences répétées

Plusieurs catégories d'absences peuvent être qualifiées d'injustifiées.

En effet, il peut s'agir d'une absence sans demande préalable, mais également d'une absence refusée par l'employeur ou de la prolongation injustifiée d'une absence.

Dans ces conditions, ces absences du salarié non autorisées ou non justifiées par des motifs légitimes peuvent-ils constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement ?

**1. En cas d'absences refusées par l'employeur :** L'absence après un refus de l'employeur de toute autorisation d'absence constitue un refus volontaire de travail ; comme telle elle peut légitimer un licenciement et caractériser la faute grave.

**2. En cas d'absences sans demandes préalables à l'employeur :** L'absence sans autorisation sollicitée, provoquée par un cas fortuit, type incident familial ou accident, ne constitue pas une faute, du moins lorsque la durée du retard ou de l'absence reste en rapport avec l'événement et où l'employeur a été averti dès que possible.

En revanche, l'absence sans demande d'autorisation, provoquée par des circonstances prévisibles, ou sans cause légitime, justifie un licenciement.

L'incidence du comportement du salarié sur la

marche du service ou le déroulement du travail constitue un élément déterminant dans l'appréciation des conséquences.

Ainsi, le fait d'avoir placé brusquement l'employeur devant une situation de nature à désorganiser le travail peut, au-delà de l'absence en soi, constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement

La prise d'un jour de congé pour convenance personnelle sans se soucier de l'intérêt du service dont le salarié est responsable, peut également être une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Enfin, une absence de plusieurs semaines sans autorisation ni justification, dans une période d'activité importante pour l'entreprise caractérise une faute grave.

**3. En cas de multiplication des absences et des retards :** Lorsque le comportement du salarié prend le caractère d'une insubordination délibérée, la faute présente un caractère suffisamment grave pour légitimer un licenciement sans préavis.

Toutefois, il faut préciser que l'absence prolongée et injustifiée ne dispense pas l'employeur de déclencher une procédure de licenciement. Ce comportement n'est pas assimilable à une volonté non équivoque de démissionner.

#### II/ Licenciement pour insuffisance de résultats

Le non-respect des objectifs commerciaux est devenu le mode de rupture du contrat de travail "habituel" aux cadres commerciaux ou technico-commerciaux. La motivation intellectuelle en est que le "cadre commercial" qui ne vend pas n'a plus sa place dans l'entreprise, à ce poste. Cette justification est-elle conforme à la réalité juridique ?

Le principe dégagé par la cour de cassation française en la matière est que les parties (surtout l'employeur) peuvent consentir une clause d'objectif minimal, ou de résultat, lors de la conclusion du contrat, ou par avenants ultérieurs.

Mais la cour de cassation française considère que cette clause ne doit jamais être invoquée comme seule cause au licenciement du salarié (Cass. Soc. 16 janvier 1992, Aff : Smadja c/ Rea). Confrontée à des situations très variées d'utilisation de cette clause, la Cour de Cassation a eu l'occasion de préciser son régime d'utilisation.

Plusieurs questions se posent concernant ce motif de rupture du contrat de travail.

- la licéité et la validité "per-se" de ce motif de rupture ;
- l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* de la

réalisation des objectifs contractuels.

### I. Liceit  et validité du motif de licenciement pour non-réalisation des objectifs contractuels ou pour insuffisance de résultats

Plusieurs catégories d'objectifs peuvent être fixés. Certains seront une manière déguisée de transformer le travail horaire forfaitaire en un travail à la tâche, alors que d'autres sont simplement des moyens contractuels de prévoir la rupture d'un contrat de travail.

Des arrêts récents de la cour de cassation confirment sa jurisprudence sur le licenciement pour non atteinte des objectifs et insuffisance de résultats.

Validité intrinsèque du motif de licenciement tiré de l'insuffisance de résultats : (Cass. Soc. 14/11/00 : Aff : Der c/SA Affichage Giraudy).

La cour de cassation française a rappelé deux principes prohibitifs en la matière :

#### 1. Interdiction de prévoir des causes de licenciement autres que les causes "légales"

La cour de cassation française a jugé que le contrat de travail ne peut pas fixer à l'avance les circonstances qui constituerait une cause de licenciement.

La justification de cette interdiction est logique. Les contrats de travail sont conclus à durée indéterminée. De manière exceptionnelle, ils peuvent être conclus à terme déterminé. Mais la loi n'a pas prévu que le terme puisse être la non-réalisation d'un objectif contractuel. L'accepter reviendrait à insérer une clause de rupture automatique du contrat de travail, ce qui n'est pas possible.

Cette solution n'est pas nouvelle. Il ressortait déjà en 1992, dans l'affaire Smadja c/ Rea du 16 janvier 1992 (précitée), que la clause ne peut servir à justifier, en soi, un licenciement.

2. Vérification des motifs invoqués : En corollaire à l'interdiction de prévoir la cause du licenciement à l'avance, la cour de cassation française rappelle que le juge du contrat de Travail doit vérifier si les faits invoqués dans la lettre de licenciement constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Le simple énoncé de l'insuffisance de résultats ou de la non-réalisation de ces résultats ne suffit donc pas à justifier "judiciairement" le

licenciement.

Cette solution était déjà préparée par Cass. Soc 16 octobre 1991, Aff : Fortat c : St  Blois Les Saules Automobiles.

Un licenciement pour insuffisance de résultats au regard des objectifs fixés ne procède pas d'une cause réelle et sérieuse dès lors que les mauvais résultats ne sont pas imputables au salarié.

Ces deux principes fixés il restait à déterminer comment ce fait cette vérification. Doit-elle s'arrêter au seul constat de la réalité du résultat ? Ou faut-il aller au delà de l'apparence contractuelle, pour rechercher ce que pouvait faire le salarié, et le confronter à ce qu'il a réellement fait ?

#### II. Contenu de l'Obligation de Vérification :

1. Objectifs réalistes ou réalisables : C'est en ce domaine que le régime a le plus évolué, pour se mettre en harmonie avec les bouleversements économiques des 15 dernières années.

La jurisprudence traditionnelle considérait que la conjoncture économique ne pouvait pas être un élément exon r teur de l'insuffisance des résultats, et validait le licenciement, même si une faute (de gestion ?) pouvait être reprochée à l'employeur qui aurait du rechercher une méthode plus efficace... Cass. Soc. 18 mars 1986.

Un revirement s'est opéré en 1999 : Cass. Soc 30 mars 1999, Aff : Evrard c/ St  Samsung Informations Systems.

De cet arrêt il ressort que l'insuffisance de résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Le juge doit donc vérifier que les objectifs définis

- sont compatibles avec le marché.
- sont raisonnables

L'extension de cette jurisprudence a amené à contrôler si les objectifs fixés sont réalisables. Ses pouvoirs de juge du contrat lui permettent de requalifier le contrat, et d'écarter les objectifs "irr al sables".

Dans l'affaire Giraudy précitée, un cadre commercial avait été licencié pour n'avoir pas atteint les objectifs fixés au contrat. La Cour d'Appel avait considéré que le licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse, sans vérifier si l'objectif fixé était réalisable.

La cour de cassation française rappelle non seulement que le juge du fond contrôle la réalité des moyens de fait (non-réalisation des objectifs), mais également leur pertinence, en entrant dans les relations contractuelles des parties.

**2. Appréciation du caractère réaliste des objectifs :** Appréciation "in abstracto" ou "in concreto" ? : Le juge social a deux solutions pour exercer ce contrôle de la validité de l'objectif.

Il peut apprécier le contrôle "in abstracto", de manière purement théorique.

Ainsi un objectif illicite sera, en soi, irréalisable, de sorte qu'un licenciement fondé sur cet objectif ne serait pas bien fondé. De même un objectif manifestement irréalisable sera rejeté.

Mais le juge ne doit pas s'arrêter à l'apparence. Il doit rentrer dans le détail du contrat, et notamment, s'agissant des objectifs chiffrés en chiffre d'affaires ou en progression de parts de marché, vérifier si l'objectif est réalisable compte tenu de l'état du marché.

Cass. Soc 13/03/2001, Aff Grandel c/ SA Pouey International : Dans cette affaire, la cour de cassation française a jugé que le motif de licenciement (insuffisance de résultats) n'est valable que si :

- Les objectifs fixés sont réalistes (objectifs proportionnés à l'état du marché...)
- Le salarié est en faute de ne pas les avoir réalisés (absence de diligence dans l'exécution de sa mission...)

Le caractère proportionné à l'état du marché est certainement le critère le plus évident d'appréciation "in concreto" de l'objectif.

On peut juste regretter qu'il n'aït pas encore été jugé que la validité du critère s'apprécie par rapport au salarié. Ainsi, fixer un objectif d'un certain montant à un débutant, sur un produit difficile à vendre, alors qu'un commercial confirmé n'atteint qu'exceptionnellement ce montant, n'est pas un objectif irréaliste en soi, ni

même par rapport au marché, dès lors que le marché le permet. Mais en revanche, c'est un objectif irréaliste par rapport au salarié qui devra l'atteindre.

Ainsi, la cour d'appel de Paris a retenu que "rien n'établit que les résultats obtenus étaient insuffisants par eux-mêmes..." pour juger que la cause de licenciement tirée de l'insuffisance de résultats n'était pas justifiée en fait (CA PARIS 22ème Chambre A, 20 juin 2001, aff : 37181/99 DA SILVA c/ SA PIAL ).

Elle reconnaît donc la validité implicite de ce motif, mais se réserve précisément le contrôle de la suffisance du résultat, donc de la réalité du critère.

Et faisant application de la jurisprudence de la Cour de Cassation, elle vérifie si les résultats qualifiés d'insuffisants le sont par rapport aux possibilités offertes au salarié compte tenu des éléments de fait mis à sa disposition par l'employeur.

Il ressort de ces cas sommairement cités, que l'insuffisance de résultat n'est pas un motif de licenciement automatiquement valable.

Ce motif est licite, et opposable au salarié, mais il n'a pas une force absolue. En effet, le salarié peut opposer à son employeur un certain nombre d'exceptions et de faits justificatifs de l'insuffisance de résultats qui lui est reprochée, et notamment :

- la situation du marché économique,
- ses compétences personnelles lors de la création de son obligation de résultat,
- et également l'insuffisance de moyens dont il dispose.

En conclusion, l'utilisation de la clause de résultat est une arme à double tranchant.

D'une part elle ne peut servir à justifier, en soi, un licenciement. D'autre part l'objectif fixé doit être réaliste et réalisable eut égard aux circonstances propres à l'entreprise et au salarié.

### Obligation de non-concurrence :

#### Clause de non-concurrence et preuve

La clause de non-concurrence est celle par laquelle le salarié s'interdit, lors de son départ de l'entreprise et pendant un certain temps par la suite, d'exercer certaines activités susceptibles de nuire à son ancien employeur.

Plusieurs droits étrangers imposent la rédaction d'un écrit pour la clause de non-concurrence. Les parties doivent l'avoir signée et acceptée. Ces formalités sont obligatoires sous peine de nullité de la clause.

L'absence d'encadrement légal de la clause de non-concurrence en droit du travail tunisien conduit à s'interroger sur l'obligation de respecter un formalisme en la matière. Si la nécessité d'une manifestation expresse de volonté est généralement reconnue à raison de l'atteinte aux principes de liberté du travail et de concurrence imposée au salarié, aucune forme n'est théoriquement exigée puisque le code du travail n'impose pas aux parties à un contrat de travail de rédiger un contrat écrit.

Aux termes de l'article 6 du code du travail en effet, la relation de travail est prouvée par tout moyens.

La clause de non-concurrence accessoire à un contrat de travail peut donc théoriquement être verbale en l'absence d'une disposition contraire et être valable. L'établissement d'un écrit n'est en principe pas obligatoire.

L'absence d'écrit sera cependant source de difficultés considérables pour administrer la preuve de l'existence et du contenu de la clause de non-concurrence, difficultés qu'une disposition contractuelle claire et précise permettrait d'éviter.

#### A. - La preuve de l'existence et de l'étendue de l'obligation de non-concurrence

Comment l'employeur peut-il, en l'absence d'écrit, prouver de façon certaine, qu'à l'issue du contrat de travail le salarié n'a pas retrouvé une pleine et entière liberté puisque seul le consentement du salarié est à l'origine de l'obligation ? Comment l'employeur peut-il établir

la nature exacte des activités interdites et l'étendue de l'obligation de non-concurrence dans le temps ou dans l'espace ?

Ces précisions sont capitales si la validité de la clause de non-concurrence est contestée par le salarié puisque l'existence ou la nullité de son engagement en dépend et qu'aux termes de l'article 529 du code des obligations et des contrats, "Dans le doute, l'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé, mais à la charge par celui-ci de prêter serment à l'appui de ses déclarations.

Il est envisageable d'appliquer à la clause de non-concurrence le principe dégagé par la Chambre sociale de la Cour de cassation selon lequel c'est à la personne qui entend se prévaloir de l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve.

C'est ainsi sur l'employeur qui souhaite interdire toute concurrence à l'ancien salarié que pèsera la charge de la preuve de l'existence et de l'étendue de la clause de non-concurrence. De même, le salarié qui demandera le versement de la contrepartie pécuniaire aura à établir l'existence de la clause de non-concurrence et de la contrepartie. Ceci est conforme à l'article 420 du code des obligations et des contrats selon lequel 'La preuve de l'obligation doit être faite par celui qui s'en prévaut'.

#### B. - Conséquences de l'absence d'écrit

S'il n'existe pas de convention collective, l'employeur ne pourra pas prouver aisément l'existence d'une obligation de non-concurrence en l'absence d'une manifestation expresse de volonté dans le contrat de travail ou tout document ultérieur.

Dans l'hypothèse inverse, il sera tenté de se référer à la convention collective applicable si celle-ci impose une obligation de non-concurrence à charge du salarié. Il cherchera ainsi à démontrer qu'à l'issue de la relation de travail, le salarié est tenu à une obligation de non-concurrence.

### Travail à temps partiel :

#### Absence de contrat écrit et temps partiel

Un contrat de travail est à temps partiel lorsque

la durée de travail ne dépasse pas 70% de la

durée normale de travail applicable à l'entreprise.

L'article 94-3 du code du travail impose que le contrat de travail à temps partiel soit rédigé par écrit. Parmi les mentions obligatoires, doivent notamment figurer 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 l'absence d'écrit ou de mention de la durée du travail ou de sa répartition, le contrat est présumé conclu pour un horaire à temps plein. Toutefois, il ne s'agit que d'une présomption simple. Ce qui signifie que l'employeur conserve la possibilité de prouver que l'emploi est bien à temps partiel. Mais, quelle preuve doit-il apporter pour renverser la présomption de contrat de travail à temps complet ?

Pour la jurisprudence française, en l'absence de

ces mentions, le contrat est présumé à temps complet, sauf preuve contraire, à la charge de l'employeur. Il incombe dans ce cas à l'employeur qui se prévaut d'un contrat à temps partiel non écrit de rapporter la preuve, d'une part de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition.

Par ailleurs, la Cour de cassation française vient de prendre en considération l'existence d'un autre emploi à temps partiel pour écarter la requalification à temps plein du salarié (Cass. Soc. 30 mars 2011, n° 09-70853). La cour de cassation française a ainsi considéré que le fait pour le salarié de travailler pour un autre employeur indiquait qu'il connaissait à l'avance son rythme de travail, et qu'il n'était pas obligé de se tenir constamment à la disposition de son employeur.

## DEUXIEME PARTIE

### Abus de biens sociaux :

#### Conditions légales et moyens de défense

L'abus de biens sociaux frappe, en général, au nom de la société, les dirigeants qui détournent l'intérêt de l'entreprise vers leur intérêt personnel.

Tous les dirigeants de sociétés de capitaux (SA, SARL) sont concernés ; seul l'entrepreneur individuel, dont le patrimoine personnel se confond par définition avec celui de son entreprise, peut encore disposer de ses biens comme il l'entend.

D'après les dispositions du code des sociétés commerciales (article 146 pour les gérants des SARL et article 223 pour les dirigeants des sociétés anonymes), l'abus de biens sociaux suppose la réunion de quatre éléments.

- L'usage d'un bien social ou du crédit de la société.

Les biens sociaux sont tous les éléments, mobiliers ou immobiliers, du patrimoine de la société, tandis que, le crédit social est la confiance qui s'attache à la société en raison de son capital, de la nature des affaires et de sa bonne marche. C'est aussi la capacité d'emprunter ou le fait de constituer des garanties (l'abus sera par exemple caractérisé dès lors

que la société cautionnera un emprunt contracté par la maîtresse du dirigeant).

- Cet usage doit être contraire à l'intérêt social : Il faudrait que cet usage entraîne pour la société un risque sans contrepartie raisonnable de gains. En revanche, il n'est pas nécessaire que la société ait subi un préjudice, l'éventualité serait suffisante.

En aucun cas, donc, le dirigeant ne doit mettre à la charge de la société ses dépenses personnelles. Le dirigeant qui augmente inconsidérablement sa rémunération ou abuse des remboursements de frais prend vraiment des risques, dans le cas où surviendrait une procédure collective d'apurement du passif.

- Pour qu'il y ait abus de biens sociaux, il faut qu'il y ait poursuite d'un intérêt personnel direct ou indirect. Celui-ci peut être d'ordre pécuniaire, professionnel ou même moral.

L'exemple classique est l'acquisition par la société d'un véhicule ou d'un local appartenant jusqu'alors au dirigeant, à un prix excessif (très supérieur à sa valeur à l'argus ou, au prix moyen du mètre carré dans le quartier).

Un autre délit qui pourra aussi être épingle est celui consistant aux opérations désavantageuses pour la société et menées dans le seul but de maintenir des relations amicales avec un tiers.

- Le dirigeant doit avoir agi de mauvaise foi, c'est-à-dire avoir eu conscience que ce qu'il faisait était contraire à l'intérêt de la société.

L'indice de cette intention délictuelle pourrait résider dans le fait de n'avoir pas demandé l'accord du conseil d'administration.

Ce qui ne signifie pas que toute convention approuvée par le conseil d'administration protègera le dirigeant en toutes circonstances.

La notion d'abus de biens sociaux ne doit cependant pas se confondre avec celle d'acte anormal de gestion, même si elle recouvre dans la plupart des les mêmes agissements coupables.

La première est une notion pénale et la seconde une notion fiscale.

2) Les moyens de défense susceptibles d'exclure l'abus de biens sociaux ou d'en limiter les sanctions

Bien que certaines situations permettent de justifier les agissements, il faut faire la part des choses entre les arguments utiles et ceux qui ne le sont pas.

- Le quitus donné aux gérants pour l'accomplissement de leur mandat au cours de l'exercice en question ne peut avoir pour effet d'empêcher une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur manda. En effet, selon l'article 119 du code des sociétés commerciales, "Est également réputée nulle de nullité absolue 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".

- Le remboursement ou la compensation du préjudice subit n'effacent pas le délit d'abus de

biens sociaux mais peuvent permettre d'obtenir soit un non lieu à poursuite soit une dispense de peine.

- L'ignorance ou l'incompétence du dirigeant en matière comptable ou son éloignement des tâches comptables ou administratives de la société ne sont pas de nature à l'exonérer de sa responsabilité pénale du chef d'abus de biens sociaux.

- La transparence, le respect de la procédure relative aux conventions réglementées ou l'inscription en comptabilité des détournements litigieux n'excluent pas le délit d'abus de bien sociaux mais permettront de faire partir le délai de prescription de la poursuite (3 ans) qui, le cas échéant, empêchera toute poursuite pénale de ce chef.

- La contrainte extérieure ou l'obéissance à la volonté des actionnaires peuvent influencer le quantum de la peine mais n'ont aucun effet sur la constitution du délit d'abus de bien sociaux.

- La délégation de pouvoir est inopérante lorsque le dirigeant participe personnellement à l'infraction, en profitant des biens mis à sa disposition de manière injustifié par le détenteur de la délégation de pouvoir, mais la délégation de pouvoir peut permettre de démontrer la qualité de dirigeant de fait de son détenteur lorsque celui-ci ne fait pas partie des personnes visées par la loi.

- La pratique courante ne peut constituer en soit un fait justificatif, mais l'existence d'une pratique courante peut contribuer à écarter la mauvaise foi du dirigeant et donc l'infraction, tels par exemple :

\* le remboursement de certains frais modestes de déplacements et de représentation, inscrits en comptabilité et entrant dans la pratique courante qui autorisait les administrateurs à les faire prendre en charge par la société.

\* le versement de primes à un dirigeant, dès lors que ces rémunérations étaient d'usage dans l'entreprise pour tout le personnel.

### Actions - Actionnaires :

#### Cession d'actions : le délai pour procéder au rachat après un refus d'agrément

Les actions d'une société anonyme sont en principe librement cessibles.

Toutefois, très souvent, les statuts contiennent une clause, dite d'agrément, prévoyant que toute cession d'actions est subordonnée à l'agrément

par la société de l'acquéreur proposé. Une telle clause permet de contrôler les mouvements d'actionnaires et d'écartier ainsi l'entrée dans la société de personnes jugées indésirables.

À noter la libre cessibilité des actions peut également être restreinte par une clause de préemption (permettant aux actionnaires d'acquérir les actions mises en vente en lieu et place du cessionnaire pressenti) et/ou par une clause d'interdiction de cession avant l'expiration d'un certain délai.

Les clauses d'agrément ne peuvent pas être stipulées dans les statuts d'une société dont les titres sont cotés.

Elles ne s'appliquent pas, en principe, aux cessions d'actions opérées dans le cadre d'une succession ni aux cessions d'actions consenties au conjoint, à un ascendant ou à un descendant.

En pratique, lorsque les statuts contiennent une clause d'agrément, l'actionnaire qui cède ses actions (ou le cessionnaire) doit, préalablement à la réalisation de l'opération, adresser à la société une demande d'agrément.

Cette demande doit évidemment indiquer :

- l'identité et l'adresse du cessionnaire proposé (s'il s'agit d'une société, sa forme, sa dénomination sociale et l'adresse de son siège social) ;
- le nombre de titres objet de la cession ;
- et le prix convenu entre les parties.

Précision la demande d'agrément doit être faite par acte d'huissier ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

L'organe compétent, pour statuer sur l'agrément, est librement déterminé par les statuts. Le plus souvent, il s'agit du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Mais ce peut être aussi l'assemblée générale (ordinaire ou extraordinaire) des actionnaires. Il peut également être prévu que la décision du conseil d'administration sur l'agrément soit ratifiée par l'assemblée générale.

L'agrément à la cession est donné par une décision favorable notifiée au demandeur. Il est également réputé acquis en l'absence de réponse de la société à l'expiration d'un délai de 3 mois à compter de la notification de la demande ou lorsque, après un refus, le rachat des actions par un actionnaire, par un tiers ou par la société elle-même n'est pas intervenu dans un délai de 3 mois.

Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément est nulle.

En cas de refus d'agrément, deux alternatives sont offertes par l'article l'article 323 du code des sociétés commerciales :

- Ou bien, les actions dont la cession est envisagée sont achetées par un ou plusieurs actionnaires ou par d'autres tiers agréés ;
- Ou bien la société procède au un rachat des actions et à une réduction du capital.

Ces deux solutions doivent intervenir dans le délai de trois mois à compter de la date de refus.

Sachant que si l'achat n'est pas réalisé à l'expiration de ce délai de 3 mois, l'agrément est réputé donné et l'actionnaire cédant autorise alors à procéder à la cession au profit du cessionnaire proposé.

Il en est de même lorsque le président du tribunal de première instance du lieu du siège social a désigné un expert comptable inscrit sur la liste des experts judiciaires pour déterminer le prix des actions et que ce prix est fixé à une date postérieure à l'expiration du délai de 3 mois.

En effet, la désignation d'un expert, à l'intérieur du délai de 3 mois, ne rend pas la cession parfaite dès lors que le prix n'est pas fixé à l'expiration de ce délai.

Autrement dit, l'expert désigné doit impérativement fixer le prix dans le délai de 3 mois.

À défaut, l'agrément au profit du cessionnaire initialement proposé par le cédant est considéré comme donné.

À moins que la mission de l'expert ait été prorogée. La loi prévoit en effet que le délai légal de 3 mois peut être prolongé, à la demande de la société, par une décision de justice. Dans ce cas, l'achat des actions doit avoir lieu avant l'expiration du délai prorogé.

Par ailleurs, le caractère impératif des dispositions légales relatives à la prorogation du délai ne permet pas aux parties d'y déroger par convention.

Les intéressés n'ont donc pas la possibilité de convenir entre eux de proroger la mission de l'expert chargé de fixer le prix. Seul le juge (le président du tribunal de commerce statuant en

référé) dispose de ce pouvoir.

Il en résulte, là encore, que si le prix est fixé au-delà du délai de 3 mois, l'agrément est réputé donné au profit du cessionnaire initialement proposé par l'actionnaire cédant, et ce quand bien même les parties avaient convenu entre elles d'octroyer à l'expert un délai supplémentaire.

Après avoir refusé de donner leur agrément à une cession d'actions, puis avoir proposé au cédant un actionnaire ou une tierce personne pour acquérir ses titres, les dirigeants de la société concernée doivent faire preuve de vigilance sur la suite des opérations et veiller à ce que l'achat des actions ait bien lieu dans le délai imparti.

Lorsque le cédant et le cessionnaire proposé par la société sont d'accord sur le prix, il n'y a pas de

difficulté puisque précisément la cession est parfaite à la date de l'accord sur le prix.

Mais lorsque les parties sont en désaccord sur le prix et désignent un expert afin qu'il procède à sa fixation, les dirigeants sociaux doivent prendre soin de demander au juge une prorogation du délai de 3 mois. Car s'ils restent passifs, ils risquent d'être victimes d'un agrément forcé au profit du cessionnaire initialement prévu par le cédant, au cas où l'expert ne parviendrait pas à fixer le prix avant l'expiration du délai de 3 mois.

Cette demande doit être effectuée auprès du président du tribunal de commerce statuant en référé, l'actionnaire cédant et le cessionnaire étant appelés. Souvent, ce dernier fixe le délai prorogé en fonction du temps nécessaire à l'expert pour établir son rapport. Son ordonnance n'étant pas susceptible de recours.

### Commissaire aux comptes :

#### Obligations de nommer un commissaire aux comptes : Pour quelle société ?

Le commissaire aux comptes est un organe de contrôle comptable, financier et juridique de la société. Sa mission principale est de certifier que les états financiers annuels de la société sont réguliers et sincères. Le commissaire aux comptes doit être, pour cela, une personne indépendante de la personne morale contrôlée.

Selon l'article 13, alinéa 1er, du code des sociétés commerciales, la nomination d'un commissaire aux comptes est une obligation légale pour toutes les sociétés commerciales.

Premier cas : nomination obligatoire, sans conditions :

La société anonyme, la société en commandite par actions doivent obligatoirement désigner un ou plusieurs commissaires aux comptes.

- Dans la société anonyme, à la constitution de la société, les premiers commissaires aux comptes sont désignés par l'assemblée générale constitutive.

En cours de vie sociale, les commissaires aux comptes sont désignés par l'assemblée générale ordinaire, sur proposition du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance).

- Dans la société en commandite par actions, il est désigné par l'assemblée générale ordinaire, sur proposition du conseil de surveillance.

Deuxième cas : nomination obligatoire si certaines conditions sont remplies :

Dans la SARL (pluripersonnelles ou unipersonnelles), la nomination du commissaire aux comptes n'est obligatoire que si deux des trois seuils suivants sont franchis :

- Le total du bilan dépasse cent mille dinars,
- Le total des produits hors taxe dépasse trois cent mille dinars,
- Le nombre moyen des employés dépasse dix employés.

Toutefois, conformément à l'article 123 du code des sociétés commerciales, même si la société n'est pas tenue de désigner un commissaire aux comptes du fait qu'elle ne répond pas aux critères prévus, un ou plusieurs associés, représentant au moins le dixième du capital social, peuvent demander l'insertion à l'ordre du jour de l'assemblée générale ordinaire la question de désignation d'un ou de plusieurs commissaires aux comptes.

Par ailleurs, en application de l'article 124 du code des sociétés commerciales, même si les critères de taille ne sont pas atteints, la nomination d'un commissaire aux comptes peut être demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social.

Enfin, selon le même article, une disposition statutaire pourra prescrire la désignation d'un ou plusieurs commissaires aux comptes.

Le président du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège social de la société désignera le ou les commissaires aux comptes par ordonnance sur requête, à la demande du ou

des associés concernés.

Enfin, selon le même article, une disposition statutaire pourra prescrire la désignation d'un ou plusieurs commissaires aux comptes.

### Comptes sociaux :

#### **La modification des comptes sociaux par l'assemblée générale ordinaire annuelle des actionnaires : Pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire en matière de modification des comptes d'un exercice antérieur**

La jurisprudence et la doctrine reconnaissent à l'assemblée générale ordinaire annuelle des actionnaires le pouvoir de modifier les comptes sociaux qui leur sont soumis, la modification pouvant être votée sur l'initiative des actionnaires ou sur l'initiative des dirigeants sociaux.

Qu'en est-il des comptes approuvés par une assemblée antérieure ? L'assemblée ordinaire des actionnaires peut-elle également envisager la rectification ou l'annulation de décisions antérieures ?

La jurisprudence française s'est prononcée sur cette question pour des résolutions ayant des objets différents, et notamment, sur des résolutions portant modification des bilans. La cour de cassation française a jugé que " le principe de l'annualité du bilan ne s'oppose pas à ce qu'une assemblée générale d'actionnaires modifie le bilan d'un exercice antérieur ou révise la valeur qu'avaient les éléments d'actif à la fin de cet exercice, alors que ces modifications n'ont pour but que d'assurer l'exactitude et la sincérité du bilan. " (Cass. Requêtes 22 juin 1926 - D.P. 1927.1.117).

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

La résolution votée doit, premièrement, concerner une décision qui n'a encore reçu ni publicité, ni commencement d'exécution (Trib. com. Lyon, 20 octobre 1902 ; Paris 20 décembre 1948 ; Paris 25 chambre A, 28 mars 1989).

La résolution votée doit, deuxièmement, préserver les droits acquis des actionnaires. La jurisprudence a notamment refusé à une assemblée d'actionnaire de rapporter la décision

d'une assemblée précédente qui avait proposé une distribution de dividendes, même si ces dividendes n'avaient pas été effectivement répartis entre les associés (Trib. com Seine, 4 mars 1933).

Selon Monsieur Colin ("La faculté pour une assemblée générale d'actionnaires d'annuler les décisions d'une assemblée précédente, Rev. Trim. du droit des sociétés et du droit financier, 1937, p. 149 et suivantes") les assemblées générales ... disposent d'une véritable souveraineté ; il n'est pas d'entraves que le pacte social ou les résolutions antérieures apportent à l'exercice de leur pouvoir ". L'auteur poursuit en précisant que " l'existence de résolutions antérieures est sans influence sur le pouvoir d'une assemblée. Les limites ou les obstacles que rencontrent la versatilité ou les revirements nécessaires à la volonté sociale ne tiennent pas ... à l'existence d'une décision antérieure. Qu'ils proviennent des droits acquis des tiers ou des dispositions légales réglementant les manifestations des organes sociaux, rien ne permet d'en conclure que la volonté sociale n'a pas la même autonomie que la volonté des personnes physiques ". Il conclut sur la constatation qu'il n'a trouvé dans les droits des tiers et ceux des associés " aucun élément qui permette de soutenir que les assemblées soient liées par leurs décisions antérieures ". Il en résulte qu'une assemblée pourrait " modifier les postes d'un bilan précédemment approuvé ".

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

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

ou doubles emplois.

Messieurs Houpin et Bosvieux écrivent que " l'inventaire, lorsqu'il a reçu l'approbation de l'assemblée générale, est assimilable à un arrêté de compte. Il y a donc lieu de lui appliquer l'article 541 du Code de procédure civile, aux termes duquel il ne peut être procédé à la révision d'aucun compte que s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois " (Traité général des sociétés civiles et commerciales, T. II, n° 1231). Cette position est partagée par Messieurs de Juglart et Ippolito qui écrivent que les comptes, une fois approuvés ne peuvent être révisés par la suite qu'en cas d'erreurs, d'omissions, de faux ou doubles emplois (Droit commercial, 2ème volume. Les sociétés commerciales, éd. Montchrestien, n° 790).

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

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

Les textes et la jurisprudence reconnaissent donc assez largement le droit de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires de modifier les comptes sociaux.

Le pouvoir de modification est reconnu pour les comptes du dernier exercice clos, mais également pour ceux qui ont été approuvés par une précédente assemblée.