

Le Manuel Permanent du Droit des Affaires

tunisien

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 245

Mai 2016

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Fiscalité de l'entreprise

Acomptes provisionnels :

De la détermination de l'assiette des acomptes provisionnels

Comment sont calculés les acomptes provisionnels pour les sociétés qui paient le minimum d'impôt ?

P. 5

Avantages fiscaux :

**Dégrèvements financiers au titre de la souscription au capital des entreprises :
Conditions d'éligibilité**

Eligibilité au dégrèvement financier financé par un crédit bancaire

P. 5

Contrôle fiscal :

Le secret bancaire en droit fiscal : Levée du secret bancaire sous certaines conditions

Le secret bancaire peut être levé, mais dans des conditions bien déterminées.

P. 5

Fiscalité internationale :

Traitements fiscal des contrats "clés en main"

Régime fiscal spécifique aux contrats "clés en main"

P. 6

Impositions des dividendes distribués à une retenue à la source :

Quel est le fait générateur de la retenue à la source de 5%. Est-ce que c'est la date de la décision de l'AGO ou la date de mise en paiement effectif ?

P. 6

Fait générateur de la retenue à la source au titre des produits des actions parts sociales et revenus assimilés

Régime d'imposition des forfaitaires :

Le régime d'imposition des BIC forfaitaires

Lorsqu'un BIC forfaitaire cède un fond de

en cas de cession d'un fonds de commerce :

commerce, il est soumis à l'IRPP à titre exceptionnel.

P. 7

Taxe sur la valeur ajoutée :

Régime de la TVA sur créances insolvables

La TVA versée sur une créance qui se révèle insolvable, par la suite, ne peut être ni reprise ni récupérée.

P. 8

Marques de fabrique, de commerce et de services :

L'action en contrefaçon de marque : Recevabilité de l'action de contrefaçon de marque

En l'absence d'enregistrement, l'action en contrefaçon est irrecevable.

P. 8

Obligations sociales de l'entreprise

Commission consultative d'entreprises :

Carence des salariés : Importance du PV de carence aux élections professionnelles

En cas d'impossibilité de procéder aux élections professionnelles, le chef d'entreprise doit alors saisir l'inspection du travail.

P. 9

Cotisations sociales :

Remise gracieuse des pénalités de retard exigées au titre des régimes de sécurité sociale

Apports du décret gouvernemental n° 2016-567 du 2 mai 2016 fixant les procédures et modalités d'examen des demandes de remise gracieuse des pénalités de retard exigées au titre des régimes de sécurité sociale

P. 9

Contrat de travail :

La prescription : Les délais de prescription en droit du travail

Quels sont les délais de prescription applicables en droit du travail ?

P. 10

Emploi de la main-d'œuvre étrangère en Tunisie :

La rémunération des salariés étrangers en question

Les travailleurs étrangers bénéficient-ils d'un salaire équivalent au salaire dont bénéficient les nationaux ?

P. 11

Emploi des personnes souffrant d'un handicap :

Renforcement de la promotion de l'emploi des personnes handicapées sur le marché du travail

La loi n° 2016-41 du 16 mai 2016 amendant la loi d'orientation n° 2005-83 du 15 août 2005, relative à la promotion et à la protection des personnes handicapées, prévoit le doublement du taux de recrutement des personnes handicapées.

P. 11

Preuve en matière de droit du travail :

Les modes de preuve admis en droit du travail : Les enregistrements effectués à l'insu du salarié ou de l'employeur sont-ils valables en justice ?

Le salarié ou l'employeur peuvent-ils utiliser des enregistrements comme moyen de preuve

P. 12

Vêtements de travail :**Les salariés bénéficiaires des vêtements de travail**

Les vêtements de travail sont-ils destinés exclusivement au personnel ouvrier ou le personnel administratif et cadres en bénéficient également ?

P. 13

DEUXIEME PARTIE**Administration et direction de la société anonyme :****Conseil d'administration : Procès-verbal du conseil d'administration : désaccord et réserves des administrateurs**

L'administrateur peut-il exprimer son désaccord à l'encontre d'une décision qui lui est soumise ?

P. 13

Assemblée générale d'approbation des comptes :**Convocation de l'assemblée générale d'une société anonyme en redressement judiciaire**

L'administrateur judiciaire a-t-il le pouvoir de convoquer l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes ?

P. 13

Assemblées générales des sociétés anonymes :**Le droit de vote dans les assemblées générales des sociétés anonymes : La comptabilisation des abstentions dans les assemblées générales d'actionnaires des sociétés anonymes**

L'abstention entre ou non en compte dans le calcul des majorités dans les assemblées générales ordinaires ?

P. 14

Assemblée générale de la SARL :**Conséquences de l'absence du rapport du commissaire aux comptes lors de l'assemblée d'approbation des comptes**

La communication du rapport du commissaire aux comptes lors de l'assemblée d'approbation des comptes dans les SARL

P. 15

Capital social :**Perte de la moitié du capital social : La procédure à suivre en cas de perte de la moitié du capital social**

Précisions relatives à la procédure de régularisation en cas de perte de la moitié du capital social

P. 15

Commissaire aux comptes :**Nomination d'un commissaire aux comptes : Acceptation de la mission du commissaire aux comptes**

Est-il obligatoire dans la rédaction d'un procès-verbal d'une assemblée générale ordinaire portant sur la nomination d'un commissaire aux comptes d'y faire signer ce dernier avec la mention "bon pour acceptation de mandat de commissaire aux comptes" ?

P. 16

Distribution des bénéfices sociaux :**Le point sur la mise en réserve des bénéfices sociaux**

Une mise systématique des bénéfices en réserves est-elle toujours possible ?

P. 16

Dividendes :**Quelles sont les règles de la distribution des dividendes ?**

Distribuer ou non des dividendes est de la compétence de l'assemblée générale ordinaire de la société. Pour que la décision prise soit régulière, un certain formalisme doit être

Gérant de SARL :**Cogérance et droit d'opposition**

respecté.

P. 17**SARL :****De la sanction pour défaut de nomination de commissaire aux comptes dans les SARL**

Quel est le risque en cas d'absence de nomination d'un commissaire aux comptes alors que les seuils ont été franchis ?

P. 19**Société anonyme : Organes de direction :****Le président du conseil d'administration et l'exercice des fonctions de directeur général adjoint**

En cas de dissociation des fonctions, le président du conseil d'administration peut-il cumuler sa fonction avec celle de directeur général adjoint ?

P. 20

PREMIERE PARTIE

Fiscalité de l'entreprise

Acomptes provisionnels :

De la détermination de l'assiette des acomptes provisionnels

Aux termes du paragraphe II de l'article 51 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés, les acomptes provisionnels sont perçus... au titre des revenus ou bénéfices de l'année précédente".

Au cas où l'impôt dû au titre de l'année considérée n'est pas liquidé sur la base des

revenus ou bénéfices réels mais sur la base du minimum d'impôt, les acomptes provisionnels sont acquittés dans les mêmes conditions sur la base de ce minimum d'impôt.

Avantages fiscaux :

Dégrèvements financiers au titre de la souscription au capital des entreprises : Conditions d'éligibilité

Les dégrèvements ou réinvestissements financiers consistent en la souscription au capital d'une autre société bénéficiaire de l'avantage fiscal (placement en titres de capital).

Conformément à la législation relative aux opérations de réinvestissement au capital des sociétés ouvrant droit aux avantages fiscaux, l'avantage est subordonné notamment à l'affectation des bénéfices ou revenus à l'opération d'investissement.

En conséquence, le dégrèvement financier ne peut pas concerner des investissements financés par crédit bancaire ou un crédit auprès

des particuliers.

En participant au financement des entreprises régies par le code d'incitations aux investissements à travers la souscription au capital initial ou à son augmentation, les personnes physiques ou morales bénéficient d'un dégrèvement fiscal des revenus ou bénéfices réinvestis.

Autrement dit, le dégrèvement financier est un abattement direct de la base d'imposition c'est à dire une exonération d'une partie de la base imposable.

Contrôle fiscal :

Le secret bancaire en droit fiscal : Levée du secret bancaire sous certaines conditions

L'article 17 du code des droits et procédures fiscaux prévoit que lorsque dans le cadre d'un droit de communication à l'égard du contribuable, l'administration ne reçoit pas de la part de ce dernier les copies de ses extraits de comptes ou les montants épargnés dans une entreprise d'assurances dans un délai de 10 jours à compter de la date de sa notification par écrit, la banque ou l'entreprise d'assurances sont, dans ce cas, tenues de faire parvenir à l'administration fiscale, qui les sollicite par écrit dans un délai ne dépassant pas 10 jours à compter de la date de la notification de la demande, des copies des extraits de compte et des montants épargnés.

La demande écrite est une garantie formelle

reconnue au contribuable afin d'assurer sa protection face à un arbitraire éventuel de l'administration fiscale.

La banque et l'entreprise d'assurances ne peuvent, selon le même article, délivrer les copies des extraits des comptes ou des montants épargnés que sur présentation de l'administration fiscale d'une ordonnance judiciaire en la matière émise dans un délai qui ne doit pas dépasser, dans tous les cas, 72 heures à partir de la date de la présentation de la demande par l'administration, et ce, après avoir vérifié que le contribuable fait l'objet d'une vérification approfondie, qu'il a fait l'objet d'une mise en demeure et que le délai fixé pour présenter les copies des extraits des comptes

ou des montants épargnés a expiré ou qu'il les a présenté d'une manière incomplète.

Néanmoins, la difficulté est de savoir comment identifier parmi les opérations de contrôle fiscal celles constitutives d'une vérification approfondie d'autant plus que le législateur n'a pas défini cette technique ?

Juridiquement les banques ne doivent répondre qu'à une demande écrite du fisc accompagnée d'une copie d'un avis de vérification déjà adressé au contribuable et ce, même si l'envoi de l'avis de vérification ne signifie pas

nécessairement que la vérification est entamée.

Dans le même sens, le juge de l'impôt a précisé que le délai de commencement effectif de la vérification ne constitue pas la date de la réception de l'avis de vérification mais la date de la transmission des documents comptables au vérificateur. La simple formalité de l'envoi d'un avis de vérification n'implique pas, ainsi, pour la banque une obligation de se plier à la demande de l'administration (Tribunal de première instance de Sfax, jugement n° 3 du 27 mars 2002. Inédit).

Fiscalité internationale :

Traitements fiscaux des contrats "clés en main"

Certains contrats complexes, tels que des contrats d'étude, de fourniture, d'installation ou de construction à l'étranger d'usines ou d'équipements ou d'établissements industriels, commerciaux ou scientifiques "clés en mains" ou d'ouvrages publics peuvent comporter des prestations diverses qui ne relèvent pas toutes du même régime fiscal.

Des ventilations parfois délicates doivent alors être effectuées pour soumettre chaque composante du contrat aux dispositions conventionnelles qui lui sont effectivement applicables. Ainsi, un contrat de fourniture d'un ensemble industriel "clés en mains" conclu entre une société tunisienne et une société étrangère peut comporter, par exemple :

- la livraison, par la société française, de matériels ou d'équipements, sans intervention d'un établissement stable à l'étranger ;
- la production d'études économiques ou techniques effectuées au siège de la société française ;
- des cessions d'éléments d'actifs incorporels (brevet, savoir-faire...) de la même société ;
- des prestations diverses (construction, montage...), effectuées par un établissement stable dont dispose l'entreprise française sur le territoire du client étranger.

La plus part des conventions fiscales de non

double imposition conclues par la Tunisie avec les pays étrangers sont muettes sur les contrats "clés en main".

Pour le régime fiscal spécifique aux contrats "clés en main", un échange de lettres des 29 mai et 24 juin entre la France et la Tunisie a concrétisé un accord aux termes duquel, un contrat "clés en main" conclu par une entreprise française avec un client tunisien et pouvant faire ressortir plusieurs composantes doit être sur le plan fiscal, ventilé de la façon suivante :

- les fournitures importées et les prestations fournies par le siège sont imposées exclusivement en France ;
- l'ensemble des prestations exécutées en Tunisie et constitutives d'un établissement stable ne sont imposables qu'en Tunisie. Bien entendu, elles n'ouvrent droit à aucun crédit en France ;
- les études réalisées en France, par des entreprises sous traitantes imposables en France, sont également imposables en Tunisie dans la limite de 15 % (cf. art. 19.2. c de la convention). La retenue à la source ainsi perçue constitue un crédit d'impôt imputable en France (article 29.1 b de la convention).

Impositions des dividendes distribués à une retenue à la source :

Fait générateur de la retenue à la source au titre des produits des actions parts sociales et revenus assimilés

Conformément à la législation fiscale en vigueur, la retenue à la source est due sur :

- Les distributions de bénéfices ou produits qui ne sont ni mis en réserves ni incorporés au

capital (Alinéa (a) du paragraphe II de l'article 29 du code de l'IRPP et de l'IS);

- Les revenus des parts des fonds communs de placements en valeurs mobilières et des parts des fonds d'amorçages.

La retenue à la source est due au titre des distributions effectuées au profit des :

- Personnes physiques résidentes ou non résidentes et non établies en Tunisie;
- Personnes morales non résidentes et non établies en Tunisie.

Les dividendes distribués à des personnes morales résidentes en Tunisie demeurent exonérés de l'IS et ce conformément aux dispositions du paragraphe III de l'article 48 du code de l'IRPP et de l'IS.

La retenue à la source doit être opérée lors du paiement. Ce dernier désigne le paiement effectif, la remise d'un titre de paiement ou la mise à disposition du montant tel le crédit d'un compte. Il en ressort que la retenue est due à la date de l'Assemblée Générale qui décide la

distribution des dividendes, ou la date de mise en paiement si cette date intervient ultérieurement.

Selon l'administration fiscale (note commune n° 3 de l'année 2015), il est entendu par paiement, le paiement en espèces ou la remise du bien ou toute autre opération en tenant lieu ayant pour objet de mettre les montants ou les biens à la disposition du bénéficiaire tels que le virement du montant à un compte bancaire, l'émission d'un chèque ou d'une lettre de change auxquels cas la retenue à la source est exigible à la date de l'émission, ou encore le paiement par compensation.

C'est ainsi que lorsque le paiement des dividendes est réalisé par une personne autre que la société distributrice tels que les intermédiaires agréés administrateurs, la retenue à la source au titre des dividendes est due par ces personnes.

Toutefois, la retenue à la source reste due par le débiteur effectif des dividendes lorsque les personnes chargées du paiement sont non résidentes et non établies en Tunisie.

Régime d'imposition des forfaiteurs :

Le régime d'imposition des BIC forfaiteurs en cas de cession d'un fonds de commerce

En cas de cession du fonds de commerce, l'imposition n'a pas lieu selon le tarif mais plutôt selon le barème de l'impôt sur le revenu sur la base du résultat net de l'exercice de la cession et ce comme suit :

1. Détermination de la plus-value de cession du fonds de commerce

a. Fonds de commerce acquis : Dans le cas où le fonds de commerce a fait l'objet d'une acquisition par l'exploitant, la plus-value de cession dudit fonds est égale à la différence entre, d'une part, le prix de cession déclaré ou celui révisé suite aux opérations de vérification fiscale selon les procédures applicables en matière des droits d'enregistrement et d'autre part, et le prix d'acquisition du fonds en question.

b. Fonds de commerce créé : Lorsque le fonds de commerce a été créé par le cédant, la plus-value de cession est égale à la totalité du prix de cession, aucune déduction n'est admise à quelque titre que ce soit.

2. Modalités d'imposition de la plus-value de

cession du fonds de commerce : Les modalités d'imposition de la plus-value de cession du fonds de commerce varient selon que la cession intervient avant ou après le dépôt de la déclaration de cessation de l'activité.

a. Cession du fonds de commerce avant le dépôt de la déclaration de cessation de l'activité : Dans ce cas, le résultat net imposable est constitué par la différence entre les recettes brutes réalisées au cours de l'année de la cession et les dépenses effectivement supportées au cours de la même année, majorée de la plus-value de cession du fonds de commerce.

L'impôt est dû sur la base du résultat net ainsi déterminé soit compte tenu de la plus-value de cession du fonds de commerce selon le barème de l'impôt sur le revenu prévu par l'article 44 du code de l'IR et de l'IS, et ce, après déduction des abattements au titre de la situation et charges de famille.

Aucune déduction au titre des avantages fiscaux n'est admise.

L'impôt sur le revenu sur la base du résultat net par application du barème tel que sus indiqué ne doit pas être inférieur à l'impôt forfaitaire exigible sur le chiffre d'affaires de l'année de la cession du fond de commerce.

b. Cession du fonds de commerce après le dépôt de la déclaration de cessation de l'activité : Dans ce cas, l'impôt au titre de la plus-value de cession du fonds est déterminé selon les cas suivants :

- Cession du fonds de commerce intervenant au cours de l'année du dépôt de la déclaration de cessation : Dans ce cas, la détermination de l'assiette imposable aura lieu suivant les mêmes

modalités exposées ci-dessus.

L'impôt forfaitaire acquitté sur la base de la déclaration de cessation est imputable sur l'impôt dû selon le barème de l'impôt sur les résultats nets de l'année de la cession majorée de la plus-value de la cession du fonds de commerce.

- Cession du fonds de commerce ultérieurement à l'année du dépôt de la déclaration de cessation : Dans ce cas, l'impôt est dû sur la base de la plus-value de cession du fonds de commerce selon le barème prévu par l'article 44 du code de l'IR et de l'IS.

Taxe sur la valeur ajoutée :

Régime de la TVA sur créances insolvables

La doctrine administrative interdit la reprise de la TVA payée sur une vente qui ne sera jamais encaissée en raison de l'insolvabilité du client.

Cette doctrine qui semble trop sévère fait peser sur l'entreprise une convention implicite de ducroire. Ainsi, d'un simple collecteur de TVA, l'assujetti se transforme en véritable redéuable réel qui supporte la TVA à la place de son client défaillant.

Cette doctrine administrative relative à la mise à

la charge définitive du collecteur de la TVA due sur les débits lorsque la créance s'avère insolvable est confirmée par une disposition expresse du code de l'IRPP et de l'IS. En effet, aux termes du point 4 de l'article 12 du code de l'IRPP et de l'IS, les charges d'exploitation comprennent : "les provisions pour créances douteuses, y compris les impôts indirects qu'elles ont subis, pour lesquels une action en justice est engagée... et ce, dans la limite de 50% du bénéfice imposable".

Marques de fabrique, de commerce et de services :

L'action en contrefaçon de marque : Recevabilité de l'action de contrefaçon de marque

La contrefaçon de marque est la reproduction ou l'imitation d'une marque, sans l'autorisation de son propriétaire. La détention, la vente ou l'importation de produits comportant une marque contrefaisante est un délit pénal. L'article 44 de la loi n° 2001-36 du 17 avril 2001 relative à la protection des marques de fabrique de commerce et de services stipule "toute atteinte portée aux droits du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageants la responsabilité civile et pénale de son auteur".

Pour que l'action en contrefaçon soit recevable, il est toutefois nécessaire que la marque ait fait l'objet d'un enregistrement à l'INNORPI. Une marque ne faisant l'objet d'une protection qu'en vertu de la validité de son dépôt, cet enregistrement est donc une condition de recevabilité de l'action en contrefaçon.

Selon l'article 45 de la même loi, les faits de

contrefaçon antérieurs à publication de la demande d'enregistrement ne sont pas en principe soumis à l'action en contrefaçon. Autrement dit, les faits postérieurs au dépôt de la demande d'un titre, mais antérieurs à la publication de la demande ne sont pas considérés comme ayant porté atteinte aux droits privatifs attachés au titre.

Toutefois, l'action en contrefaçon peut aussi être exécrée sur le fondement d'une demande d'enregistrement de marque si le déposant notifie au présumé contrefacteur une copie de la demande d'enregistrement. Toutefois le tribunal doit se saisir à statuer jusqu'à l'enregistrement de la marque, car seul les marques enregistrées sont protégées par l'action en contrefaçon. En effet seul l'enregistrement rend marque opposable aux tiers. Sans doute l'article 6, alinéa 2, de la loi précitée dispose que : l'enregistrement d'une marque produit ses effets

à compter de la date de dépôt pour une période de dix ans indéfiniment renouvelé. Cette disposition ne concerne que la date d'occupation

de la marque en vue de son appropriation et non son opposabilité aux tiers.

Obligations sociales de l'entreprise

Commission consultative d'entreprises :

Carence des salariés : Importance du PV de carence aux élections professionnelles

Conformément au décret n° 95-30 du 9 janvier 1995, relatif à la composition et au fonctionnement de la commission consultative d'entreprise et aux modalités d'élection et d'exercice des missions des délégués du personnel, et notamment son article 8, il appartient au chef d'entreprise d'organiser les élections des commissions consultatives d'entreprises.

A cet effet, le chef d'entreprise doit informer les travailleurs par voie d'affichage dans les lieux les plus fréquentés par ces derniers, de l'organisation des élections, et ce, 35 jours avant la date du scrutin. Le document affiché doit contenir notamment le nombre de siège pour chaque collège électoral, le déroulement du scrutin, la date et le lieu des élections et les conditions requises des candidats. Il doit inviter en même temps les travailleurs à présenter les candidatures.

Lorsque la commission consultative d'entreprise n'a pas été constituée dans le délai prévu pour n'importe quel motif indépendant de la volonté

du chef d'entreprise, celui-ci est tenu de saisir sans délai et par écrit l'inspection du travail territorialement compétente.

Si le défaut de constitution ou de renouvellement de la commission consultative d'entreprise est imputé à la partie ouvrière, l'inspection du travail intervient immédiatement pour surmonter les difficultés et dresse, au cas où celles-ci persistent, un procès verbal de carence. Deux exemplaires de ce procès verbal sont adressés à l'employeur qui affichera l'un d'eux dans l'entreprise dès sa réception. Un exemplaire du même procès verbal est également adressé à la centrale syndicale concernée.

Le procès-verbal de carence revêt une extrême importance. Il est le document incontournable prouvant que l'employeur remplit bien ses obligations en matière de représentation du personnel. Il atteste que l'employeur a tout mis en œuvre pour permettre la représentation du personnel conforme à l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement.

Cotisations sociales :

Remise gracieuse des pénalités de retard exigées au titre des régimes de sécurité sociale

En application des dispositions de l'article 107 de la loi n° 60-30 du 14 décembre 1960 susvisée, les personnes affiliées à la caisse nationale de sécurité sociale et qui lui sont débitrices des montants des pénalités de retard au titre des régimes de sécurité sociale, sont habilitées à introduire des demandes de remise gracieuse des pénalités à condition de s'acquitter de la totalité du principal de la dette et des frais de poursuite.

Les procédures et les modalités d'examen des demandes de remise gracieuse des pénalités étaient régies par le décret n° 96-342 du 6 mars 1996.

Dans le but d'améliorer les délais de traitement des demandes en question et d'introduire plus de transparence et de célérité, le décret

gouvernemental n° 2016-567 du 2 mai 2016 a fixé de nouvelles procédures et modalités d'examen des demandes de remise gracieuse des pénalités de retard exigées au titre des régimes de sécurité sociale.

C'est ainsi que le décret précité a institué auprès du ministère chargé de la sécurité sociale, une commission chargée d'examiner exclusivement les demandes de remise gracieuse des pénalités au titre des régimes de sécurité sociale et d'y statuer.

S'agissant des demandes de remise gracieuse des pénalités, elles doivent être déposées auprès du secrétariat de la commission ou auprès du bureau régional ou local de la caisse nationale de sécurité sociale territorialement compétent. Elles doivent être motivées et

appuyées des justificatifs nécessaires et comportant obligatoirement le numéro d'affiliation à la sécurité sociale et l'indication du lieu de résidence des personnes débitrices.

Le secrétariat de la commission doit procéder à la transmission des demandes déposées au bureau régional ou local de la caisse nationale de sécurité sociale territorialement compétent dans un délai n'excédant pas 10 jours de la date de dépôt.

Dès la réception des demandes déposées ou qui lui sont transmises par le secrétariat de la commission, le bureau régional ou local de la caisse nationale de sécurité sociale territorialement compétent, procède à la vérification de l'acquittement des personnes concernées de la totalité du principal de la dette et des frais de poursuite.

Le bureau de la caisse doit émettre son avis (par écrit) concernant des demandes de remise gracieuse des pénalités de retard déposées et doit les transmettre à la commission et ce dans un délai maximum de 30 jours de la date de dépôt de la demande en vue de l'examen desdites demandes et d'y statuer.

Les décisions de la commission concernant les demandes qui leur sont soumises doivent être motivées et sont prises et sur la base des

justificatifs à l'appui présentés comme suit :

- remise totale des pénalités de retard,
- remise partielle des pénalités de retard,
- rejet de la demande de remise des pénalités de retard.

Les décisions de la commission doivent être notifiées aux personnes débitrices dûment signées par le ministre chargé de la sécurité sociale ou son suppléant et ce dans un délai maximum de 30 jours de la date de la réunion de la commission.

Le décret précité accorde aux demandeurs la faculté de réviser les décisions de la commission de remise gracieuse de pénalités de retard et ce dans un délai de 30 jours de la date de la notification de sa décision sur la base d'une demande écrite déposée auprès du secrétariat de la commission et appuyée de nouveaux justificatifs qui n'ont pas été soumis auparavant à la commission.

A l'expiration du délai de 30 jours, les décisions de la commission sont réputées définitives.

La commission de remise gracieuse doit alors réexaminer les demandes de révision et y statue définitivement et les notifie aux personnes concernées.

Contrat de travail :

La prescription : Les délais de prescription en droit du travail

Aux termes de l'article 147 du code du travail, toutes les actions, de quelque nature quelles soient entre employeurs, salariés, organismes gérant les prestations sociales, découlant des relations de travail, se prescrivent par un délai d'un an.

L'article 147 définit ainsi le champ d'application de la prescription d'un an qui recouvre toutes les actions qui peuvent naître entre employeurs et salariés.

A partir de quand commence à courir cette prescription ? Autrement dit quel est le point de départ du délai d'un prévu par l'article 147 du code du travail ?

La réponse est donnée par l'article 148 du même code où il est stipulé que la prescription court à compter de la fin des relations de travail.

Le travailleur ayant quitté l'entreprise depuis plus

d'un an ne peut donc plus réclamer les droits nés de son ancien contrat de travail. En effet, l'action qu'il pourrait intenter pour faire valoir ces droits est prescrite. L'employeur doit également tenir compte de ce principe lorsqu'il souhaite réclamer quelque chose à son travailleur.

Toutefois, il est difficile de préciser quand les relations de travail prennent fin ? Est-ce à partir de jour où le salarié quitte le poste de travail sur ordre de l'employeur, ou à compter de la date où le licenciement lui a été signifiée par écrit ? La jurisprudence est unanime à considérer que le délai de prescription commence à courir à partir de la date où le salarié a pris connaissance de la rupture du contrat de travail que ce soit par décision du conseil de discipline de l'entreprise où il travaille, ou par décision unilatérale de son employeur. La preuve de licenciement peut d'ailleurs être faite par tous les moyens, s'il n'a pas été notifié par écrit à l'intéressé.

Emploi de la main-d'œuvre étrangère en Tunisie :

La rémunération des salariés étrangers en question

La règle de non discrimination à l'égard des salariés étrangers est prévue par la plupart d'instruments internationaux de droits de l'homme ratifiés par la Tunisie tels que la déclaration universelle des droits de l'homme, les deux pactes et la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Lorsqu'ils sont déclarés, les travailleurs étrangers relèvent, comme les nationaux, de la législation du travail, et devraient en principe bénéficier des mêmes droits que ces derniers.

Cependant, sur le plan interne, il n'existe qu'une disposition qui octroie un droit à l'égalité aux seuls travailleurs étrangers réguliers. L'article 263 du code du travail prévoit que : "Le travailleur étranger bénéficie des mêmes droits et est soumis aux mêmes obligations résultant des relations du travail et applicables au travailleur tunisien".

Néanmoins, la mise en œuvre de tel principe est difficile à plus d'un titre.

1. Justiciabilité difficile du principe d'égalité : En premier lieu, le salarié étranger victime d'une discrimination ne dispose d'aucune règle spécifique qui lui permet d'obtenir gain de cause en justice sans souffrir des représailles de son employeur. Le droit français, par exemple, permet aux organisations syndicales d'agir au lieu et place du salarié victime d'une discrimination et il déclare nul le licenciement d'un salarié suite à une action engagée par ce dernier sur la base des dispositions relatives aux discriminations.

2. Difficulté de preuve de la discrimination : En second lieu, la discrimination pose un problème relatif à la charge et à l'objet de la preuve. Tout d'abord, c'est à l'étranger de présenter la preuve de la discrimination qu'il a subie. En effet, en l'absence d'une disposition contraire, le principe demeure que la preuve de l'obligation incombe à celui qui s'en prévaut (Art. 420 du COC). Cette situation procédurale est très difficile pour une personne qui dispose à la fois de la qualité de salarié et celle d'étranger. De plus, la preuve d'une discrimination est difficile à réaliser car l'objet de la preuve est pratiquement insaisissable. En effet, les discriminations patronales se dissimulent souvent sous l'apparence d'actes de direction et il incombe au salarié de les établir et de démontrer leur caractère illicite. S'ajoute à cela la pénurie des moyens de preuve tels que l'aveu ou l'écrit ou les témoignages.

3. Défaut des sanctions du principe d'égalité : En dernier lieu, aucune sanction civile ou pénale spécifique n'a été réservée à la règle de l'article 263 du code du travail. Or, un principe dépourvu de sanction risque de voir son efficacité réduite à néant. Tout d'abord, aucune sanction civile spécifique n'a été prévue. En droit français, par exemple, cette sanction consiste dans l'annulation de l'acte ou de la disposition discriminatoire et au remplacement du salarié victime dans la situation dans laquelle il aurait été trouvé si l'acte discriminatoire n'a pas été pris. De même, le principe de non-discrimination ne tombe pas, en droit tunisien, sous le coup de la loi pénale. La sanction pénale présenterait plusieurs vertus pour le salarié étranger victime d'une discrimination.

Emploi des personnes souffrant d'un handicap :

Renforcement de la promotion de l'emploi des personnes handicapées sur le marché du travail

Le chapitre VII de la loi d'orientation n°2005-83 du 15 août 2005, relative à la promotion et la protection des personnes handicapées, réglemente l'emploi des handicapés comme suit :

Article 29 : Il est réservé un taux de 1% au moins des recrutements annuels dans la fonction publique, à attribuer par priorité aux candidats parmi les personnes handicapées qui remplissent les conditions requises et qui jouissent des aptitudes pour accomplir le travail

demandé.

Article 30 : Toute entreprise publique ou privée employant habituellement 100 travailleurs et plus, est tenue de réserver un taux de 1% au moins des postes de travail à des personnes handicapées.

La loi n° 2016-41 du 16 mai 2016 amendant la loi d'orientation n° 2005-83 du 15 août 2005, relative à la promotion et à la protection des

personnes handicapées, prévoit le doublement du taux de recrutement des personnes handicapées.

Ainsi l'article 29 nouveau de la loi précitée prévoit désormais que 2% des recrutements au minimum dans la fonction publique doivent bénéficier à des personnes souffrant d'un handicap, mais ayant tout de même "les qualifications requises pour faire le travail demandé".

Quant à l'article 30, il oblige chaque société - publique ou privée - employant entre 50 et 99 personnes, d'embaucher au moins une personne souffrant d'handicap.

Quant aux sociétés publiques ou privées employant plus de 100 personnes, la loi porte

désormais à 2% le quota des emplois pour personnes handicapées, soit le double par rapport à la version initiale de la loi d'orientation de 2005.

L'amendement de la loi d'orientation n° 2005-83 du 15 août 2005, relative à la promotion et la protection des personnes handicapées, s'inscrit dans la mise en application des dispositions de l'article 48 de la constitution, qui dispose que "L'État protège les personnes handicapées contre toute forme de discrimination. Tout citoyen handicapé a le droit de bénéficier, selon la nature de son handicap, de toutes les mesures qui lui garantissent une pleine intégration dans la société ; il incombe à l'Etat de prendre toutes les mesures nécessaires à cet effet".

Preuve en matière de droit du travail :

Les modes de preuve admis en droit du travail : Les enregistrements effectués à l'insu du salarié ou de l'employeur sont-ils valables en justice ?

Le code du travail ne comprend pratiquement pas de dispositions propres relatives à la preuve. La relation de travail, en ce qui concerne la problématique de la preuve, est donc régie par le code des obligations et des contrats et le code de procédure pénale.

Le code des obligations et des contrats, mis à part l'écrit, mentionne quatre autres modes de preuve : les présomptions, la preuve testimoniale, l'aveu de la partie et le serment.

Si la valeur probatoire de l'aveu ne fait pas débat, étant encadrée en matière civile par l'article 428 du code des obligations et des contrats et en matière pénale par l'article 152 du code de procédure pénale, les conditions dans lesquelles il est recueilli pour sa validité font davantage l'objet de débats ; particulièrement lorsque l'aveu est tiré d'un enregistrement sonore réalisé à l'insu de l'auteur des propos. Recevable ou irrecevable ? Jusqu'à ce jour et à notre connaissance, la jurisprudence tunisienne n'a pas eu l'occasion de répondre à cette question.

C'est pour cette raison que nous nous référons à la jurisprudence française, qui est - il faut le reconnaître - une source d'inspiration privilégiée pour la jurisprudence tunisienne et qui a retenu la qualification suivante :

1) En matière pénale : Dans un arrêt de la chambre criminelle du 27 janvier 2010, la cour de cassation française a retenu qu'"aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'échapper des moyens de preuve remis par un

particulier aux services d'enquête, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale et qu'il leur appartient seulement d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire".

2) En matière civile, le moyen de preuve reposant sur un enregistrement réalisé à l'insu d'une personne est ainsi, selon un arrêt de la deuxième chambre civile de la cour de cassation du 7 octobre 2004, "un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue".

Dans une décision du 7 janvier 2011, l'assemblée plénière de la cour de cassation, se prononçant en matière de contentieux commercial, rappelle que "l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve".

Dans un arrêt de principe du 20 novembre 1991, la chambre sociale de la cour de cassation française a retenu que "si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite".

Signalons que cette dernière décision de la cour de cassation française a été rendue au visa de l'article 9 du code civil français qui dispose que "chacun a droit au respect de sa vie privée", ce principe étant consacré par l'article 24 de la constitution tunisienne.

Vêtements de travail :

Les salariés bénéficiaires des vêtements de travail

Selon l'article 333 du code du travail, dans toutes les activités où les salariés sont soumis à la législation du travail, les employeurs doivent fournir à chaque membre de leur personnel permanent, le 1^e mai de chaque année, deux complets de travail, deux chemises, une paire de chaussures et un couvre-chef du modèle couramment admis dans la profession.

Selon l'article 533 du code des obligations et des

contrats, "Lorsque la loi s'exprime en termes généraux il faut l'entendre dans le même sens".

Il en résulte que tous les salariés, ouvriers ou personnel administratif ou cadre permanents bénéficient des dispositions de l'article 333 du code du travail.

DEUXIEME PARTIE

Administration et direction de la société anonyme :

Conseil d'administration : Procès-verbal du conseil d'administration : désaccord et réserves des administrateurs

Aucune disposition légale ne réglemente le contenu ou la forme de tenue des procès-verbaux et registre des délibérations du conseil d'administration de la société anonyme. Le procès-verbal du conseil d'administration de la société est adopté à la majorité prévue par l'article 199 du code des sociétés commerciales.

Que faire en cas de désaccord ?

Les textes ne prévoient pas de mode de règlement du désaccord qui opposerait des administrateurs sur le contenu du procès-verbal des délibérations du conseil.

Dès lors qu'une résolution a recueilli la majorité des votes, elle devient la décision du conseil d'administration, organe collégial.

Il peut être néanmoins intéressant, pour un administrateur, de faire acter au procès-verbal son désaccord ou ses réserves. Tel est notamment le cas lorsqu'il estime que la décision adoptée par le conseil d'administration n'est pas conforme aux dispositions du code des sociétés

commerciales ou des statuts.

En ce cas, l'administrateur concerné doit veiller à ce que son désaccord ou ses réserves soient expressément et fidèlement consignées dans le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration.

En effet, la responsabilité des administrateurs au sein du conseil d'administration étant solidaire, tous les administrateurs sont responsables par le seul fait qu'ils sont administrateurs. Un désaccord exprimé et motivé est donc le seul moyen pour un administrateur de s'exonérer de sa responsabilité dans l'hypothèse où la décision prise par le conseil entraînerait des conséquences dommageables et serait de nature à engager la responsabilité du conseil.

Enfin, l'administrateur qui est en désaccord avec les autres membres du conseil a également la possibilité de contester en justice le procès-verbal et éventuellement la décision prise par le conseil d'administration, et ce en faisant usage des moyens de droit commun.

Assemblée générale d'approbation des comptes :

Convocation de l'assemblée générale d'une société anonyme en redressement judiciaire

L'article 275 du code des sociétés commerciales impose à toute société anonyme l'établissement d'un bilan et d'un compte de résultats et de convoquer une assemblée générale d'actionnaires aux fins d'approbation des résultats de la société, dans les six mois de l'exercice venant à être clos.

Une société soumise à une procédure de redressement judiciaire se verra dessaisie partiellement et totalement et ne pourra conclure des actes de disposition étrangers à la gestion courante.

Toutefois son organe de gestion à savoir le

conseil d'administration ou encore le directoire dispose de certaines prérogatives et conserve théoriquement, la gestion interne de la société, celle-ci n'ayant aucun impacte patrimonial.

La question se pose pourtant de savoir si en pratique l'organe de gestion conserve réellement ce type de pouvoirs et s'il demeure compétent pour accomplir des actes de gestion internes telle la convocation de l'assemblée générale aussi bien durant la procédure de redressement, que de liquidation judiciaire.

Selon une première opinion, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, avec désignation d'un administrateur investi d'une mission de représentation partielle, le conseil d'administration ou le directoire demeurent compétents pour convoquer l'assemblée générale ordinaire.

L'ouverture de cette procédure ne mettant pas un terme aux fonctions du conseil d'administration et du directoire, ceux-ci conservent donc la faculté de convoquer l'assemblée générale ordinaire.

Qu'en est-il en cas de dessaisissement total, c'est-à-dire lorsque l'administrateur est chargé seul et entièrement de l'administration de l'entreprise ?

A priori l'organe de la procédure collective ne devrait pas avoir qualité pour agir et convoquer l'assemblée générale, car il s'agit là d'un acte de gestion interne de la structure sociétaire qui n'a aucune incidence patrimoniale. Le dessaisissement de la société en cas de redressement, ne devrait pas remettre en question l'organisation interne de la société.

En effet, la doctrine est quasi unanime pour affirmer que l'intervention d'un administrateur judiciaire ne justifiait pas que le conseil d'administration ou que le directoire doit être

destitué, même si ce dernier est chargé seul et entièrement de l'administration de l'entreprise.

Il est vrai que dans cette situation, tout comme en cas de liquidation judiciaire la personne morale est dessaisie. Pourtant ce dessaisissement devrait avoir un caractère exclusivement patrimonial et ne pas affecter le fonctionnement interne de la structure sociétaire.

Le conseil d'administration ou le directoire devrait conserver leurs pouvoirs de gestion interne et être habilités à convoquer l'assemblée générale hypothétiquement à la demande ou sur autorisation de l'administrateur ou du liquidateur.

Une large opinion doctrinale précise que si l'administrateur judiciaire est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incomptant au chef d'entreprise, il n'en devient pas pour autant dirigeant social : il n'a donc pas le pouvoir ni l'obligation de convoquer l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes.

Ainsi l'administrateur judiciaire ne doit pas se substituer aux organes de gestion. Ceux-ci sont maintenus et n'ont aucune raison d'être destitués du fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

Une seconde opinion doctrinale estime qu'en cas de représentation totale de la personne morale, il appartient à l'administrateur judiciaire de convoquer l'assemblée générale.

D'après cette opinion, l'administrateur judiciaire investi d'une mission d'administration de l'entreprise, il assure seul la représentation du débiteur, ce qui implique l'obligation de se conformer aux règles du droit des sociétés dont celles de convoquer l'assemblée générale des actionnaires aux fins d'approbation des comptes annuels dans les six mois de la clôture de l'exercice.

Assemblées générales des sociétés anonymes :

Le droit de vote dans les assemblées générales des sociétés anonymes : La comptabilisation des abstentions dans les assemblées générales d'actionnaires des sociétés anonymes

Le sens usuel du terme "abstention" concerne une personne ne participant en aucune façon à un scrutin auquel elle aurait pu prendre part.

Le sens retenu en droit des sociétés vise le cas où l'actionnaire d'une société anonyme participe (le cas échéant par un mandataire) à un scrutin et refuse d'y voter "pour" ou "contre" une

délibération, signifiant explicitement qu'il s'abstient.

La question qui se pose est de savoir si l'abstention entre ou non en compte dans le calcul des majorités dans les assemblées générales ordinaires.

Le code des sociétés commerciales ne comporte pas de disposition spécifique relative à la comptabilisation des abstentions.

1. Régime du vote à l'assemblée générale ordinaire : L'assemblée générale statue à la majorité des voix des actionnaires présents ou représentés (article 278, alinéa 5 du code des sociétés commerciales).

2. Règle applicable aux abstentions : Les

abstentions exprimées lors des assemblées générales des sociétés anonymes sont assimilées à des votes contre lorsque les actionnaires qui participent à cette réunion s'y abstiennent, dans la mesure où il y est statué à la majorité des voix des présents et représentés.

Assemblée générale de la SARL :

Conséquences de l'absence du rapport du commissaire aux comptes lors de l'assemblée d'approbation des comptes

L'article 275 du code des sociétés commerciales prévoit la nullité de la décision de l'assemblée générale de la société anonyme portant approbation des états financiers si elle n'est pas précédée par la présentation des rapports du ou des commissaires aux comptes.

Cette disposition est-elle valable pour les SARL ?

Aucune disposition du code des sociétés commerciales n'édicte expressément, à l'instar de l'article 275, la nullité de la décision d'approbation des comptes d'une assemblée générale d'une SARL à défaut de rapport du commissaire aux comptes.

Les causes de nullité en droit des sociétés étant strictement définies par la loi, la nullité des décisions prises par l'assemblée ne peut, par

conséquent, être prononcée en cas d'absence du rapport du commissaire aux comptes.

Toutefois, Le sixième alinéa de l'article 128 du code des sociétés commerciales habilité le juge statuant selon les procédures de la justice de référé à déclarer la nullité des délibérations prises en violation des dispositions qui y sont édictées, notamment, la communication du rapport du commissaire aux comptes aux cas où sa désignation est obligatoire.

La différence entre les deux nullités est que celle dans les SA est absolue alors que dans les SARL elle est relative.

Capital social :

Perte de la moitié du capital social : La procédure à suivre en cas de perte de la moitié du capital social

La perte de la moitié du capital social de la société signifie que le montant des capitaux propres d'une société est devenu inférieur à la moitié de son capital social.

Il ne s'agit donc pas forcément de la perte de l'exercice qui dépasse la moitié du capital social. Il peut s'agir des pertes cumulées.

La loi impose aux sociétés par anonymes dont les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social de mettre en œuvre une procédure spécifique destiné à la fois à prévenir l'aggravation des difficultés de la société et à informer ses créanciers.

Deux points importants de cette procédure

méritent d'être rappelés.

1. Objet de la résolution à soumettre aux actionnaires : Selon l'article 388 du code des sociétés commerciales, le conseil d'administration est tenu de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider la dissolution anticipée de la société. Cela s'explique aisément. Les actionnaires ayant déjà subi des pertes, on leur propose de mettre fin à la société d'une manière anticipée pour éviter qu'ils subissent des pertes plus importantes. La résolution à leur soumettre au vote doit porter sur la dissolution de la société et non sur la poursuite de l'activité sociale. Cette poursuite est atteinte indirectement quand une minorité de blocage votre contre la résolution proposée.

2. Délai de régularisation : L'assemblée générale extraordinaire doit elle être appelée à se prononcer le même jour sur la "continuité de l'exploitation" et sur l'assainissement financier de la situation de la société par réduction ou augmentation de son capital ?

Rappelons que l'alinéa 2 de l'article 388 du code des sociétés commerciales énonce que "l'assemblée générale qui n'a pas prononcé la dissolution de la société doit dans l'année qui suit la constatation des pertes, réduire le capital d'un montant au moins égal à celui des pertes ou procéder à l'augmentation du capital pour un montant égal au moins à celui de ces pertes".

Il en découle que l'assemblée générale extraordinaire ayant rejeté la dissolution anticipée de la société n'est pas tenue de

procéder immédiatement à l'assainissement financier de la société. Elle dispose d'un délai d'une année à compter de la constatation des pertes pour y procéder (La commission des études juridiques de la CNCC en France estime que la décision de dissolution de la société est importante et par conséquent les actionnaires doivent disposer d'un délai de réflexion après la constatation des pertes. Par conséquent, l'assemblée générale extraordinaire ne peut être tenue au plus tard que 15 jours après l'assemblée générale ordinaire ayant statué sur les comptes, Panorama d'actualités, J.C.P. éd. E., 1997, n°49, p. 1315).

Commissaire aux comptes :

Nomination d'un commissaire aux comptes : Acceptation de la mission du commissaire aux comptes

Bien qu'il exerce des fonctions de caractère "institutionnel", le commissaire aux comptes devra donc, une fois désigné, donner son acceptation à l'entité concernée.

Sur ce point, l'article 172 du code des sociétés commerciales dispose que "Le procès verbal de la séance (de l'assemblée) constate l'acceptation par les administrateurs et les commissaires aux comptes de leurs fonctions."

Il y a lieu de noter qu'il n'est pas prévu que l'acceptation des fonctions du commissaire aux comptes soit constatée de manière particulière.

Il devient dès lors obligatoire que le commissaire aux comptes, afin de permettre à l'assemblée de faire ce constat, soit il matérialise l'acceptation de son mandat en portant sur le procès-verbal la

mention "bon pour acceptation de mandat de CAC" soit il envoie à la société une lettre d'acceptation soit encore, comme c'est le cas en France, conclut une lettre de mission à cet effet.

Dans ce sens, l'article 16 du code des devoirs professionnels de l'OECT précise que "le ou les commissaires aux comptes doivent signifier l'acceptation de leur nomination :

- Soit en apposant cette acceptation sur le procès-verbal de l'Assemblée Générale qui les a nommés, suivi de la date et de la signature précédée de la mention "bon pour acceptation de la fonction de Commissaire aux Comptes".
- Soit au moyen d'une lettre d'acceptation."

Distribution des bénéfices sociaux :

Le point sur la mise en réserve des bénéfices sociaux

Il est fréquent que, dans les sociétés anonymes, l'actionnaire majoritaire utilise ses droits de vote pour empêcher la distribution de dividendes au profit d'un actionnaire minoritaire.

En principe, les décisions adoptées à la majorité requise s'imposent normalement à tous les associés. Ce principe connaît toutefois une exception : celle de l'abus du droit de vote et notamment l'abus de majorité. En particulier, la

question du caractère abusif d'une affectation systématique des bénéfices en réserve est régulièrement posée aux tribunaux français. 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 mise en réserve peut a priori être

considérée comme une mesure de bonne gestion. Des réserves importantes permettent en effet à la société d'assurer par autofinancement les investissements nécessaires à son développement ou de faire face à des dépenses exceptionnelles.

Mais, elles peuvent aussi avoir pour but de priver l'associé minoritaire des revenus de l'activité de la société et caractériser ainsi un abus de majorité.

Pour déterminer si la mise en réserve des bénéfices constitue un abus de majorité ou non, les juges vont :

- observer la fréquence et la durée de la mise en réserves des bénéfices ;
- 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.

En droit comparé et notamment en droit français,

si l'abus de majorité est retenu, il est généralement sanctionné par l'annulation de la décision litigieuse. Et l'annulation des décisions litigieuses a un effet rétroactif. Autrement dit, les juges peuvent ordonner la distribution des sommes qui ont été abusivement affectées en réserve par les associés majoritaires.

Outre l'annulation de la décision, les associés minoritaires peuvent intenter une action en responsabilité en vue d'obtenir des dommages et intérêts, cette fois de la part des associés majoritaires auteurs de l'abus.

Si cette délibération peut être annulée par le tribunal, celui-ci ne peut décider de se substituer à l'assemblée et ordonner la distribution de tous les bénéfices nets". La Cour de cassation a tranché : il n'appartient pas aux juges d'ordonner la distribution des bénéfices.

Le tribunal doit se limiter à suspendre la décision de l'assemblée et d'ordonner la convocation d'une nouvelle.

Dividendes :

Quelles sont les règles de la distribution des dividendes ?

La distribution des bénéfices entre les associés d'une société commerciale est strictement réglementée. Quelles sont les conditions à réunir pour qu'une société puisse distribuer une partie de ses bénéfices au profit des actionnaires ou associés ?

1. Attendre la clôture et l'approbation des comptes annuels

La distribution des bénéfices réalisés au cours d'un exercice ne peut avoir lieu tant que les comptes de cet exercice ne sont pas définitivement arrêtés et formellement approuvés par l'assemblée annuelle des associés ou l'associé unique, dans le respect des dispositions statutaires et légales.

2. Avoir fait fructifier le capital

Pour pouvoir rémunérer le capital, il faut déjà que la société ait dégagé un bénéfice distribuable. Cette notion s'apprécie en prenant en compte aussi l'historique des années antérieures. Telle société a peut-être fait un bénéfice cette année, tout en ayant des pertes cumulées dans le passé.

De même toute société devra d'abord constituer sa réserve légale (et d'éventuelles réserves statutaires) avant de pouvoir verser des dividendes à ses associés.

3. Décision de l'assemblée générale sur les dividendes

L'assemblée ordinaire annuelle des sociétés doit être réunie dans les six mois de la clôture de l'exercice, et c'est donc en mai ou en juin que se réunissent le plus souvent les associés ou les actionnaires. C'est à ce moment-là aussi qu'est prise la décision de distribuer ou non des dividendes.

Les modalités sont pratiquement identiques dans les différents types de sociétés commerciales. Dans les SA, par exemple, c'est l'assemblée générale des actionnaires approuvant les comptes annuels qui fixe la distribution lors de l'affectation du résultat.

L'assemblée vote en effet sur la proposition d'affectation du résultat présentée par le conseil d'administration ou le directoire ; mais elle peut, par un vote spécial, modifier le texte proposé et

procéder à d'autres imputations ou distributions. L'assemblée générale peut aussi décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. Dans ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont

effectués. Le prélèvement sur les réserves doit être subsidiaire, les dividendes devant être prélèvés en priorité sur les bénéfices.

Gérant de SARL :

Cogérance et droit d'opposition

L'opposition du cogérant peut être définie comme la procédure par laquelle chaque gérant peut contester l'opération projetée par son cogérant lorsqu'il juge que ladite opération est contraire à l'intérêt de la société, à la loi ou aux statuts.

Le code des sociétés commerciales réglemente l'opposition du gérant de la S.A.R.L dans son article 114 qui dispose que : " Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par tous les actes accomplis par le gérant et relevant de l'objet social.

Les dispositions ci-dessus indiquées s'appliquent, en cas de pluralité de gérants, aux actes accomplis par chacun deux. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en aient eu connaissance".

Ce texte est une reproduction de la solution de l'article L 223-18 du code de commerce français : "En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus au présent article. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance.".

L'opposition du cogérant mérite d'être envisagée en premier lieu sous l'angle de sa validité interne entre les gérants d'une part et la société d'autre part. L'opposition mérite aussi d'être envisagée du point de vue du tiers traitant avec la société.

I- La validité de l'opposition entre gérants et à l'égard de la société

Le législateur n'a prévu aucun mode formaliste pour l'expression de cette opposition en ce sens qu'il n'y a pas de forme particulière exigée pour la validité de l'opposition qui doit uniquement refléter sans équivoque la volonté du gérant opposant.

L'absence d'un mode formaliste particulier pour cette procédure implique, que l'opposition obéit

aux seuls impératifs de la preuve. Elle peut être prouvée par tous moyens, notamment un exploit d'huissier, une lettre recommandée, voire une déclaration devant témoin.

Toutefois, les statuts de la société peuvent prévoir un mode particulier pour exprimer l'opposition de l'un des gérants qui doit dans ce cas, respecter les dispositions statutaires pour que son opposition puisse avoir un effet.

En outre, Le législateur ne semble pas donner une valeur à la motivation de l'opposition. Il n'est nullement exigé que l'opposition doive être motivée. Il suffit donc à un gérant de faire connaître son opposition de façon certaine pour que l'acte soit remis en cause.

Le législateur ne donne aucun effet à la motivation de l'opposition qui pourrait découler d'une cause légale comme le dépassement de pouvoirs ou d'une simple appréciation de l'opportunité de l'acte de la part du gérant opposant.

Par conséquent, L'opposition produit ces effets quelque soit sa motivation et même si dans certains cas elle peut s'avérer intempestive ou de mauvaise foi sous réserve du fait que le gérant qui s'oppose peut être tenu responsable à l'égard de la société et aussi du tiers pour l'annulation d'une opération sans motif légitime.

II- La validité de l'opposition à l'égard des tiers

L'opposition est en principe sans effet à l'égard des tiers en ce sens que ce dernier continue à traiter avec l'un des gérants tout en sachant que l'acte projeté engage la société. Le tiers n'est pas censé connaître l'existence de l'opposition ou même l'existence d'un cogérant ayant des pouvoirs similaires à celui avec lequel il traite.

Méconnaître ce principe reviendrait à obliger le tiers d'exiger l'assentiment de tous les cogérants pour chaque acte alors que le législateur a entendu éviter cet assentiment depuis le début en instaurant la plénitude de pouvoir pour

chaque gérant.

Toutefois, lorsqu'il est établi que les tiers ont eu connaissance de l'opposition, celle-ci produit ses effets à leur encontre. La simple connaissance par le tiers de l'existence d'une opposition entraîne l'inopposabilité de l'acte projetée à l'égard de la personne morale. Si le tiers contractant continue à traiter avec le cogérant, malgré sa connaissance de l'opposition, il risque de voir l'opération effectuée méconnue par la personne morale. Le tiers dans ce cas doit s'abstenir de traiter, jusqu'à ce que l'opposition soit levée d'une façon certaine.

La connaissance par le tiers de l'existence d'une opposition peut être prouvée par tous moyens et aucune forme particulière n'est exigée pour établir cette preuve.

La question de la preuve revêt, cependant, une importance particulière du point de vue de la portée de l'opposition vis-à-vis des tiers et de la société. Le gérant qui s'oppose a donc, tout intérêt à faire part sans équivoque au tiers de son opposition en la lui notifiant par exemple par lettre recommandée avec accusé de réception ou par exploit d'huissier....

Pour produire ses effets, l'opposition doit intervenir avant la conclusion de l'acte entre la société et le tiers. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un contrat de vente, le cogérant doit s'opposer avant la conclusion de l'acte de vente pour que

son opposition produise ses effets et que la société ne soit pas engagée par l'opération projetée.

En effet, l'opposition n'a plus de sens si elle est notifiée après la conclusion de l'acte puisque le tiers n'avait pas eu connaissance de l'opposition au moment où il a finalisé l'opération.

Le nécessaire accomplissement de l'opposition avant la conclusion de l'acte est une exigence logique qui découle de la nécessaire connaissance par le tiers de cette opposition. La nature même de l'institution de l'opposition exige qu'elle soit faite avant la conclusion de l'acte contestée.

En droit français, les modalités d'exercice de la gérance sont prévues par l'article 1848, alinéa 2 du code civil, qui précise qu': "ils exercent séparément ces pouvoirs sauf le droit qui appartient à chacun de s'opposer à une opération avant qu'elle ne soit conclue."

Ce droit d'opposition doit, pour être efficace, être exercé avant la conclusion de l'opération estimée critiquable.

Ainsi, l'opposition d'un cogérant à l'exercice d'une action en justice par un autre cogérant ne produit effet que si elle est antérieure à la délivrance de l'assignation introductory d'instance (Cass. 1er civ., 23 juin 1992 : Juris-Dat n° 1992-002673).

SARL :

De la sanction pour défaut de nomination de commissaire aux comptes dans les SARL

L'article 13 du code des sociétés commerciales prévoit l'obligation de désigner un ou plusieurs commissaires aux comptes pour toutes les sociétés par actions ainsi que pour les SARL si elles remplissent deux des Limites chiffrées relatives au total du bilan, au total des produits et au nombre Moyen des employés.

Le décret n° 2006-1546 du 6 juin 2006, portant application des dispositions des articles 13, 13 bis, 13 ter, 13 quater et 256 bis du code des sociétés commerciales, a fixé ces limites chiffrées à :

- 100.000 dinars pour le total du bilan;
- 300.000 dinars pour le total des produits;
- 10 pour le nombre d'employés.

Lorsque les seuils prévus ont été franchis, la société doit procéder à la nomination d'un commissaire aux comptes titulaire et d'un

commissaire aux comptes suppléant.

Cette disposition n'est pas respectée par l'ensemble des dirigeants de SARL pour diverses raisons :

- Coût à supporter par l'entreprise (Voir modalités de rémunération du commissaire aux comptes) ;
- Méconnaissance des textes légaux en vigueur ;
- Négligence, etc.

Plusieurs conséquences juridiques et pénales sont encourues, d'où l'absolue nécessité de procéder à cette nomination dès le franchissement des seuils.

1. Risques juridiques : La première des conséquences est la nullité des délibérations prises en assemblées générales. En effet, les résolutions prises au cours des assemblées

générales ayant approuvé les comptes des exercices concernés sont nulles faute de rapport préalable de commissariat aux comptes (cf. art. 128 du CSC qui prévoit la possibilité de demander l'annulation des délibérations prises en violation de ses dispositions dont le défaut de communication du rapport du commissaire aux comptes). Cela veut dire qu'en cas d'invocation par l'un des associés ou un autre tiers de ces résolutions pour prouver un droit donné, celles-ci ne sont pas valables. Le tiers concerné se retournera alors contre vous et pourra ainsi actionner votre responsabilité civile pour demander réparation des dommages qu'il a subis à raison de cette nullité.

Cela peut être ainsi lourd de conséquences pour la société. Ainsi, il peut être pris le cas de distributions de dividendes qui seraient alors considérés comme fictifs (risque de redressement), de décisions d'augmentation ou

de réduction de capital qui seraient nulles, etc.

Un risque entier et certain pèse ainsi sur l'ensemble des délibérations prises. C'est donc la pérennité de la société qui peut être engagée dans certains cas.

2. Sanctions : S'agissant du défaut (volontaire ou non) de nomination d'un commissaire aux comptes dans une SARL, nous nous devons de rappeler qu'il s'agit d'un délit sanctionné par la loi.

Des sanctions sont prévues à l'égard des gérants n'ayant pas fait voter la nomination d'un commissaire aux comptes.

L'article 147 du code des sociétés commerciales prévoit une peine d'amende de 500 à 5.000 dinars à l'encontre du gérant de la SARL.

Société anonyme :

Organes de direction : Le président du conseil d'administration et l'exercice des fonctions de directeur général adjoint

En cas de dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et celles de directeur général de la société anonyme, une question se pose qui est de savoir si le président du conseil d'administration peut cumuler sa fonction avec celle de directeur général adjoint.

Le code des sociétés commerciales n'interdit pas explicitement un tel cumul. Cependant, sa légalité paraît douteuse.

En premier lieu, ce cumul est contraire à l'esprit de la loi. En effet, la dissociation des fonctions vise à séparer les "contrôleurs", réunis au sein du conseil d'administration, et les gestionnaires, qui sont membres de la direction générale. Or, en nommant un président du conseil d'administration comme directeur général adjoint, une société contreviendrait à cet objectif. En effet, le président du conseil d'administration, qui représente ce dernier et qui est chargé de surveiller au quotidien la gestion, serait également un gestionnaire. Le contrôle voulu par la loi serait affaibli. L'interprétation téléologique de celle-ci incite donc à exclure cette possibilité de cumul.

En second lieu, la nomination du président du conseil d'administration comme directeur général adjoint contreviendrait aux principes d'organisation hiérarchique et de spécialisation des organes de la société anonyme.

En effet, il est douteux que le directeur général

puisse exercer son autorité hiérarchique sur le président du conseil d'administration qui est en même temps son directeur général adjoint, puisque celui-ci sera en même temps le représentant de l'organe qui l'a nommé, à qui il doit rendre des comptes, et qui peut le révoquer à tout moment. La nomination d'un président du conseil d'administration comme directeur général adjoint reviendrait en pratique à confier à ce dernier le pouvoir de direction qui appartient selon la loi au seul directeur général. Ensuite et surtout, en permettant au président du conseil d'administration d'exercer des fonctions de direction générale, une société porterait également atteinte à la spécialisation des organes voulue par la loi. En effet, le président du conseil d'administration cesserait d'être spécialisé dans le contrôle des gestionnaires, mission que lui impose la loi en tant que représentant du conseil d'administration, pour exercer lui-même la gestion. Or, si une société souhaite que le président du conseil d'administration exerce des fonctions de direction générale, elle peut le faire. Il lui suffit de choisir la formule traditionnelle avec cumul des fonctions de président et de directeur général. Mais si au contraire elle choisit la dissociation des fonctions, elle doit respecter la spécialisation des organes qui résulte de cette formule. Confier au président du conseil d'administration un poste de directeur général adjoint revient à la dénaturer et pourrait donc conduire à estimer que ce cumul n'est pas possible.