

Le Manuel Permanent du Droit des Affaires

tunisien

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 212

Mai 2013

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Agent immobilier :

**Responsabilité de l'agent immobilier :
L'interdiction de contrepartie**

L'agent immobilier peut-il se porter acquéreur du bien qu'il est chargé de commercialiser ? **P. 4**

Baux commerciaux :

La qualité de commerçant du locataire

L'acquisition de la qualité de commerçant ne dépend pas de l'immatriculation ou de la non immatriculation au registre du commerce. **P. 4**

Etablissements de crédit :

L'exercice illégal de la profession de banquier

Est punissable pour exercice illégal de la profession de banquier toute personne, autre qu'un établissement de crédit, qui effectue à titre habituel des opérations de banque. **P. 5**

Facture - Facturation :

Force probante des factures

Quelle est la valeur probante d'une facture ? **P. 6**

Fiscalité de l'entreprise

Fiscalité internationale :

Bureau de liaison : Prestations gratuites constitutives d'établissement stable

Le bureau de liaison qui offre une assistance technique, même gratuitement, sera assimilé à un établissement stable et donc soumis aux mêmes obligations fiscales. **P. 6**

Plus-values et moins-values :

Cas de cession du fonds de commerce non inscrit à l'actif du bilan

La plus-value de cession d'un fonds de commerce affecté par le propriétaire à son

Préavis de rupture du contrat de travail :**Aspect fiscal et social****Taxe sur la valeur ajoutée :****I/ Taxe sur la valeur ajoutée sur les acomptes et les arrhes****II/ Champ d'application de la TVA : la fiscalité de la transformation des produits agricoles****Fonds de commerce :****La responsabilité des dettes dans une location gérance****Obligations sociales de l'entreprise****Contrat de travail :****Sort du contrat de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur****Congés annuels payés :****I/ Droit au congé annuel payé : Le report des congés non pris****II/ Droits à congés annuels et congés de maladie****Durée du travail :****Réalisation d'heures supplémentaires : preuve****Reçu pour solde de tout compte :****Quérable ou portable ?****Paiement - Recouvrement des créances :****Les recouvrement des titres cambiaux : L'objet de la saisie conservatoire visée par les articles 317 et 408 du code de commerce****Saisie :****Saisie-arrêt : Le titre qui fonde la saisie-arrêt**

exploitation mais non inscrit au bilan de l'entreprise devrait-elle être prise en compte pour la détermination du bénéfice imposable ?

P. 8

Quel est le régime fiscal et social des indemnités compensatrices de préavis de licenciement ?

P. 8

Doit-on payer de la TVA sur des acomptes et des arrhes ?

P. 9

La vente de produits agricoles transformés est soumise à la TVA.

P. 10

La solidarité du propriétaire du fonds de commerce à l'égard des créanciers du locataire gérant.

P. 10

Le maintien du contrat de travail, en cas de modification de la situation juridique de l'employeur, suppose-t-il que la nature de l'activité économique initiale est conservée sans changement ?

P. 12

Est-il possible de reporter le congé payé annuel d'une année sur l'autre ?

P. 12

Les salariés en arrêt de travail pour maladie non professionnelle n'acquièrent pas de droits à congés payés.

P. 13

Comment prouver l'existence d'heures supplémentaires ?

P. 13

L'employeur est-il tenu d'assurer l'expédition du reçu pour solde de tout compte au salarié concerné ?

P. 14

Les saisies conservatoires en matière de chèque et de lettre de change sont-elles limitées aux meubles ?

P. 14

Un titre exécutoire n'est pas nécessaire pour

procéder à une saisie-arrêt.

P. 15

DEUXIEME PARTIE

Assemblées des actionnaires :

Vote en assemblée d'une question non inscrite à l'ordre du jour

L'assemblée générale des actionnaires peut-elle délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour ?

P. 16

Augmentation de capital dans les SA :

Renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription

L'actionnaire qui renonce au droit préférentiel de souscription peut-il revenir sur sa décision ?

P. 16

Bénéfices :

Bénéfices affectés aux réserves : Abus de majorité et mise en réserve systématique des bénéfices

La mise en réserve systématique de bénéfices décidée par l'actionnaire principal ne constitue pas toujours un abus de majorité

P. 17

Conventions réglementées dans les sociétés anonymes :

Défaut d'information du commissaire aux comptes d'une convention autorisée : Sanction

Le défaut d'information du commissaire aux comptes d'une convention autorisée est-il sanctionné par la loi ?

P. 18

Expertise de gestion :

Expertise de gestion sur une opération d'augmentation de capital

L'augmentation du capital social peut-elle faire l'objet d'une expertise de gestion ?

P. 18

Gérant de SARL :

La détermination de la rémunération du gérant d'une SARL : Participation ou non du gérant associé au vote pour la fixation de sa rémunération

La détermination de la rémunération du gérant de SARL devait ou non suivre la procédure des conventions réglementées ?

P. 19

Serment décisoire, Personne morale

Prestation de serment du représentant légal, Validité

Rien ne s'oppose juridiquement à voir le représentant légal prêter serment pour le compte d'une personne morale

P. 20

PREMIERE PARTIE

Agent immobilier :

Responsabilité de l'agent immobilier : L'interdiction de contrepartie

En matière de vente, l'article 569 du code des obligations et des contrats dispose que "les courtiers et experts ne peuvent se rendre acquéreurs, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées, des biens meubles ou immeubles dont la vente ou estimation leur a été confiée, à peine de nullité qui pourra être prononcée, ainsi que des dommages".

La question de savoir si l'agent immobilier peut se porter contractant à titre personnel à l'opération envisagée est réglée de manière expresse par la loi n° loi 81-55 du 23 juin 1981 portant organisation de la profession d'agent immobilier. En effet, l'article 9 de la loi précitée stipule que "l'agent immobilier effectuant des opérations de courtage ne peut se rendre acquéreur ni par lui même ni par personne interposée des biens immeubles qui lui sont confiés en vue desdites opérations et ce sous peine de nullité. Sont réputées personnes interposées le conjoint et les descendants ou ascendants".

Cette prohibition posée par l'article 9 de la loi n° loi 81-55 du 23 juin 1981 portant organisation de la profession d'agent immobilier revêt diverses applications selon que l'agent immobilier est lui-même une personne physique ou une personne morale.

Si l'agent immobilier chargé de la vente d'un bien est une personne physique, l'interdiction d'acheter ce bien s'appliquera aussi bien à cette personne qu'à toute personne physique ou morale que cet agent se serait substitué pour acquérir le bien. L'identification d'un "homme de paille" relève de l'appréciation souveraine des juges qui recherchent, lorsqu'il y a une suspicion à l'égard de l'acheteur, personne physique, d'éventuels liens intimes, amicaux ou économiques entre celui-ci et l'agent immobilier et lorsqu'il y a une suspicion à l'égard d'un acheteur, personne morale, d'éventuels liens capitalistiques ou de gestion entre l'agent immobilier et cette société.

Mais existe-t-il des exceptions à cette règle ?

Il existe, en effet, deux dérogations à ce principe. Le mandant (le vendeur) a le droit d'autoriser par avance son mandataire à se porter acquéreur du bien qu'il est chargé de vendre. Cependant, cette autorisation ne doit pas figurer dans le mandat mais être rédigée sur un document distinct.

Le mandant peut également accepter l'offre de son agent immobilier, si celui-ci s'est porté acquéreur de son bien sans se prévaloir de son mandat. Dans ce cas, l'agent immobilier doit demander au vendeur son accord exprès pour acquérir le bien immobilier.

De la même manière si l'agent immobilier est elle-même une société, cette société ne pourra pas acheter en son nom propre le bien qui lui aura été confié en qualité de mandataire et ne pourra non plus acheter indirectement ce bien par le truchement d'une personne physique ou d'une personne morale que l'agent immobilier se substituerait. Dans ce cas, les juridictions sont conduites à vérifier l'existence de liens entre la société (agent immobilier) et la société (acheteur du bien). La loi ne posant aucun critère précis pour déterminer dans quelle mesure une personne morale s'interpose une autre personne morale, les juges apprécieront souverainement l'indépendance de la société qui a acheté le bien et l'éventuelle immixtion ou communauté d'intérêts avec la société-agent immobilier.

D'une façon générale les tribunaux sont très vigilants quant à cette pratique et s'attachent à vérifier de façon précise les liens qui peuvent unir les deux sociétés de sorte que si l'acquéreur d'un bien est une personne morale différente de la société mandataire, mais que la gérance de ces deux sociétés est assurée par la même personne, l'interposition de personne morale par le truchement du même dirigeant, personne physique, est constatée.

Baux commerciaux :

La qualité de commerçant du locataire

Aux termes de l'article premier de la loi n° 77-37 du 25 mai 1977 "les dispositions de la présente

loi s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds de commerce est

exploité pendant deux années consécutives au moins, que ce fonds appartient à un commerçant, à un industriel ou à un artisan "."

De son côté, l'article 60 de la loi n° 95- 44 du 2 mai 1995, relative au registre de commerce, "L'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant".

Cela signifie t-il que l'immatriculation fait acquérir la qualité de commerçant ?

Non, répond la cour de cassation dans son arrêt n° 21074 du 28 février 2008. L'acquisition de la qualité de commerçant s'effectue conformément à l'article 2 du code de commerce et ne requiert pas l'immatriculation au registre de commerce.

L'article 2 du code de commerce définit le commerçant à travers les actes qu'il effectue et non au travers d'un statut qu'il lui serait octroyé. Selon l'article 2 du code de commerce, "Est commerçant, quiconque à titre professionnel, procède à des actes de production, circulation,

spéculation, entremise... ".

La cour de cassation considère qu'il découle des dispositions de l'article 2 du code de commerce que ce n'est pas l'immatriculation au registre du commerce qui confère la qualité de commerçant. Elle n'est qu'une conséquence de cette qualité et ne joue pas un rôle de preuve.

En d'autres termes, la reconnaissance de la qualité de commerçant n'est pas subordonnée à l'immatriculation au registre du commerce.

En réalité, l'intérêt de l'immatriculation des commerçants au registre du commerce tient du prescrit de l'article 61 de la loi n° 95- 44 du 2 mai 1995, relative au registre de commerce qui dispose que "La personne assujettie à l'immatriculation ayant la qualité de commerçant, ne peut se prévaloir de cette qualité à l'égard des tiers et de l'administration s'il n'a pas requis son immatriculation dans un délai de quinze jours à compter du commencement de son activité".

Etablissements de crédit :

L'exercice illégal de la profession de banquier

La loi n° 2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit interdit l'exercice de la profession bancaire, à toute personne n'ayant pas obtenu un agrément, il a même décidé de sanctionner tout individu usant illicitemment des termes banques et banquier.

1. L'exercice de la profession sans inscription préalable : Aux termes de l'article deux de la loi bancaire, "Est considérée comme établissement de crédit, toute personne morale qui exerce, à titre de profession habituelle, les opérations bancaires.

Les opérations bancaires comprennent :

- la réception des dépôts du public quelles qu'en soient la durée et la forme,
- l'octroi de crédits sous toutes leurs formes,
- l'exercice, à titre d'intermédiaire, des opérations de change,
- la mise à la disposition de la clientèle et la gestion des moyens de paiement.

Ces fonctions demeurent réservées aux seules banques et l'article 14 de la même loi interdit à toute personne non agréée en qualité d'établissement de crédit d'exercer, à titre habituel, les opérations bancaires.

L'article 51 punit d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 5.000 à 50.000 dinars, ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne exerçant cette activité telle a été plus haut, soit pour son propre compte, soit pour le compte d'une société non agréée.

Il va sans dire que la sanction pénale ne frappe que les personnes qui, sans être agréées, exercent le commerce de banque, tel qu'il a été défini par l'article deux de la loi de la loi bancaire.

Ces sanctions peuvent être aussi encourues par les personnes utilisant illicitemment les termes "banque ou banquier".

2. L'utilisation illicite des termes banque ou banquier : La loi bancaire protège aussi les banques contre une usurpation de leur appellation, c'est ainsi que l'article 51 punit d'un emprisonnement d'un mois à une année et d'une amende de 1.000 à 10.000 dinars, ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne non agréée en qualité d'établissement de crédit qui fait figurer les termes de "banque", "banquier", "établissement de crédit" ou "établissement financier" dans sa dénomination

commerciale ou sa raison sociale ainsi que dans sa publicité ou les utilise d'une manière quelconque dans son activité, ou encore utilise toute autre dénomination qui laisse entendre que l'entreprise est un établissement de crédit.

Les poursuites pénales dans le cadre de ces

infractions particulières à la profession bancaire, ne sont déclenchées qu'à la suite d'une plainte préalable ou d'une constitution de partie civile, du ministre des finances, de la banque du Maroc ou du groupement professionnel des banques, agissant ensemble ou séparément.

Facture - Facturation :

Force probante des factures

Le code des obligations et des contrats ne contient aucune disposition concernant les factures et la force probante de ces dernières ne paraît pas avoir intéressé les auteurs. Les décisions de jurisprudence sont aussi relativement rares.

Il faut distinguer entre les trois cas qui peuvent se présenter en pratique.

D'abord, lors de l'achat, la facture peut être faite par le commerçant et contresignée par l'acheteur. Dans ce cas on peut raisonnablement estimer que la facture constitue le contrat et énonce les diverses stipulations convenues entre les parties. La facture lie l'acheteur comme tout écrit valablement fait.

En second lieu, le client peut signer la facture lors de la réception de la marchandise. Il s'agit d'interpréter la portée de cette signature : l'acheteur qui, par sa signature, atteste la réception de la marchandise, a-t-il, par le fait même, souscrit aux conditions imprimées sur ce document. Les divers arguments qu'on pourrait invoquer pour l'affirmative ou la négative nous incitent à la prudence sur cette question.

Enfin, troisième situation, le commerçant peut envoyer au client une facture non signée lors de l'achat par ce dernier. Ce document, lie-t-il le client ?

L'article 598 du code de commerce énumère les modes de preuve des achats et des ventes et, parmi ces modes, se trouve "la facture acceptée". Il faut donc une acceptance expresse de la part de l'acquéreur. Mais l'usage du commerce, contraire d'ailleurs à la règle générale, est qu'elle est acceptée tacitement par

le silence de l'acquéreur, lorsque celui-ci, l'ayant reçue, ne proteste pas dans un délai normal.

Toutefois, si la facture contient une mention contraire aux clauses du marché, il sera nécessaire de prouver l'acceptation de l'acquéreur.

Relativement à la facture non acceptée, il est généralement admis que la facture non acceptée ne constate pas la convention des parties et ne lie pas l'acquéreur. On estime parfois que la facture ne constitue pas le contrat et ne peut lier les parties.

Si, par exemple, on imprime sur la facture "qu'un intérêt de 6% serait imposé après trente jours", cette mention ne prouve pas qu'une convention a été conclue à cet effet entre les parties.

La facture ne constitue donc pas un document de preuve même si elle est adressée par un commerçant à un autre commerçant si elle ne porte aucune signature. Mais le silence de l'acquéreur vaut acquiescement. Même si, en principe, le silence ne peut suffire pour valoir acquiescement aux prétentions de l'autre partie, il y a des circonstances qui, souverainement appréciées par le juge du fait, permettent d'interpréter l'attitude du destinataire comme un acquiescement.

Ce sont donc les circonstances dans chaque cas, particulièrement le silence gardé par l'acheteur pendant un temps plus ou moins long après la réception de la facture et qui ne fait aucune réclamation pendant un certain temps après la réception de la facture, qui peuvent constituer une acceptation tacite.

Fiscalité de l'entreprise

Fiscalité internationale :

Bureau de liaison : Prestations gratuites constitutives d'établissement stable

Au sens des conventions internationales de non

double imposition, un établissement stable est

une installation fixe d'affaires où l'entreprise étrangère exerce tout ou partie de son activité tel que siège de direction, succursale, bureau, usine, atelier, chantier de construction ou de montage dépassant une certaine durée (généralement six mois).

La notion de bureau de liaison n'est définie ni par les conventions fiscales de non double imposition ni par le droit interne. Néanmoins, deux cas peuvent se présenter :

Le bureau de liaison est considéré comme un établissement stable lorsqu'il constitue une installation fixe d'affaires où l'entreprise étrangère exerce tout ou partie de son activité de manière permanente.

A l'inverse, le bureau de liaison n'est pas considéré comme établissement stable et partant non imposable, lorsqu'il y est fait usage d'installations aux seules fins de stockage, d'exposition, de réunion d'informations ou de toute autre activité préparatoire ou auxiliaire.

Quid du bureau de liaison qui offre son assistance technique en Tunisie participant ainsi à renforcer la présence commerciale du siège ?

Dans une prise de position (n° 17) du 21 octobre 2008, la direction générale des études et de la législation fiscale a considéré qu'un bureau de liaison qui offre son assistance technique en Tunisie participe à renforcer la présence commerciale du siège et constitue, par conséquent, un établissement stable en Tunisie dudit siège avec pour conséquence son imposition selon les règles applicables aux entreprises établies en Tunisie.

I - En matière d'impôts directs : Etant donné que l'assistance technique objet de l'activité du bureau de liaison participe à renforcer la présence commerciale de la société mère " A " en Tunisie, ledit bureau est considéré comme établissement stable de la société mère " B " donnant lieu à imposition en Tunisie, quand bien même ses prestations sont gratuites.

Dans ce cas, le bénéfice imposable est déterminé sur la base d'une comptabilité conforme à la législation comptable des entreprises.

Le chiffre d'affaires à prendre en considération serait celui qui aurait été facturé aux clients par une entreprise tierce avec un minimum égal aux montants perçus de l'étranger, pour assurer la mission du bureau, en Tunisie.

II - En matière de taxe sur la valeur ajoutée :

1- Conformément aux dispositions des articles 1er et 7 du code de la Taxe sur la valeur ajoutée, le bureau de liaison " A " établi en Tunisie est soumis à la TVA au taux de 18%.

2- En application des dispositions du paragraphe I de l'article 6 du code de la TVA, le chiffre d'affaires imposable comprend le prix des services tous frais droits et taxes inclus à l'exclusion de la TVA elle-même.

Par ailleurs, et en l'absence de facturation par le bureau de liaison, le chiffre d'affaire taxable serait celui qui aurait été facturé aux clients par une entreprise tierce avec un minimum égal à l'assiette prévue par le paragraphe I-8 de l'article 6 du code de la TVA à savoir le montant brut des rémunérations reçues ou des recettes réalisées à quelque titre que ce soit à l'occasion de la réalisation des opérations taxables soit, dans le cas précis, tous les montant engagés par le bureau pour assurer sa mission en Tunisie dont notamment le loyer des locaux du bureau, la rémunération du personnel et les autres frais généraux.

III - En matière de taxe sur les établissements à caractère industriel, commercial ou professionnel (TCL) :

En application des dispositions de l'article 35 du code de la fiscalité locale sont soumises à la TCL notamment les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés.

Il s'ensuit que le bureau de liaison " A " est redevable de la TCL au taux de 0,2% du chiffre d'affaires brut local avec un minimal annuel égal à la taxe sur les immeubles bâties calculée sur la base de la taxe de référence par mètre carré de la superficie couverte et du nombre de prestations fournies par la collectivité locale conformément au décret n° 2007-1187 du 14 mai 2007 relatif à la détermination du montant de la taxe par mettre carré de référence pour chacune des catégories des immeubles à usage industriel, commercial ou professionnel.

IV- En matière de taxe de formation professionnelle (TFP) :

Conformément aux dispositions combinées des articles 338 et 364 du code de travail, sont soumises à la TFP les personnes morales exerçant une activité industrielle, commerciale ou agricole et soumises notamment à l'impôt sur les sociétés.

En conséquence et du montant que le bureau de liaison est considéré comme établissement

stable en Tunisie soumis à l'impôt sur les sociétés, il sera redevable de la TFP au taux de 2% de la masse salariale brute y compris les avantages en nature.

V - Contribution au fonds de promotion des logements pour les salariés (FOPROLOS) :
Conformément aux articles 1 et 2 de la loi n° 77-54 du 3 août 1977, la contribution au FOPROLOS est à la charge de tout employeur

public ou privé exerçant en Tunisie à l'exclusion des exploitants agricoles privés.

Il s'ensuit que le bureau de liaison est redevable de ladite contribution au taux de 1% sur la base de la masse salariale brute y compris les avantages en nature."

Plus-values et moins-values :

Cas de cession du fonds de commerce non inscrit à l'actif du bilan

Aux termes de l'article 11 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés "Le résultat net est déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par l'entreprise y compris notamment la cession de tout élément d'actif".

Les éléments d'actif comprennent non seulement les éléments inscrits à l'actif d'un bilan mais encore, et obligatoirement tous les éléments considérés comme faisant partie intégrante de l'exploitation, même s'ils ne sont pas inscrits à l'actif du bilan.

Quid du fonds de commerce non inscrit à l'actif du bilan ?

Il en est ainsi d'un fonds de commerce, qui même non inscrit à l'actif du bilan et en raison de son affectation par nature à l'exploitation, doit être regardé comme un élément d'actif de l'exploitation et la plus-value qui en découle en cas de cession est considérée comme réalisée

dans le cadre de l'activité professionnelle.

En effet, les immobilisations incorporelles, tel un fonds de commerce, sont indissociables de l'activité professionnelle et ne sont pas en conséquence susceptibles d'être maintenues dans le patrimoine privé des exploitants individuels.

Le fonds de commerce qui, à l'évidence ne peut être utilisé à d'autres fins que l'exercice d'une profession, constitue une immobilisation affectée par nature à l'exploitation. Telle est la raison pour laquelle les fonds de commerce ont été considérés, selon une jurisprudence française constante, comme faisant partie par nature de l'outil professionnel.

Ainsi, le conseil d'État français a jugé que le fonds de commerce, qu'il soit ou non inscrit au bilan de l'entreprise, doit être regardé comme faisant partie de l'actif immobilisé (CE, arrêt du 10 juin 1970, req. n° 75161, RJ, n° II, p. 152).

Préavis de rupture du contrat de travail :

Aspect fiscal et social

Le préavis est un délai de prévenance que l'employeur ou le salarié doivent respecter lorsqu'ils souhaitent de leur propre décision mettre un terme au contrat de travail qui les lie (on parle de " décision unilatérale "). On le rencontrera donc dans les cas de démission ou de licenciement. L'intérêt de ce mécanisme réside dans le fait qu'il permet à chacune des parties, et particulièrement à celle qui subit la rupture, de disposer d'un délai pour s'adapter et prendre ses dispositions avant la rupture effective du contrat.

Le préavis constitue ainsi la période qui s'écoule entre la notification de la lettre de licenciement et

le départ effectif du salarié de l'entreprise.

L'article 22 du code du travail fixe la durée du préavis à un mois.

Les conventions collectives sectorielles prévoient généralement des durées de préavis plus favorables.

Le salarié doit exécuter son préavis, c'est-à-dire exécuter les obligations découlant normalement de son contrat de travail. S'il refuse d'exécuter son préavis, son contrat de travail sera alors immédiatement rompu par l'employeur sans indemnité (Cass. soc., 21 nov. 1984, n° 82-

42.037). Pendant l'exécution du préavis, le salarié peut bénéficier d'heures libres pour rechercher un emploi si la convention collective ou le contrat de travail le prévoit.

Pendant le délai du préavis, l'employeur et le salarié sont obligés de respecter tous les engagements réciproques. Le salarié a par ailleurs le droit à des permissions d'absence en vue de chercher un emploi. Il bénéficie, pendant le délai du préavis, de permissions d'absence rémunérées comme temps de travail effectif, quel que soit le mode de rémunération.

Ces permissions sont accordées à raison de deux heures par jour sans qu'elles puissent excéder huit heures dans une même semaine ou trente heures dans une période de trente jours consécutifs.

Bien évidemment, les absences doivent être fixées d'un commun accord entre l'employeur et le salarié et, le cas échéant, alternativement au gré, une fois du salarié, une autre de l'employeur. Le droit de s'absenter prend fin dès que le salarié trouve un nouvel emploi.

1. Aspect fiscal : Le salarié peut être dispensé

par son employeur d'effectuer ce préavis.

Une telle dispense peut représenter un réel manque à gagner pour le salarié. Il a alors droit à une indemnité compensatrice calculée sur la base de ce qu'il aurait perçu s'il avait effectué le préavis.

La prime de préavis de licenciement est, selon une doctrine administrative, soumise à l'impôt sur le revenu, et par conséquent, passible de la retenue à la source (Note Commune n° 14/2003).

2. Aspect social : Stricto sensu, le préavis ne constitue pas une indemnisation du licenciement. Il s'agit d'une somme à caractère salariale soumise à cotisations sociales et taxable, qui est versée mensuellement par l'employeur au salarié pendant un délai de prévenance courant à compter de la notification du licenciement. Toutefois, le choix peut être fait de classer le préavis dans la catégorie des sommes indemnisant le licenciement dès lors qu'il est perçu par le salarié en raison même de la rupture du contrat de travail.

Taxe sur la valeur ajoutée :

I/ Taxe sur la valeur ajoutée sur les acomptes et les arrhes

En vertu de l'article 5 du code de la taxe sur la valeur ajoutée, le fait générateur de la TVA est constitué pour les prestations de services par l'encaissement des acomptes ou du prix s'ils interviennent avant la réalisation du service et au plus tard lors de la réalisation du service qui se traduit généralement en pratique par une facturation totale ou partielle du service réalisé.

Par encaissement taxable, il faut entendre toutes les sommes perçues à quelque titre que ce soit (prix de la prestation, avances, acomptes, arrhes règlement pour solde, règlement de la retenue de garantie ...).

1. L'encaissement du prix : Il est constitué pour les opérations au comptant, par la remise d'espèces au prestataire de services, de numéraires, en règlement du prix des services.

2. Les avances, acomptes et arrhes : Lorsqu'ils sont reçus par le vendeur, ils sont au même titre que l'encaissement total, générateurs de la TVA, dans la mesure où ils constituent des sommes représentant une fraction du prix que l'acquéreur remet au revendeur dès la

conclusion du contrat.

Il ne faut cependant pas perdre de vue que ces termes s'appliquent à des actes de nature juridique distincte.

En effet, l'avance ou l'acompte constituent un versement à valoir sur le prix et qui du point de vue juridique, marque la conclusion définitive du contrat et n'autorise aucune des parties à se désister.

Au contraire, les arrhes ne sont qu'un moyen pour accréditer l'engagement des protagonistes et sont donc par essence abandonnés en cas de rupture unilatérale du contrat. Ainsi en cas d'abandon, les arrhes perdent leur caractère imposable pour revêtir celui de dommages intérêts non taxable.

En effet, contrairement à l'article 1590 du code civil français en vertu duquel la vente avec arrhes permet à l'acheteur de reprendre sa liberté en versant une somme d'argent au vendeur, les arrhes en droit tunisien sont ce que l'un des contractants donne à l'autre afin

d'assurer l'exécution de son engagement (article 303 du code des obligations et des contrats). Si la vente est effectivement conclue, les arrhes s'imputeront sur le prix de la vente. Si l'acheteur renonce à acheter, le vendeur bénéficie d'un droit de rétention des arrhes qui serviront comme assiette au paiement des éventuels dommages et intérêts alloués convenus amiablement ou décidés judiciairement. Les arrhes peuvent être stipulées dans les avants contrats comme dans les contrats définitifs. Si le vendeur renonce à vendre, le même droit de

rétention est reconnu à l'acheteur.

En somme, compte tenu du caractère indemnitaire des arrhes, le prestataire de services ne peut donc pas facturer de la TVA sur ces sommes. Le bénéficiaire de la prestation de services ne peut évidemment pas non plus déduire la TVA à ce titre.

II/ Champ d'application de la TVA : la fiscalité de la transformation des produits agricoles

D'après la définition générale énoncée par le paragraphe I de l'article premier du code de la TVA "Sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les affaires faites en Tunisie qui, quels qu'en soient les buts ou les résultats, revêtent le caractère industriel, artisanal, libéral ainsi que les opérations commerciales autres que les ventes".

Il en résulte que le secteur agricole est exclu du champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée.

Par conséquent, les affaires qu'un agriculteur réalise en procédant à la vente en l'état les produits de sa récolte sont situées hors du champ d'application de la TVA.

Cependant, tous les agriculteurs ne se bornent pas à vendre en l'état les produits de leur récolte ; ils peuvent procéder antérieurement à leur transformation ou à leur présentation commerciale.

La question se pose donc pour la vente de produits transformés, en prolongement de l'activité agricole.

La transformation des produits agricoles, par l'agriculteur lui-même ou par toute autre personne, rentre dans le cadre des opérations

industrielles, les affaires portant sur ces produits agricoles ainsi transformés sont situées dans le champ d'application de la TVA.

De son côté l'administration fiscale s'est prononcée sur un certain nombre de cas particuliers.

L'administration fiscale a estimé que la décortication des amandes ne constitue pas une opération de transformation et n'est pas, par conséquent, soumise à la TVA ; en revanche, la transformation des amandes en pâtes ou leur utilisation en tant que matière première en vue, par exemple, de la production de l'huile, constitue une opération de transformation, imposable à la TVA au taux de 6% (réponse D.G.E.L.F n° 778, 3 août 1990).

Enfin, le critère retenu par l'administration pour déterminer si le produit de ces ventes constitue ou non une recette de la catégorie "agricole", est la mise en œuvre, ou pas, au cours de la transformation ou de la vente, de matériels, installations ou techniques de type industriel ou commercial.

Fonds de commerce :

La responsabilité des dettes dans une location gérance

Le propriétaire du fonds de commerce peut ne pas vouloir l'exploiter lui-même ou par l'intermédiaire d'un salarié, il le donne en gérance libre.

La gérance libre est le contrat par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce en concède totalement ou

partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls.

Autrement dit, la gérance libre est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce en confie l'exploitation à un tiers tout en conservant la propriété.

Quand un fonds de commerce est mis en location-gérance, le loueur est responsable solidairement avec le preneur de toutes les dettes contractées par ce dernier pour l'exploitation du fonds.

C'est l'article 234 du code de commerce qui a exigé cette solidarité et déterminé sa durée. Jusqu'à la publication du contrat, le locataire et le bailleur sont solidairement responsables des dettes contractées par le locataire-gérant. L'article 234 du code de commerce a bien expliqué que la solidarité dure tant que la publicité du contrat n'a pas eu lieu. De plus l'article 231, alinéa deux, du code de commerce, a encore bien précisé que "tout contrat de location d'un fonds de commerce sera publié sous forme d'extrait dans un délai de quinze jours à compter de la date de sa conclusion, au journal officiel de la République tunisienne et dans deux journaux quotidiens dont un en langue arabe, avec l'indication des nantissements et des créanciers inscrits s'il y en a". Autrement dit, pour le législateur, la solidarité dure 15 jours. Ce délai va de la conclusion du contrat à la publication.

Alors que pour l'article L. 144-7 du code de commerce français, cette solidarité dure jusqu'à la publication du contrat et pendant un délai de 6 mois à compter de cette publication. L'article 234 du code de commerce n'exige que 15 jours, ce qui est normal car rien ne justifie que le propriétaire reste tenu des dettes qu'il n'a pas contractées, alors surtout qu'il a donné le fonds à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls.

Ce délai paraît nécessaire pour présumer de la connaissance du contrat chez les créanciers du gérant. Les tribunaux tiennent compte de la date de la naissance de la créance et non de sa date d'exigibilité qui peut être postérieure à la date de la publication. La jurisprudence française est allée dans le même sens en décidant que la date de la dette à retenir pour la responsabilité du bailleur est celle où la dette prend naissance, et non celle où elle arrive à son échéance (Cass.com.19 nov.1975, Gaz.pal.1976, 1, somm. p.41). Même si c'est la publicité qui fait que la location-gérance soit opposable aux tiers, la cour de cassation française a décidé que la solidarité joue même dans le cas où le créancier avait connaissance de la mise en location-gérance du fonds (Cass.com.7 janvier 1992, BRDA, 1992/3, P.15). Etant donné que la responsabilité solidaire protège les créanciers, elle ne peut être invoquée par un locataire mis en redressement judiciaire (Cass.com.16 janvier D. 1996 .IR).

L'article 234 du code de commerce stipule que "Jusqu'à la publication du contrat de location, le loueur du fonds est solidairement responsable, avec le locataire, des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds".

Il convient d'indiquer que la jurisprudence fait une interprétation restrictive favorable au bailleur de la notion de dette du locataire, contractées "à l'occasion de l'exploitation ", parce qu'il faut vérifier qu'il s'agit d'une dette commerciale.

Dans ce sens les tribunaux ont décidé qu'il faut examiner l'objet de la dette (Cass. Com. 26 mai 1992, RJDA /1992, n°675. La jurisprudence refuse-t-elle de mettre à la charge du bailleur une dette du gérant, contractée pour l'exploitation du fonds, alors qu'il ne serait pas prouvé qu'elle répondrait à une nécessité de l'exploitation. Exemple d'une dépense disproportionnée par rapport au caractère de l'exploitation (Cass.com.8 janvier 1980, JCP ,1980. II.19358). Il faut donc exclure les dettes non contractuelles, c'est -à- dire délictuelles ou quasi-contractuelles. La jurisprudence considère qu'il faut entendre par "dettes contractuelles" celles qui ont une origine contractuelle et non celles qui résultent de la loi comme les cotisations sociales (C.A Base-terre, 13 janvier 1997, BRDA, 1998/1, p.10).

Pour protéger le locataire-gérant, la cour de cassation française a décidé que le bailleur ne peut écarter la responsabilité solidaire qui pèse sur lui qu'à condition d'établir que le fournisseur a commis une imprudence en laissant le locataire-gérant s'endetter à son égard de façon excessive (Cass. 17 octobre 1995 : Bull. civ, IV, n° 128).

Pour conclure, il a été jugé que le bailleur n'est pas responsable des obligations relatives à une activité étrangère à l'exploitation du fonds. La responsabilité solidaire du loueur est écartée lorsque le fonds est donné en location-gérance aussitôt après son acquisition et que le propriétaire ne l'ait jamais exploité (C.A Chamery, 30 mai 1983, Gaz.pal.1983 .2.422).

Cette décision n'est pas favorable au locataire-gérant parce que ce bailleur est considéré comme spéculateur. Ensuite la solidarité ne joue pas lorsque le contrat de location-gérance a été passé par un mandataire de justice chargé de l'administration du fonds.

Obligations sociales de l'entreprise

Contrat de travail :

Sort du contrat de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur

Selon l'article 15 du code de travail, "le contrat de travail subsiste entre le travailleur et l'employeur en cas de modification de la situation juridique de ce dernier, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds et mise en société".

L'objectif de ce maintien est en fait simple : il est justifié par le souci de la stabilité de l'emploi, devenue, depuis quelque temps, l'une des préoccupations essentielles des pouvoirs publics.

De façon générale deux conditions sont requises pour que soient appliquées les dispositions de l'article 15 du code du travail. Outre le fait que les contrats de travail doivent, bien évidemment, être en cours d'exécution le jour de la survenance de la modification dans la situation juridique de l'employeur, on exige également que cette modification suppose un changement d'employeur.

Selon une certaine opinion, il ne peut y avoir continuation des contrats de travail en l'absence d'un certain maintien de l'activité sociale transférée. En effet, la modification dans la situation juridique de l'employeur implique nécessairement une certaine reprise ou continuité de l'activité sociale. C'est dire que l'absence du maintien d'activité empêchera la continuation des contrats de travail.

Cette opinion se veut, certes, favorable à l'intérêt

des salariés, en exigeant notamment la reprise et la poursuite de la même activité.

Selon une seconde opinion, cette vision va de façon indubitable tant contre la lettre que l'esprit de l'article 15 du code du travail. Celui-ci n'ayant manifestement visé que les changements intervenus dans la situation juridique d'un employeur et non les successions d'employeurs totalement distincts. Adopter cette opinion, serait certainement aller à l'encontre des intérêts des salariés et comporte, par voie de conséquence, des dangers évidents. Car, toutes les fois qu'il n'y aurait pas, de la part du nouvel employeur une continuité d'activité, les contrats en cours ne sauront être continués. Ce qui n'est pas favorable aux intérêts des salariés. Ceci peut même déboucher sur une certaine fraude. Le nouvel employeur qui souhaiterait, par exemple, ne pas continuer les contrats de travail en cours, peut être amené à ne pas continuer l'activité sociale. Ce qui lui permettra ainsi de ne pas reprendre les salariés de l'entreprise recueillie.

En somme, la première opinion ne peut recevoir application. Car, dire qu'il faut que la même activité soit poursuivie traduit que si tel n'est pas le cas, les contrats de travail ne pourront pas être continués et cela pourra déboucher à écarter l'application de l'article 15 du code du travail.

Congés annuels payés :

I/ Droit au congé annuel payé : Le report des congés non pris

"Tout salarié a droit, chaque année, à un congé payé à la charge de l'employeur dans les conditions fixées ci-après ", prévoit l'article 112 du code du travail.

L'article 117 du code du travail dispose que "Le congé annuel est octroyé au cours de la période du 1er juin au 31 octobre de chaque année. Il peut être octroyé au cours d'une autre période de l'année en vertu d'accords collectifs ou individuels ou par l'employeur lorsque la nécessité du travail l'exige et après avis de la commission consultative d'entreprise ou des

délégués du personnel".

Il résulte de l'article 112 du code du travail que les congés payés légaux sont pris annuellement sans possibilité de report d'une année sur l'autre. Passé cette date, les jours de congé sont définitivement perdus pour le travailleur et Nul texte ne prévoyant le report dudit congé annuel payé.

Ainsi, le droit au congé annuel payé s'exerce en principe chaque année, sans possibilité de reporter d'une année sur l'autre les congés qui

n'ont pas été pris.

Le salarié qui, pour un motif ne résultant pas du fait de l'employeur, n'a pas pris son congé avant l'expiration de la période des congés, ne peut

prétendre au report de son congé non pris sauf disposition conventionnelle ou d'usage contraire.

II/ Droits à congés annuels et congés de maladie

Tout salarié a droit chaque année, à un congé payé à la charge de l'employeur, et ce dans les conditions fixées par le code du travail dans ses articles 112 et suivants, ainsi que par les conventions collectives. La durée du congé est calculée à raison d'un jour par mois de travail. Cela dit cette durée est portée à deux jours par mois de travail, pour les salariés âgés de moins de 18, et à un jour et demi pour les salariés âgés de 18 à 20 ans, sauf autres stipulations, plus favorables édictées par les conventions collectives de certaines branches d'activité. En vertu du même code, le salarié a droit à un congé au bout d'un mois effectif de travail.

Afin que certaines absences du travail ne réduisent pas ce droit à congés payés, le code du travail assimile ces absences à des périodes de travail effectif. Ainsi, par exemple, les salariés en arrêt de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle ou en congé de maternité continuent, pendant leur absence, d'accumuler des droits à congés payés. En effet,

l'article 114 du code du travail stipule que la période de congé de maternité, ainsi que celle de congé pour cause d'accident de travail, sont assimilées à une période de travail effectif, à condition que le congé pour accident de travail, ne dépasse pas un an.

Le code du travail ne vise pas, en revanche, les absences dues à une maladie non professionnelle.

Qu'en est-il alors des salariés en arrêt de travail pour cette raison ? Continuent-ils durant cette période d'absence d'accumuler des droits à congés payés ?

A notre sens, la réponse est négative. Le code du travail n'assimilant pas l'absence due à une maladie non professionnelle à une période de travail effectif, l'arrêt de travail dû à une maladie ou un accident non professionnels ne permet donc pas d'acquérir des droits à congés payés.

Durée du travail :

Réalisation d'heures supplémentaires : preuve

Aux termes de l'article 90 du code du travail, "Sont considérées comme heures supplémentaires les heures de travail effectuées au-delà de la durée hebdomadaire normale".

Les heures supplémentaires sont toutes les heures de travail effectif réalisées au delà de la durée légale du travail (40 ou 48 heures) ou de la durée considérée dans certaines professions comme équivalente.

Sauf usage ou dispositions plus favorables, les durées hebdomadaires conventionnelles, même si elles sont inférieures, ne se substituent pas à la durée légale et seules les heures effectuées au delà des 40 ou 48 heures sont considérées comme heures supplémentaires.

Les heures supplémentaires sont celles effectuées à la demande de l'employeur ou au moins avec son accord implicite.

Ne constituent pas des heures supplémentaires

celles effectuées certaines semaines au delà des 40 ou 48 heures par un salarié à son initiative dans le cadre d'un horaire individualisé.

Le refus de l'employeur de payer des heures supplémentaires de travail dont l'existence est incontestable est un fait fautif de l'employeur. Cependant il convient préalablement de s'assurer que l'on peut présenter les preuves du travail effectué pendant ces heures supplémentaires.

L'employeur et le salarié doivent concourir à l'établissement de la réalité des faits si bien que la preuve de l'existence ou de l'inexistence d'heures supplémentaires repose sur l'un comme sur l'autre.

L'employeur qui n'apporte aux juges aucun élément prouvant que le salarié n'a pas fait les heures de travail qu'il réclame risque d'être condamné à payer au salarié les sommes qu'il demande. C'est en effet une obligation pour

l'employeur que de tenir mensuellement le décompte des heures supplémentaires effectuées par le salarié.

Le salarié aura tout intérêt à présenter un état aussi précis que possible des heures supplémentaires dont il réclame le paiement. Cet état doit avoir été rédigé "au fil du temps" et pas établi après coup pour les besoins de la

procédure.

Le salarié peut solliciter auprès du juge la mesure d'instruction complémentaire qui lui semblera la plus adéquate si le nombre ou l'existence d'heures supplémentaires sont contestés.

Reçu pour solde de tout compte :

Quérable ou portable ?

Le reçu pour solde de tout compte est une attestation écrite que le salarié remet à l'employeur lors de la résiliation ou de l'expiration du contrat de travail et dans laquelle il reconnaît avoir perçu l'intégralité des sommes que l'employeur doit lui verser.

Le reçu pour solde de tout compte est facultatif : le salarié ne peut être tenu de le signer. Son refus n'a donc aucune conséquence particulière et ne peut entraîner de sanction.

La question se pose de savoir si le reçu pour solde de tout compte est quérable ou portable.

En droit civil, les dettes sont quérables et non portables. On oppose au paiement portable (celui qui doit être effectué au domicile du créancier) le paiement quérable (celui qui doit être fait au domicile du débiteur). Selon le principe établi de très longue date "Toutes rentes sont quérables, s'il n'est autrement convenu", l'exécution des obligations se fait au domicile du débiteur. Il appartient au créancier d'aller querir (c'est-à-dire d'aller chercher) son dû, ce qui lui appartient.

La règle généralement admise est que le reçu

pour solde de tout compte est quérable et non portable.

Il appartient à l'entreprise de préparer ce document et le tenir à disposition du salarié, mais elle n'a aucun effort particulier à mettre en œuvre pour en assurer la délivrance ou la remise (le reçu pour solde de tout compte est à récupérer par le salarié : il est quérable).

Le salarié doit donc faire diligence selon ses propres moyens et ses choix pour en assurer la récupération dans l'entreprise.

Il n'y a aucune obligation pour l'employeur d'en assurer le transport, l'acheminement ou l'expédition.

En principe, l'employeur doit veiller à tenir le reçu pour solde de tout compte à disposition de sorte que le salarié puisse en prendre possession à l'occasion de son départ.

Paiement - Recouvrement des créances :

Les recouvrement des titres cambiaux : L'objet de la saisie conservatoire visée par les articles 317 et 408 du code de commerce

L'article 317 du code de commerce prévoit que "le porteur d'une lettre de change protestée, faute de paiement, peut, par ordonnance sur requête, obtenir la permission de saisir conservatoirement les effets mobiliers des tireurs, accepteurs et endosseurs". De son côté l'article 408 du même code énonce que "le porteur d'un chèque ayant fait l'objet d'attestation de non-paiement conformément aux dispositions de l'article 410 ter du présent code ou d'un protêt, peut sur simple présentation dudit

chèque, procéder à une saisie conservatoire sur les biens mobiliers du tireur ou de l'endosseur".

Ainsi, les deux articles précités semblent limiter la saisie conservatoire aux meubles du débiteur.

Cependant, le droit de saisir peut-il s'étendre aux immeubles ?

Selon le régime français, une mesure conservatoire vise les biens meubles du

débiteur, généralement il s'agit de meubles corporels (mobilier, matériel, marchandises), éventuellement des biens incorporels (créances). Les immeubles peuvent l'objet d'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle.

En droit tunisien, les articles 317 et 408 du code de commerce n'ont pas exclu expressément la saisie immobilière. D'autre part, rien n'empêche le porteur de la lettre de change ou du chèque de se fonder directement sur les articles 322 et suivants du code de procédure civile et

commerciale en vue e pratiquer une saisie conservatoire immobilière.

Ainsi, si le droit français limite la saisie conservatoire aux meubles, tel n'est pas le cas en droit tunisien en vertu de l'article 323 du code de procédure civile et commerciale qui énonce que "La saisie conservatoire peut porter sur tous biens, meubles ou immeubles, à l'exception des immeubles immatriculés et des biens déclarés insaisissables par la loi".

Saisie :

Saisie-arrêt : Le titre qui fonde la saisie-arrêt

La saisie-arrêt est la procédure par laquelle un créancier peut retenir entre les mains d'un tiers, des objets mobiliers ou des sommes d'argent appartenant au débiteur, en garantie du paiement de la dette.

Aux termes de l'article 330 du code de procédure civile et commerciale, "Tout créancier dont la créance est certaine peut, sur permission du juge cantonal ou du président du tribunal de première instance du lieu du domicile du débiteur, chacun dans la limite de sa compétence, saisir arrêter entre les mains d'un tiers et dans la limite de sa créance les sommes et objets mobiliers qui sont dus même à terme ou sous condition, ou qui appartiennent à ce débiteur.

Est dispensé de la permission du juge le créancier bénéficiaire d'un jugement, même non encore exécutoire".

On retient de ce texte que le titre qui fonde la saisie-arrêt peut être soit un jugement non exécutoire soit une simple autorisation du juge.

1. Saisie-arrêt en vertu d'un jugement non exécutoire : En principe, une décision de justice n'est exécutoire que lorsqu'elle est rendue en dernier ressort. Les décisions en premier ressort ne sont exécutoires que lorsqu'elles sont assorties de l'exécution provisoire ou que le délai de recours est expiré sans que la décision n'ait été attaquée. S'agissant de pratiquer une saisie-arrêt, la loi admet qu'elle peut avoir lieu même si le créancier dispose seulement d'un jugement non encore exécutoire.

C'est là une exception importante par rapport au droit commun de la saisie où le créancier ne peut pratiquer une saisie afin d'exécution que lorsqu'il est muni d'un titre exécutoire.

Cette exception qui se justifie bien dans la mesure où elle rend encore plus efficace la saisie-arrêt, ne porte pas atteinte grave aux droits du débiteur puisque la saisie-arrêt est conservatoire pendant les premières phases de la procédure. En revanche, pendant la dernière phase de son déroulement, où la saisie-arrêt prend un caractère purement et simplement exécutoire, le jugement non exécutoire ne suffit plus et doit avoir été converti entre temps en titre exécutoire.

2. Saisie-arrêt en vertu d'une autorisation du juge : Même si la créance n'est pas encore constatée dans une décision de justice, elle permet l'exercice d'une saisie-arrêt lorsque le créancier obtient une autorisation judiciaire. La seule condition exigée pour l'obtention de cette autorisation est que la créance soit certaine. Le juge compétent pour délivrer l'autorisation est soit le juge cantonal, soit le président du tribunal de première instance, chacun dans la limite de sa compétence. En effet, l'autorisation étant matérialisée par une ordonnance sur requête, elle peut être demandée, selon la valeur de la créance, au président du tribunal de première instance ou au juge cantonal.

S'agissant de la compétence territoriale, le tribunal compétent est celui du domicile du débiteur.

Lorsque la requête est rejetée, le créancier a la possibilité de présenter une nouvelle requête. Il peut aussi exercer un recours en appel contre la décision de rejet. Lorsque la requête a été admise, le débiteur peut attaquer l'ordonnance sur requête par une demande en rétractation présentée devant le même juge qui a donné l'autorisation. C'est lorsque la demande en rétractation est rejetée que le débiteur peut interjeter appel.

DEUXIEME PARTIE

Assemblées des actionnaires :

Vote en assemblée d'une question non inscrite à l'ordre du jour

L'ordre du jour est la partie de la convocation que les dirigeants de collectivités organisées transmettent à leurs membres pour les informer des questions sur lesquelles ils sont appelés à délibérer. Il en est ainsi notamment des assemblées constitutives, ordinaires, ou extraordinaires des actionnaires des sociétés anonymes.

La fixation de l'ordre du jour préalablement à la tenue de l'assemblée revêt une importance capitale car l'assemblée générale ne peut délibérer sur des questions non inscrites à l'ordre du jour selon l'article 283 du code des sociétés commerciales.

En effet, il serait dangereux pour les actionnaires absents ou minoritaires qu'une assemblée convoquée avec un ordre du jour anodin, et donc ne réunissant que peu de participants, puisse inopinément se saisir d'une question importante qui n'avait pas été inscrite et émettre dans les conditions précitées, un vote capital pour l'avenir de la société.

Cette interdiction a été assouplie par la jurisprudence française : les actionnaires peuvent examiner des questions non inscrites dès lors qu'elles découlent naturellement de celles régulièrement inscrites (théorie de l'ordre du jour implicite). C'est ainsi qu'est valable la révocation du gérant de société à responsabilité limitée décidée lors d'une assemblée initialement appelée à statuer sur la gestion de la société ou ses perspectives d'avenir (Cass. com. 28-2-1977 : Bull. civ. IV n° 65 ; Cass. com. 29-6-1993 n° 1222 : RJDA 11/93 n° 914).

Cependant, dans une décision du 25 septembre 2012, la chambre commerciale de la cour de

Cassation française a mis un terme à la position de la jurisprudence initiée par la cour suprême par un arrêt du 27 novembre 1950 qui acceptait la théorie de l'ordre du jour implicite.

La cour de cassation française a en effet jugé que le vote de l'assemblée générale des actionnaires dans une SA autorisant une augmentation de capital réservée à ses salariés et supprimant le droit préférentiel de souscription (DPS), sans que cette suppression ait été inscrite à l'ordre du jour, entraînait la nullité de l'augmentation de capital.

En l'espèce, les dirigeants de la société considéraient que la suppression du DPS était la conséquence directe et nécessaire d'une augmentation de capital réservée aux salariés et invoquaient la théorie de "l'ordre du jour implicite" selon laquelle si, par principe, une assemblée générale des associés de SA ou SARL ne peut pas délibérer sur une question non inscrite à l'ordre du jour, par exception, l'assemblée des actionnaires peut se prononcer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour si celle-ci est la conséquence directe d'une question qui y figure.

La cour de cassation française réfute cette argumentation en affirmant que la suppression du DPS doit être soumise au vote par une résolution spécifique par application de l'article L. 225-138 et que cette question doit être inscrite à l'ordre du jour et annule l'augmentation de capital litigieuse.

Ainsi, le défaut d'inscription d'une question à l'ordre du jour est une cause de nullité de la délibération relative au vote de cette question.

Augmentation de capital dans les SA :

Renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription

Le droit préférentiel de souscription constitue une mesure de protection des intérêts des actionnaires d'une société de capitaux qui a pour but, lors d'une augmentation de capital, d'offrir à la souscription les actions nouvelles par préférence aux actionnaires existants de la société afin de préserver leurs droits sur les réserves existantes de la société notamment.

Mais l'actionnaire peut s'en déposséder. Et la loi l'encourage expressément à le faire :

Aux termes de l'article 296 du code des sociétés commerciales, "les actionnaires peuvent renoncer à titre individuel à leur droit préférentiel de souscription". La renonciation c'est l'abandon volontaire par une personne d'un droit déjà né

dans son patrimoine.

Les raisons qui peuvent conduire un actionnaire à renoncer à son droit sont variées (défaut de moyens pour souscrire aux nouvelles actions, faible valeur du droit sur le marché, désintéressement des investisseurs etc.).

Une question mérite d'être soulevée, celle de savoir si l'actionnaire renonçant peut revenir sur sa décision ?

La loi reste silencieuse. Une partie de la doctrine estime que l'actionnaire ne peut revenir sur sa

renonciation à partir du moment où celle-ci a été notifiée à la société.

Une autre partie de la doctrine estime que rien ne devrait s'opposer à un revirement du renonçant. En effet, rien n'interdit aux parties de revenir sur leur accord en se fondant sur les dispositions de l'article 242 du code des obligations et des contrats qui consacre le principe de la révocabilité des conventions par le consentement mutuel des parties.

Bénéfices :

Bénéfices affectés aux réserves : Abus de majorité et mise en réserve systématique des bénéfices

L'affectation du résultat annuel fait partie des décisions les plus fréquemment contestées pour abus de majorité. Et en particulier, la question du caractère abusif d'une affectation systématique des bénéfices en réserve est régulièrement posée. En effet, ce choix d'affectation génère inévitablement une frustration chez les associés minoritaires, qui se trouvent privés du dividende que le résultat bénéficiaire leur permettait d'espérer.

Une jurisprudence française relativement abondante est consacrée à la mise en réserve systématique des bénéfices de la société.

Pour déterminer le caractère abusif ou non d'une mise en réserve des bénéfices, la jurisprudence française s'attache essentiellement à :

- observer la fréquence et la durée de cette affectation ;
- vérifier si la constitution des réserves s'est accompagnée d'une politique d'investissements ;
- rechercher si les parts ou actions détenues par les associés minoritaires ont perdu de leur valeur.

Parfois, le caractère systématique de la mise en réserve a été considéré comme prudent dès lors qu'il avait permis d'assurer un financement important de la société sans appel à des avances de fonds extérieurs et avait conduit, à défaut de distribution des dividendes, à une progression de la valeur des actions qui profitait à tous les actionnaires (Cass. com. 23-6-1987 : Bull. civ. IV n° 160).

Aussi, la cour d'appel de Versailles a décidé que l'inscription à un compte de réserve ou de report

à nouveau de 85% du cumul des bénéfices des trois exercices ne constitue pas une atteinte à l'intérêt de la société (1er février 2001) : la mise en réserve de bénéfices doit permettre à la société de renforcer sa trésorerie compte tenu de ses projets et de son activité.

Enfin, la cour de cassation, dans l'arrêt du 3 juillet 2003 a estimé que porter l'intégralité des bénéfices dans les réserves ne peut constituer en soi un préjudice à l'encontre des actionnaires minoritaires. Cette mise en réserve des bénéfices avait été accompagnée de la réalisation de très importants investissements.

Dans un arrêt du 22 avril 1976, la cour de cassation française a estimé que les sommes mises en réserve étaient demeurées inemployées et seul l'associé minoritaire qui n'exerçait pas de fonctions dans la société ne retirait strictement aucun profit de sa participation.

L'abus de majorité a été aussi retenu depuis aux termes d'une affaire dans laquelle les bénéfices de la société étaient systématiquement affectés aux réserves (le montant de celles-ci s'élevait à 22 fois le montant du capital social). Les délibérations litigieuses ont été annulées (Cour de cassation, Chambre com. 6 juin 1990, publié au Bulletin IV). Cette décision est généralement considérée comme une décision de principe.

Il faut cependant bien noter qu'il s'agissait là de la constitution de réserves excessives sans intérêt pour la société et préjudiciable aux intérêts pécuniaires des minoritaires.

De même ont été annulées les délibérations des

associés aux termes desquelles l'affectation systématique des bénéfices aux réserves n'a répondu ni à l'objet ni aux intérêts de la société, et ces décisions ont favorisé les associés majoritaires au détriment de l'associé minoritaire (Cour de cassation, Chambre com., 1er juillet 2003, pourvoi n° 99-19328).

Rappelons par ailleurs que l'article 140, alinéa 3,

du code des sociétés commerciales fait obligation à la société à responsabilité limitée de distribuer un dividende aux associés au moins une fois tous les trois ans. Bien entendu, cette obligation n'existe que si la société réalise des bénéfices.

Conventions réglementées dans les sociétés anonymes :

Défaut d'information du commissaire aux comptes d'une convention autorisée : Sanction

Lorsqu'une convention est autorisée par le conseil d'administration, l'alinéa 2 du sous paragraphe 3 du paragraphe II de l'article 200 du code des sociétés commerciales exige que le président-directeur général, le directeur général ou l'administrateur délégué doit informer le commissaire aux comptes de toute convention autorisée.

La procédure connaît le plus souvent des blocages à ce niveau. En effet, dans la pratique, les dirigeants ne respectent pas cette étape. Le commissaire aux comptes n'est pas informé de l'existence des conventions. Ce qui constitue une difficulté à son niveau car il n'a pas à rechercher l'existence des conventions au cours de sa mission.

Cependant le code des sociétés commerciales ne précise pas la forme selon laquelle l'information doit être donnée. Elle peut être donnée sous une forme quelconque, mais pour éviter toute contestation, il est préférable qu'elle soit donnée par lettre recommandée avec accusé de réception.

Quelles sont les conséquences du défaut d'information du commissaire aux comptes ?

Le code des sociétés commerciales est muet sur la question de la sanction du défaut d'information donné au commissaire aux comptes. Néanmoins, la possibilité de sanction n'est pas totalement exclue dans l'esprit des textes du code précité. A cet égard, le rôle primordial du commissaire aux comptes paraît ouvrir la voie à d'éventuelles sanctions.

Dans les sociétés anonymes, en vertu des dispositions de l'article 270 du code des sociétés

commerciales, les commissaires aux comptes sont tenus de dénoncer, dans le cadre de leur intervention, toute violation de la procédure des conventions réglementées, ce qui peut conduire à établir certaines responsabilités. En conformité avec les dispositions de l'article 270 précité, les commissaires aux comptes doivent, en effet, signaler dans leur rapport à l'assemblée générale annuelle les conventions autorisées portées à leur connaissance, ainsi que celles qui ne leur auraient pas été signalées et qu'ils auraient découvertes dans l'exécution de leur mission.

En droit français, l'annulation d'une convention pour défaut d'information au commissaire aux comptes paraît exclue. La sanction retenue par la jurisprudence réside dans l'obligation pour les intéressés de supporter les conséquences préjudiciables que peut avoir la convention pour la société).

En effet, la nullité n'est envisagée que dans les hypothèses d'absence d'autorisation préalable par le conseil d'administration et de fraude à l'occasion de la conclusion de la convention.

La jurisprudence tunisienne ne fournit pas à notre connaissance une illustration au problème de la sanction de ce défaut d'information du commissaire aux comptes. Il y a tout lieu de penser que la sanction pourrait être également fonction de l'existence ou non d'un préjudice subi par la société.

Le commissaire aux comptes, une fois avisé de l'existence de la convention, est tenu d'établir un rapport qui sera soumis à l'approbation de l'assemblée des actionnaires.

Expertise de gestion :

Expertise de gestion sur une opération d'augmentation de capital

L'article 209 bis du code des sociétés

commerciales dispose qu' "un ou plusieurs

actionnaires détenant au moins dix pour cent du capital social peuvent, soit individuellement ou conjointement, demander au juge des référés la désignation d'un expert ou d'un collège d'experts qui aura pour mission de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion".

En règle générale, l'expertise de gestion ne peut pas être utilisée à tout propos ou sans véritable raison.

Une telle demande d'expertise ne peut porter que sur une opération de gestion, c'est-à-dire sur une opération décidée par les organes de gestion de la société et non sur un acte qui relève de la compétence de l'assemblée générale des actionnaires.

Ainsi, un actionnaire minoritaire n'est pas

recevable à demander une expertise portant sur une opération d'augmentation de capital, une telle décision relevant des attributions de l'assemblée des actionnaires.

En somme, la décision d'augmenter le capital social, qui relève des attributions de l'assemblée des actionnaires, ne constitue pas une opération de gestion et ne peut donc faire l'objet d'une expertise de gestion.

On considère en effet qu'à la faveur des réunions en assemblée générale, les actionnaires minoritaires disposent des moyens de s'informer et par conséquent, de voter de manière éclairée.

Gérant de SARL :

La détermination de la rémunération du gérant d'une SARL : Participation ou non du gérant associé au vote pour la fixation de sa rémunération

La question de la participation ou non du gérant associé au vote pour la fixation de sa rémunération est largement débattue pour ne pas dire controversée.

Il n'existe aucune disposition législative interdisant expressément au gérant associé de prendre part au vote pour la fixation de sa rémunération.

Seulement, l'article 115 du code des sociétés commerciales dispose "Toute convention intervenue directement ou par personne interposée entre la société et son gérant associé ou non, (...) devra faire l'objet d'un rapport présenté à l'assemblée générale (...). L'assemblée générale statue sur ce rapport, sans que le gérant ou l'associé intéressé puisse prendre part au vote, ou que leurs parts soient prises en compte pour le calcul du quorum ou de la majorité".

Ainsi, le gérant associé ne participera pas au vote si l'on admet le caractère conventionnel de sa rémunération. Dans le cas contraire, le gérant aura le droit de participer au vote.

Sur la question de savoir si la rémunération du gérant constituait une convention réglementée, une large partie de la doctrine répond par la négative invoquant le caractère institutionnel de la fonction, le fait que dans les SA la rémunération du PDG ne constitue pas une convention réglementée et finalement parce que

le gérant en cette qualité, n'est pas lié par la société par un contrat.

Dans un arrêt du 30 mai 1989, la cour de cassation française a confirmé le point de vue selon lequel la rémunération du gérant ne constituait pas une convention réglementée en estimant que "la décision de l'assemblée des associés d'une société à responsabilité limitée accordant dans des conditions normales au gérant des gratifications, qui font partie de sa rémunération, ne constitue pas une convention entrant dans les prévisions de l'article 50 (Comm. 30 mai 1989, JCP éd. E 1990, n° 5811, p. 426; Rapporté in La Revue Fiduciaire, RF N° 852, mai 1998, p. 6514).

Cependant, certaines juridictions françaises considéraient que la résolution relative à la rémunération du gérant constituait une convention réglementée soumise à la procédure d'approbation de l'article L. 223-19 du Code de commerce, de sorte que l'intéressé ne pouvait pas participer au vote (Versailles, 12 septembre 2002, Juris Data n° 2002-207386).

Récemment, la cour de cassation française a jugé que la détermination de la rémunération du gérant d'une SARL par l'assemblée ne procède pas d'une convention. Le gérant peut donc prendre part au vote (Cour de cassation, chambre commerciale 4 mai 2010 pourvoi numéro 09-13205).

Ainsi la cour de cassation française refuse de considérer que la rémunération soit qualifiée de convention. Ainsi, la rémunération du gérant de SARL ne saurait être soumise au régime des conventions réglementées.

Il ne s'agit pas d'un contrat pour la cour de cassation mais d'une décision unilatérale

adoptée par l'assemblée. Cette décision semble devoir être approuvée dans la mesure où il ne saurait être considéré que le Gérant contracte avec l'assemblée des associés. La rémunération est fixée selon une méthode qui n'est pas contractuelle puisque la décision de l'assemblée générale est unilatérale.

Serment décisoire, Personne morale

Prestation de serment du représentant légal, Validité

Le serment décisoire est ainsi nommé parce qu'il décide de la contestation. Il est défini par l'article 492 du code des obligations et des contrats, comme "Celui qu'une partie déclare à l'autre pour en faire dépendre la décision de la cause".

Selon l'article 493 du code des obligations et des contrats, le serment doit toujours être prêté personnellement et non par procureur.

L'article 498 du même code dispose que le serment ne peut être déclaré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le déclare, ou sur la connaissance d'un fait.

Dans ces conditions, est-il admis de déclarer légalement le serment décisoire dans un litige civil à une personne morale ?

Une partie de la doctrine estime que le serment est personnel et ne peut être prêté par procureur en application de l'article 493 du code des obligations et des contrats.

En effet, l'article 493 du code des obligations et des contrats interdit de prêter serment par procuration, donc les personnes morales ne peuvent pas prêter personnellement le serment.

En outre, l'article 498 du même code limite le serment qui ne peut être déclaré que sur un fait personnel ou sur une connaissance d'un fait, or cette condition ne peut pas être remplie par les représentants des personnes morales car leurs fonctions ne sont pas durables surtout qu'ils représentent la société en vertu d'un mandat général et ne peuvent donc pas prêter serment ou le déclarer au sens de l'article 1120 du code des obligations et des contrats.

Cependant, la majorité de la doctrine estime qu'il est admis de déclarer le serment décisoire à la personne morale représentée par son représentant légal.

En effet, les personnes morales sont des

institutions organisées légalement et dotées d'organes de gestion, de contrôle et de délibérations composés, tous, de personnes physiques, ce qui signifie que le représentant de la société n'est pas un mandataire, ni de la société ni des associés, mais il est un organe substantiel dans la société et un élément parmi les éléments essentiels dans sa formation; la société ne peut donc fonctionner que par son intermédiaire et que sa gestion, pour le compte de la société, n'est pas de l'ordre du mandat, ainsi, le dirigeant de la société tire ses prérogatives de la loi, notamment à l'égard des tiers, alors que le mandataire tire ses prérogatives du contrat, c'est-à-dire du mandant, et par conséquent le représentant de la société agit au nom de la société et cette gestion oblige celle-ci envers les tiers.

Par ailleurs, bien que l'article 498 du code des obligations et des contrats prévoie que le serment ne peut être déclaré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le déclare ou sur la connaissance d'un fait, il n'en demeure pas moins que le fait personnel de la personne morale signifie le fait maniant de son représentant légal à l'occasion de son administration et la connaissance du fait est liée aux actes d'administration et de gestion pendant la durée de son mandat.

Il en découle que le fait de déclarer le serment décisoire à la personne morale est admis et ne s'oppose pas aux dispositions des articles 493 et 498 du code des obligations et des contrats, à condition de le déclarer directement au représentant légal, car il a eu une connaissance personnelle des faits sur lesquels portent le serment décisoire.