Le Manuel Permanent du Droit des Affaires tunisien

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 152 Décembre 2007

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Chèque :

Chèques portant mention "en règlement final" — L'encaissement d'un chèque portant l'expression "en règlement final" libère-il le débiteur de toute obligation envers son créancier ? **P. 4**

Facture - Facturation :

La facture pro-forma — Quelle est la différence entre une facture commerciale et une facture pro-forma ? **P. 4**

Fiscalité de l'entreprise

Fiscalité des hydrocarbures :

La restitution de la redevance des prestations douanières — La redevance des prestations douanières, prévue par l'article 100-f du code des hydrocarbures, est-elle restituable ? **P. 5**

TCL- Taxe sur les immeubles bâtis (TIB) :

Sociétés civiles immobilières : Imposition à la TCL ou à la TIB ? — Critère d'imprositon des sociétés civiles immobilières à la TCL ou à la TIB. **P. 5**

Bénéfices industriels et commerciaux (B.I.C.)

I. Bénéfices réalisés à l'exportation dans le cadre du droit commun : Définition des exportations indirectes ouvrant droit à l'abattement sur les bénéfices — Les bénéfices provenant des opérations d'exportation indirectes ne sont déductibles de l'assiette soumise à l'IR ou à l'IS que dans le cas ou ils découlent de ventes de biens ou de prestations de services qui sont nécessaires aux

FEUILLES RAPIDES de Mise à jour du Manuel du Droit des Affaires réalisées par le **Cabinet Salah AMAMOU**
14, Avenue Salah Ben Youssef 1013 Menzah 9 Tunis, Tél. 71 872.738, 71 874.523, 71 871 602. Fax. 71 874.945.

opérations d'exportation. **P. 6**

II. Opérations d'exportation donnant lieu à déduction : Modalités de détermination des bénéfices ou revenus provenant de l'exportation

Le bénéfice provenant des opérations d'exportation peut être déterminé sur la base d'une comptabilité analytique. **P. 6**

Rebuts :

Traitement comptable et fiscal des rebuts

Quelle est la procédure comptable et fiscale (les formalités à entreprendre) pour la mise en rebut d'un stock défectueux ? **P. 7**

Recouvrement des impôts, droits et taxes :

La saisie-arrêt "fiscale" : Effet de la saisie-arrêt "fiscale" à l'égard du tiers-saisi

Les obligations et la responsabilité du tiers-saisi lors d'une saisie-arrêt "fiscale" sont plus graves que dans le cadre d'une saisie-arrêt de droit commun. **P. 7**

Mandat commercial :

Pluralités de mandataires : Pouvoirs conjoints ou concurrents ?

Il convient de distinguer selon que les mandataires sont désignés par le même acte ou par actes distincts. **P. 8**

Obligations sociales de l'entreprise

Période d'essai :

Preuve de la période d'essai : La période d'essai ne se présume pas.

Une période d'essai prévue par la convention collective est-elle de plein droit applicable au salarié même si elle n'est pas rappelée dans le contrat ? **P. 9**

Contrat de travail :

I/ La clause de non concurrence

Quelle est la situation juridique de l'employeur et du salarié face à une clause de non concurrence ? **P. 10**

II/ Contrat de travail à durée déterminée (CDD) : Précisions sur les cas de recours à un contrat de travail à durée déterminée

Le recours à un contrat à durée déterminée (CDD) ne peut être qu'exceptionnel. Ceci explique pourquoi les hypothèses où un employeur peut embaucher en CDD sont limitativement énumérées par le législateur **P. 11**

Maladie et accident non professionnel du salarié :

La contre-visite patronale

L'employeur est libre d'organiser les moyens de contrôle pour vérifier l'état de santé du salarié. **P. 12**

Accident de travail :

Accidents de trajet : Indemnisation des accidents de trajet : Conditions à remplir

Sous quelles conditions les accidents de trajet peuvent être indemnisés ? **P. 12**

Ventes commerciales :

Les obligations de garantie du vendeur

Un vendeur d'un bien, meuble ou immeuble, doit-il fournir une garantie à l'acheteur ? **P. 13**

DEUXIEME PARTIE

Action - Actionnaire :

Le rachat par les sociétés de leurs propres actions : Cas du rachat par une société admise à la cote de la bourse de ses propres titres : Les conditions financières de l'achat par une société de ses propres actions

Quels sont les moyens licites de financement de l'opération ? **P. 14**

Administration et direction de la société anonyme : Statut des administrateurs

I. Cessation des fonctions : La démission de l'administrateur d'une société anonyme

La démission est un acte grave. Lors de sa démission, l'administrateur de la société anonyme doit observer certaines précautions. **P. 15**

II. Personne morale administrateur : Le représentant permanent dans la société anonyme

Questions pratiques liées à la désignation d'un représentant permanent dans une société anonyme. **P. 16**

Commissaires aux comptes :

Prérogatives du commissaire aux comptes : Délit d'obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires aux comptes

Le délit d'obstacle ou d'entrave à la mission du commissaire aux comptes exige-il la mauvaise foi du dirigeant ? **P. 17**

Gérant de SARL :

Cumul des fonctions de gérant et d'emploi salarié

Le cumul entre les fonctions de gérant d'une société à responsabilité limitée et celles de salarié de la société est souvent difficile à prouver. **P. 18**

Information des actionnaires et du public :

Communication et publication des états financiers intermédiaires

Une réunion du conseil d'administration validant les états financiers intermédiaires est-elle juridiquement nécessaire ? **P. 19**

PREMIERE PARTIE

Chèque :

Chèques portant mention "en règlement final"

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

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

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

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

En principe, si un chèque portant les mots "en règlement final" est remis au créancier et que celui-ci encaisse le chèque sans avis ni protestation préalable, sa réclamation subséquente est irrecevable. En d'autres mots, si le créancier endosse ce chèque et l'encaisse sans réserve, on peut considérer que le débiteur est déchargé de toute obligation envers son créancier.

L'attitude du créancier constitue une présomption de paiement final en faveur du souscripteur, et d'acquiescement à sa condition, mais il s'agit d'une présomption de fait.

En conséquence, cette présomption de paiement final peut être combattue par une preuve contraire, même par une preuve testimoniale.

Les circonstances de chaque espèce doivent déterminer la solution du litige. Le reçu constitué par le chèque reste donc sujet à vérification par une preuve légale ; et si la preuve démontre que le chèque a été encaissé par erreur, le créancier ne sera pas lié par la mention. Les dispositions relatives au chèque ne sont d'aucune utilité pour solutionner ce problème, car il s'agit d'une simple question de droit civil, qui doit être résolue suivant les règles de la formation des contrats par le consentement des parties, et de l'extinction des obligations. Les règles de droit en pareille matière sont simples : qu'on l'appelle transaction ou remise, il s'agit pour le créancier d'une renonciation à partie de sa créance ; le débiteur qui invoque pareil abandon d'un droit est tenu, évidemment, d'en fournir la preuve certaine ; cette preuve certaine peut résulter d'une présomption, même de fait.

Facture - Facturation :

La facture pro-forma

La facture est le document établi par le vendeur reflétant exactement, d'un point de vue essentiellement comptable et fiscal, les conditions des opérations d'achat/vente réalisées entre les parties.

La facture commerciale est à distinguer d'autres types de factures, avec lesquels elle ne se confond pas. Ainsi, la facture n'est pas une facture pro-forma.

La facture pro-forma constitue le plus souvent une confirmation de commande éditée par le pollicitant, cette facture ressemble beaucoup à un devis : elle précise la chose ou le service objet de la transaction, le prix et sa durée de validité, quelquefois les conditions générales (d'exécution et/ou de livraison) comme les délais d'exécution des obligations contractuelles respectives.

La facture pro-forma n'a pas de valeur contractuelle. Elle est établie pour préparer une transaction et, bien que laconique, permet à

l'acheteur d'entamer diverses démarches d'assurances, bancaires ou administratives. Elle permet au fournisseur, par exemple, d'obtenir un crédit de sa banque.

Fiscalité de l'entreprise

Fiscalité des hydrocarbures :

La restitution de la redevance des prestations douanières

Le titulaire ou le co-titulaire des titres miniers est soumis, entre autres, à la redevance des prestations douanières due à l'importation et à l'exportation.

Sous le régime du décret-loi n° 85-9 du 14 septembre 1985, la redevance des prestations douanière constitue une charge déductible de l'impôt sur le bénéfice. Toutefois, certaines conventions particulières traitent la redevance des prestations douanières (RDP) comme étant une avance à valoir sur l'impôt sur le bénéfice.

Le code des hydrocarbures, promulgué par la loi n° 93-99 du 17 août 1999, a reconduit les mêmes principes, en instituant la redevance des prestations douanières, due à l'exportation, comme une avance à valoir sur l'impôt sur les bénéfices dû au titre de l'exercice de son payement effectif.

Dans ces conditions, la question se pose de savoir si la redevance des prestations douanières peut faire l'objet d'une restitution au même titre que toute autre avance.

Conformément aux dispositions de l'article 54 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés, les excédents d'IR ou d'IS provenant notamment de la retenue à la source, des acomptes provisionnels et toute autre forme d'avance peuvent faire l'objet de report sur les avances ou les impôts dus ultérieurement comme ils peuvent faire l'objet de restitution.

Il en résulte qu'en l'absence de dispositions expresses contraires dans le code des hydrocarbures, ce principe s'applique également à la redevance de prestations douanières applicable aux entreprises opérant dans le secteur de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures.

TCL- Taxe sur les immeubles bâtis (TIB) :

Sociétés civiles immobilières : Imposition à la TCL ou à la TIB ?

Selon les dispositions de l'article 1er du code de la fiscalité locale, les sociétés civiles immobilières ne sont affranchies de la taxe sur les immeubles bâtis que si elles sont soumises à la TCL.

Selon l'article 35 du même code, les sociétés civiles immobilières ne sont soumises à la TCL que si elles sont assujetties à l'impôt sur les sociétés.

De son côté, l'article 45 du code de l'IRPP et de l'IS, stipule que les sociétés civiles immobilières ne sont assujetties à l'impôt sur les sociétés que si elles "présentent les caractéristiques de sociétés de capitaux".

Enfin, selon l'administration fiscale (Décision n° 163 du 25 mai 1974 de la Commission spéciale de taxation) les sociétés civiles immobilières présentent les caractéristiques de sociétés de capitaux lorsqu'elles effectuent des actes d'achat pour vente ou pour location.

Il s'ensuit que dans le cas contraire (société dont l'objet est la gestion et la location de son propre patrimoine), la société civile n'est pas soumise à son nom à l'impôt sur les sociétés mais à l'impôt sur le revenu au nom de ses associés personnes physiques et à l'impôt sur les sociétés au nom de ses associés personnes morales (cf. art. 4 du code de l'IRPP et de l'IS) et se trouve ainsi affranchie de la TCL et, a contrario, soumise à la taxe sur les immeubles bâtis.

Bénéfices industriels et commerciaux (B.I.C.)

I. Bénéfices réalisés à l'exportation dans le cadre du droit commun : Définition des exportations indirectes ouvrant droit à l'abattement sur les bénéfices

Les articles 26 et 27 de la loi de finances pour l'année 2000 ont étendu le bénéfice de la déduction des revenus et bénéfices aux opérations d'exportation indirectes.

Il agit des prestations de services et des ventes de marchandises produites localement aux entreprises totalement exportatrices, aux entreprises établies dans les zones franches économiques, aux sociétés de commerce international et aux organismes financiers et bancaires travaillant essentiellement avec les non résidents.

Toutefois, les revenus et bénéfices provenant des opérations d'exportation indirectes ne sont déductibles de l'assiette soumise à l'IR ou à l'IS que dans le cas ou ils découlent de ventes de biens ou de prestations de services qui sont nécessaires à l'activité des entreprises susvisées.

Selon l'administration fiscale, le terme "nécessaire à l'activité " inclut exclusivement les ventes de biens et les prestations de services liées à l'activité desdites entreprises et qui concourent directement à la réalisation des opérations d'exportation.

C'est ainsi que dans une prise de position (1757) du 20 décembre 2006, l'administration fiscale a retenu que la sous-traitance de main-d'œuvre au profit d'une société totalement exportatrice n'est considérée comme une opération d'exportation que dans la mesure où ladite main-d'œuvre participe directement aux opérations d'exportation.

L'administration fiscale a ainsi exclu du bénéfice de l'export la location de main-d'œuvre ne participant pas directement à l'opération d'exportation tels que les agents de nettoyage et de gardiennage.

De même, dans une autre prise de position (1300) du 14 septembre 2006, l'administration fiscale a précisé que les services de restauration au profit des employés d'une société totalement exportatrice ne sont pas considérés comme des opérations d'exportation.

Par contre, l'administration fiscale a retenu que sont notamment considérées comme biens et services susceptibles de concourir à la réalisation d'opérations d'exportation, notamment les ventes de produits qui entrent dans la composition finale du produit exporté tels que les matières premières, les produits semi-finis ainsi que les acquisitions par les entreprises totalement exportatrices des biens liés à l'exploitation (équipements, matériel) ainsi que les prestations de services liés à l'exploitation des entreprises totalement exportatrices dont notamment, les opérations de sous-traitance, de maintenance, non couvertes par le code d'incitations aux investissements ou celles couvertes par ledit code et qui n'ont pas bénéficié des avantages qui y sont prévus.

II. Opérations d'exportation donnant lieu à déduction : Modalités de détermination des bénéfices ou revenus provenant de l'exportation

Selon l'administration fiscale, le montant des bénéfices et revenus provenant de l'exportation et donnant lieu à la déduction est déterminé selon le prorata du chiffre d'affaires réalisé à l'exportation par rapport au chiffre d'affaires global hors taxe réalisé au titre de l'exercice concerné par la déduction.

Toutefois, et dans la mesure où l'entreprise justifie de la tenue d'une comptabilité régulière et probante permettant d'identifier avec précision le bénéfice provenant des opérations d'exportation, elle peut se prévaloir de cette comptabilité pour la détermination du bénéfice à l'exportation.

Dans ce cadre, l'entreprise effectuant des opérations d'exportations peut valablement tenir une comptabilité distincte des opérations de l'export au sein de la comptabilité générale, et par la suite elle peut déterminer le résultat à

l'export à part et le résultat local à part pour pouvoir bénéficier de la déduction des bénéfices réalisés à l'exportation.

Rebuts :

Traitement comptable et fiscal des rebuts

Les rebuts font partie des produits résiduels, il s'agit des résidus et sous-produits de toute nature provenant de la fabrication de l'entreprise, produits ouvrés ou semi-ouvrés impropres à une utilisation ou à un écoulement normal ou en dessous des normes de qualité requises.

Lorsqu'une entreprise envisage de mettre en rebut un stock défectueux, doit-elle suivre des formalités particulières d'ordre comptable ou fiscal ?

Tant au plan fiscal que comptable, il n'existe pas une procédure légale à suivre en cas de mise en rebut d'un stock défectueux. Reste, toutefois, que toute écriture enregistrée en comptabilité doit être nécessairement justifiée tant au niveau comptable pour la fiabilité des comptes de l'entreprise (cf. norme comptable générale deuxième partie, §§ 51 et suivants) qu'au niveau fiscal pour bénéficier, s'il s'agit d'une charge, de sa déductibilité du résultat fiscal.

En ce qui concerne les biens mis au rebut, la pièce justificative préconisée par l'administration fiscale, et qui pourra être valablement retenue en matière comptable, est le constat par un huissier de justice de la mise au rebut de ces biens ou de leur destruction (note commune n°20 du 5 mars 1968).

Recouvrement des impôts, droits et taxes :

La saisie-arrêt "fiscale" : Effet de la saisie-arrêt "fiscale" à l'égard du tiers-saisi

Lorsqu'un contribuable est débiteur d'impôt, le comptable public peut effectuer une saisie-arrêt entre les mains de ceux qui doivent de l'argent à ce contribuable.

Cette saisie-arrêt fiscale se distingue de la saisie-arrêt de droit commun du code de procédure civile et commerciale car cette dernière intervient par exploit d'huissier après autorisation du juge des saisies, ou sur la base d'un titre privé (reconnaissance de dette).

La saisie-arrêt fiscale est effectuée, selon l'article 31 du code de la comptabilité publique, par simple lettre recommandée adressée par le comptable publique poursuivant au tiers débiteur du contribuable.

Mais il existe une autre différence. Alors qu'en droit commun, le tiers saisi est assigné à faire une déclaration devant le tribunal chargé de contrôler la procédure de la saisie-arrêt, selon l'article 31 du code de la comptabilité publique, le tiers saisi est tenu, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la notification de la saisie ou de l'opposition, de déclarer et de remettre au comptable public poursuivant les sommes détenues par ses soins et revenant au débiteur. La déclaration est faite selon un modèle établi par l'administration. Le tiers saisi est tenu de faire sa déclaration, alors même qu'il ne serait pas débiteur du débiteur saisi.

Si le tiers saisi ne produit pas sa déclaration dans les formes et délai fixés ou s'il produit une déclaration inexacte ou ne remet pas les sommes objet de la saisie ou de l'opposition, il devient débiteur et sera poursuivi directement en vertu d'un état de liquidation qui lui sera notifié.

En droit commun, cette sanction est soumise au pouvoir d'appréciation du juge des saisies. Le juge applique cette sanction, par exemple lorsque, par fraude, mauvaise foi ou négligence, le tiers saisi tente de soustraire les biens du débiteur saisi au gage de ces créanciers. Le tiers saisi de bonne foi peut ainsi échapper à la sanction.

Par contre, selon l'article 31 du code de la comptabilité publique la sanction s'applique automatiquement.

Il en résulte que le tiers débiteur du contribuable n'est pas traité comme le débiteur de tout autre redevable. Il est sévèrement traité.

Mandat commercial :

Pluralités de mandataires : Pouvoirs conjoints ou concurrents ?

En pratique, un mandant attribuera plus souvent le pouvoir de représentation à une personne en qui il a confiance. Cependant, dans certains cas, le mandant peut avoir intérêt à constituer plusieurs mandataires pour la même affaire. Ce sera le cas, par exemple, pour parer au décès d'un des mandataires ou, de manière plus générale, à son indisponibilité. D'autres raisons peuvent encore motiver ce choix, notamment les difficultés ou l'ampleur des tâches requises par le mandat, ou le contrôle mutuel des mandataires.

Il convient de distinguer deux situations :

- Les mandataires sont désignés par le même acte,

- Ils sont désignés par actes distincts.

1. Les mandataires ont été désignés par le même acte

L'article 1140 du code des obligations et des contrats dispose :

"Lorsqu'il y a plusieurs mandataires, il n'y a de solidarité entre eux que si elle a été stipulée".

En l'absence de toute précision sur ce point, il faut considérer que le mandant leur a attribué des pouvoirs concurrents, chaque mandataire pouvant agir seul.

Le principe reste néanmoins la liberté de choix du mandant.

Celui-ci peut décider de conférer aux comandataires des pouvoirs conjoints, en exigeant qu'ils se concertent et se surveillent mutuellement.

Il peut également décider de répartir les fonctions entre eux.
Mais dans le silence de la convention, il faut considérer que les pouvoirs des mandataires sont concurrents.

En principe donc, et conformément au droit commun, les comandataires ont ainsi la qualité de débiteurs conjoints. Il n'y a pas de solidarité entre eux.

L'article 1140 du code des obligations et des contrats ne fait qu'appliquer la règle de l'article 174 du même code selon lequel la solidarité entre les débiteurs ne se présume point.

Il en résulte que chaque mandataire répond seul de ses fautes personnelles et que, s'il y a plusieurs fautes, chacun est tenu, pour sa part, à la dette de dommages et intérêts.

Toutefois, lorsque les comandataires devaient agir collectivement et que l'un d'entre eux a empêché, par son inertie, les autres d'agir, il supportera seul l'intégralité de la réparation.

Les hypothèses dans lesquelles il y a solidarité entre les mandataires sont les suivantes :

- si le dommage a été causé au mandant par leur dol ou leur faute commune, et qu'on ne puisse discerner la part de chacun d'eux ;

- lorsque le mandat est indivisible ;

- lorsque le mandat est donné entre commerçant pour affaires de commerce, s'il n'y a stipulation contraire. Néanmoins, les mandataires, même solidaires, ne répondraient pas de ce que l'un d'eux aurait fait en dehors ou par abus de son mandat.

2. Les mandataires ont été désignés dans des actes distincts

Dans ce cas, le mandant est présumé vouloir révoquer tacitement le premier mandataire.

En effet, la constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire, vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci.

Il importe alors, avant toute chose, de s'interroger sur la portée de la constitution d'un second mandataire.

Si la volonté du mandant a été d'adjoindre au mandataire initial un second représentant, et non le révoquer, la situation sera traitée comme si les mandataires avaient été désignés dans le même acte.

Obligations sociales de l'entreprise

Période d'essai :

Preuve de la période d'essai : La période d'essai ne se présume pas.

Dans maintes situations, l'engagement d'un salarié est précédé d'une période d'essai ayant pour but, du côté de l'employeur, d'apprécier les aptitudes du salarié et, du côté du salarié, de vérifier si le poste à occuper correspond bien à ses aspirations.

Aussi étrange que cela puisse paraître, le code du travail n'a pas réglementé la question de la période d'essai. L'article 18, alinéa 1er, prévoit tout au plus que, dans un contrat de travail, la durée de la période d'essai résulte des conventions collectives ou particulières, de l'usage ou de la loi.

Selon certains auteurs, si la convention collective impose l'essai et prévoit que tout contrat ou tout engagement comporte une période d'essai : il n'est pas nécessaire que la période d'essai soit rappelée dans le contrat de travail. Autrement dit, une période d'essai prévue par la convention collective est, de plein droit, applicable au salarié même si elle n'est pas rappelée dans le contrat.

Toutefois, la cour de cassation tunisienne a adopté une position contraire. Considérant qu'il est couramment admis qu'un engagement est toujours présumé ferme et que la charge de la preuve de la période d'essai incombe, par suite, à celui qui s'en prévaut, la cour de cassation tunisienne (Cass. civ. n° 2786, 29 mars 1979, bulletin 1979, civil I, P. 169) a considéré que la période d'essai ne s'impose que si elle a été expressément stipulée dans le contrat de travail et qu'en conséquence, est légitime le refus du travailleur de se soumettre à une période d'essai non convenue et le licenciement consécutif à ce refus revêt un caractère abusif.

S'agissant de la preuve de l'existence d'une période d'essai, la jurisprudence française a été plus explicite. Selon cette jurisprudence, l'existence et la durée de cette période doivent faire l'objet d'une mention dans le contrat de travail. À défaut, ce dernier est, en principe, réputé conclu sans période d'essai. Le salarié fait alors l'objet d'un engagement définitif dès sa date d'entrée en fonction. À l'employeur, le cas échéant, de prouver le contraire.

Par ailleurs, dans le cas où une convention collective détermine les conditions et la durée de la période d'essai, les parties peuvent-elles se dispenser d'une mention dans le contrat de travail ?

Selon la jurisprudence française, tout dépend des termes de la convention collective applicable.

Si la convention précise que " tout engagement " doit faire l'objet d'une période d'essai et elle en fixe la durée et les conditions de renouvellement (ou encore si elle précise que les dispositions relatives à la période d'essai sont " applicables de plein droit "). Dans ce cas, la période d'essai est opposable au salarié sauf, bien sûr, disposition contraire du contrat de travail (cass. soc. 23 avril 1997, BC V n° 143). Mais, le salarié doit avoir été informé de l'existence des dispositions conventionnelles et mis en mesure d'en prendre connaissance (cass. soc. 25 mars 1998, BC V n° 173). En tout état de cause, l'employeur doit afficher un avis de mise à disposition d'un exemplaire de la convention.

Si la convention précise que toute embauche à l'essai doit faire l'objet de précisions contractuelles. Bien entendu, l'employeur qui ne satisfait pas à cette obligation ne peut opposer une période d'essai au salarié (cass. soc. 11 octobre 1994, n° 3620 D).

Enfin, si la convention fixe la durée de la période d'essai sans prévoir que cette période doit précéder " tout engagement " (ou encore, s'il ne résulte pas des termes de la convention que les dispositions relatives à la période d'essai sont applicables de plein droit). En l'absence de précisions dans le contrat de travail, cette disposition conventionnelle ne suffit pas à prouver que les parties sont convenues d'une période d'essai (cass. soc. 11 janvier 1994, n° 166 D et 2 mars 1994, n° 1020 D).

Contrat de travail :

I/ La clause de non concurrence

Il est aujourd'hui fréquent, lors de la rédaction d'un contrat de travail entre un salarié et un employeur, d'y faire figurer une clause dite de "non concurrence". Il s'agit d'une disposition écrite figurant au contrat de travail dont l'objet est d'interdire à un ancien salarié, après son départ de l'entreprise, l'exercice d'une activité professionnelle concurrente qui porte atteinte aux intérêts de son ancien employeur. L'idée pour l'employeur est que le salarié ne puisse pas faire un usage portant atteinte aux intérêts de l'entreprise de toute l'expérience qu'il aura pu acquérir au sein de celle ci pendant la durée de son contrat de travail. En effet, un employeur qui aura formé son salarié à différentes techniques et méthodes de travail propres à son entreprise désirera se protéger contre une éventuelle concurrence du salarié après la rupture du contrat de travail les liant. A défaut d'une telle clause, le salarié retrouve à l'expiration du contrat de travail la liberté d'exercer l'activité de son choix, même concurrente à celle de son ancien employeur à condition toutefois que ce ne soit pas dans des conditions déloyales.

Or quelle est la véritable portée juridique d'une clause de non concurrence ? Comment concilier intérêts de l'employeur et principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle par le salarié ?

I. Les conditions de validité d'une clause de non concurrence

En l'absence de législation, la jurisprudence étrangère et essentiellement française a peu à peu délimité les contours des droits et obligations des parties.

La clause doit répondre à quatre conditions cumulatives pour être applicable : elle doit avoir pour but la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, avoir un champ d'application limité dans le temps et dans l'espace, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et enfin, prévoir une indemnité compensatrice.

La protection des intérêts de l'entreprise : La clause de non concurrence, pour être valable, doit être indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise. L'employeur doit spécifier en quoi cette clause est nécessaire, le secteur concurrentiel étant pris en compte mais étant insuffisant à lui seul. La particularité des fonctions exercées par le salarié (risque de concurrence) est indispensable pour justifier la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

Un champ d'application limité dans le temps et l'espace : Au sein même de la clause, doivent être précisés le secteur géographique et la durée de l'interdiction de concurrence. A défaut d'une telle précision, la clause serait déclarée nulle ou restreinte par le juge. Le juge apprécie les situations au cas par cas. La durée sera fonction des possibilités qu'a le salarié d'exercer dans un autre secteur d'activité. La limitation dans l'espace peut être également variable et doit tenir compte des fonctions exercées par le salarié et de ses possibilités d'exercer un autre métier. Dans tous les cas, les limitations doivent être raisonnables et ne pas porter atteinte à la liberté du travail du salarié.

Les spécificités de l'emploi du salarié : Le poste du salarié doit comporter des spécificités qui constituent un risque important de concurrence pour l'employeur. Le salarié doit avoir connaissance d'informations spécifiques ou confidentielles dans l'exercice de ses fonctions. En général, la jurisprudence s'appuie, pour valider ou refuser une clause de non concurrence, sur le fait que le salarié ait pu acquérir des compétences ou des qualifications spécifiques grâce à l'entreprise.

Une indemnité compensatrice : Initialement, la jurisprudence française considérait que la contrepartie financière n'était pas indispensable. La cour de cassation française a même annulé certaines décisions de juges du fond affirmant le contraire. Or aujourd'hui, la jurisprudence récente a opéré un revirement, affirmant que les clauses de non concurrence, pour être valables, doivent désormais comporter une contrepartie pécuniaire au profit du salarié. En l'absence d'une telle contrepartie, la clause est nulle.

II. La mise en application de la clause

La clause de non concurrence s'applique en cas de rupture du contrat de travail, quelle que soit la cause de la rupture (licenciement, démission, rupture durant la période d'essai...) et même si le salarié est dans l'impossibilité d'avoir une activité concurrentielle. Elle trouve son point de départ à la date de cessation effective des fonctions. En cas de dispense de préavis, elle s'applique dès

le départ du salarié de l'entreprise. La clause de non concurrence peut concerner tous les types de contrats tels les contrats à durée indéterminée ou les contrats à durée déterminée.

En cas de non respect de la clause, le salarié perd le droit à indemnité compensatrice éventuellement prévue et en doit donc le remboursement, le salarié peut se voir interdire en justice et sous astreinte de poursuivre son activité et le tribunal peut même enjoindre au nouvel employeur de licencier son salarié (le fait d'avoir caché l'existence de la clause de non concurrence justifie un licenciement pour faute grave). Le salarié peut aussi se voir condamner à dédommager son ancien employeur. Le nouvel employeur peut, lui, se voir poursuivi en responsabilité s'il est prouvé qu'il avait connaissance de la clause de non-concurrence.

En cas de conflit, les juges du fond ont une appréciation souveraine et peuvent restreindre la portée de la clause. Ils peuvent par exemple réduire le champ d'application géographique d'une clause lorsqu'elle porte atteinte à la liberté du travail du salarié. De la même façon, même quand les conditions cumulatives sont remplies, si le salarié de par sa spécialité professionnelle, sa formation et son expérience professionnelle, se trouve dans l'impossibilité d'exercer une activité conforme à ses qualifications, le juge restreindra la portée de la clause.

En résumé, il conviendra donc pour l'employeur de prendre beaucoup de précautions lors de la rédaction d'une clause de non concurrence dans le contrat de travail d'un salarié. Le strict respect des quatre conditions cumulatives est indispensable pour que la clause soit valide et/ou que sa portée ne soit pas restreinte par le juge en cas de litige.

II/ Contrat de travail à durée déterminée : Précisions sur les cas de recours à un contrat de travail à durée déterminée

Le recours à un contrat de travail à durée déterminée ne peut jamais avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise : ce contrat ne peut être conclu que pour faire face à des situations temporaires et précises.

Le paragraphe premier de l'article 6-1 du code du travail distingue en fait quatre cas de recours :

1. Recours pour faire face à un accroissement temporaire de travail : il s'agit des cas suivants :

- cas de l'accomplissement de travaux de premier établissement ou de travaux neufs;

- cas de l'accomplissement de travaux nécessités par un surcroît extraordinaire de travail;

- cas de l'accomplissement de travaux urgents pour prévenir des accidents imminents, effectuer des opérations de sauvetage ou pour réparer des défectuosités dans le matériel, les équipements ou les bâtiments de l'entreprise.

2. Recours pour assurer le remplacement d'un travailleur permanent absent ou dont le contrat de travail est suspendu : Le remplacement est entendu largement puisque tous les salariés de l'entreprise peuvent être remplacés par une personne en CDD, et ce, quel que soit le type de contrat de travail qui les lie à l'entreprise. Ainsi, toute absence ou suspension du contrat de travail peut donner lieu à la conclusion d'un CDD de remplacement.

3. Recours pour exécuter des travaux temporaires par nature : il s'agit des deux cas suivants :

- d'une part : les travaux saisonniers. Il s'agit de travaux qui sont normalement appelés à se répéter chaque année, à date à peu près fixe, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs, et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise dont l'activité obéit aux mêmes variations. Les branches d'activité où les travaux ont un caractère saisonnier sont surtout l'agriculture, les industries agro-alimentaires et le tourisme;

- d'autre part : les activités pour lesquelles ne peut être fait recours, selon l'usage ou de par leur nature, au contrat à durée indéterminée. Ainsi pour une activité, il faut que l'usage de ne pas conclure des contrats à durée indéterminée soit constant, c'est-à-dire ancien, bien établi, et par conséquent admis comme telle dans la

profession. Il ne peut résulter d'une simple décision ou d'une simple pratique d'un employeur.

4. Autre cas de recours au contrat à durée déterminée : A ces trois motifs de recours, le contrat de travail à durée déterminée peut également être conclu, dans des cas autres que ceux indiqués précédemment, sur accord entre l'employeur et le travailleur.

Toutefois, la durée de ce contrat ne doit pas excéder quatre ans y compris ses renouvellements. Tout recrutement du travailleur concerné après l'expiration de cette période sera effectué à titre permanent et sans période d'essai.

Le contrat de travail doit être conclu par écrit en deux exemplaires, l'un est conservé par l'employeur et l'autre délivré au travailleur.

Maladie et accident non professionnel du salarié :

La contre-visite patronale

Conformément aux dispositions de l'article 34 de la convention collective cadre, si l'état de santé du salarié ne lui permet pas d'assurer sa prestation de travail, il a le droit de bénéficier d'un congé de maladie.

En contrepartie du droit du salarié malade d'être placé dans une position de congé de maladie, l'article 34 précité accorde à l'employeur le droit de faire effectuer à domicile tout contrôle médical qu'il jugera utile.

Choix du médecin-contrôleur : Sauf dispositions conventionnelles contraires, l'employeur est libre de choisir le médecin-contrôleur. Le salarié ne saurait prétendre substituer un médecin de son choix à celui désigné par l'employeur. Il ne peut, par exemple, réclamer un médecin expert ou exiger la présence de son médecin traitant, sauf si la convention collective le prévoit.

Horaires : En l'absence de toute disposition sur les modalités du contrôle, l'employeur peut faire procéder à une contre-visite quand bon lui semble.

Modalités de la contre-visite patronale : Sauf dispositions conventionnelles, l'employeur n'est pas tenu d'informer préalablement le salarié de la contre-visite. De même, le médecin-contrôleur n'est pas tenu d'annoncer sa visite. En effet, le salarié doit être présent à son domicile. Si son lieu de repos n'est pas sa résidence habituelle, il doit en aviser son employeur pour permettre un éventuel contrôle. Mais les absences pour raisons médicales sont autorisées.

Le salarié ne peut refuser la contre-visite : Le salarié ne peut refuser de se soumettre à l'examen médical. Si le salarié refuse de subir la contre-visite médicale ou s'il est absent lors de cette visite, Il est alors considéré comme étant en absence injustifiée et passible, à ce titre, de sanctions disciplinaires.

Pouvoir du médecin lors de la contre-visite : Le médecin-contrôleur vérifie l'opportunité de l'arrêt de travail et de la durée de celui-ci. Il peut substituer son appréciation à celle du médecin traitant.

Le médecin-contrôleur a ainsi la possibilité de réduire la durée d'un congé maladie ou de conclure à l'inexistence d'un état de maladie chez le salarié.

Accident de travail :

Accidents de trajet : Indemnisation des accidents de trajet : Conditions à remplir

Le salarié, pendant le trajet d'aller et retour à son lieu de travail ou de restauration, peut être victime d'un accident corporel. Sous conditions, cet accident sera déclaré et indemnisé par la sécurité sociale dans les mêmes conditions que l'accident du travail.

I. Définition : Selon l'article 3 de la loi n° 94-25 du 21 février 1994 portant régime de réparation des préjudices résultant des accidents du travail et des maladies professionnelles, est considéré comme accident du travail, l'accident survenu au travailleur alors qu'il se déplaçait entre le lieu de son travail et le lieu de sa résidence pourvu que

le parcours n'ait pas été interrompu ou détourné par un motif dicté par son intérêt personnel ou sans rapport avec son activité professionnelle.

L'accident de trajet est le dommage survenu :

- pendant le trajet normal d'aller et retour de la résidence habituelle (principale ou secondaire qui présente un caractère de stabilité) du salarié à son lieu de travail ;

- pendant le trajet normal du lieu de travail au lieu de restauration (cantine, restaurant d'entreprise ou un lieu de restauration extérieur).

Le parcours ne doit être ni interrompu, ni détourné.

Attention : le parcours normal n'est forcément le plus direct. Il s'agit du parcours emprunté pendant les horaires habituels du salarié et selon les nécessités de l'emploi.

A. La résidence

La résidence du salarié doit présenter un caractère de stabilité familiale, peu importe que cette résidence soit principale ou secondaire. L'accident de trajet est reconnu par la Sécurité sociale dès lors que le travailleur a quitté effectivement son domicile.

B. Le lieu de travail

Le lieu de travail est entendu largement (bureau, atelier, chantier par exemple), de même que le lieu où le salarié prend habituellement ses repas (restaurant, cantine). L'accident de trajet est admis dès lors que le salarié quitte la sphère d'autorité de son employeur ; à défaut on évoquera un accident du travail si les conditions sont remplies.

C. Détournement ou interruption du trajet

Le salarié ne doit pas avoir interrompu ou modifié son trajet pour des convenances personnelles, étrangères aux nécessités de son emploi et aux nécessités de la vie courante. Sont ainsi exclus des cas d'accident de trajet : une promenade après le travail ou un rendez-vous chez le coiffeur.

En revanche, si le détour ou l'interruption du trajet est motivé par les nécessités de la vie courante, l'itinéraire demeure protégé (achats alimentaires, soins médicaux).

II. Indemnisation de l'accident de trajet

La déclaration de l'accident de trajet se fait selon les mêmes modalités que la déclaration d'accident du travail.

La sécurité sociale indemnise ainsi l'accident de travail et l'accident de trajet dans les mêmes conditions.

Ainsi, dans les vingt quatre heures, la victime doit informer son employeur de l'accident et lui préciser le lieu, les circonstances et, le cas échéant, l'identité du ou des témoins. L'employeur délivre alors une feuille d'accident du travail au salarié afin que ce dernier bénéficie de la gratuité des soins dans la limite des tarifs conventionnels. Le salarié doit faire établir par un médecin un certificat médical. L'employeur a quarante huit heures pour déclarer l'accident en lettre recommandée avec accusé de réception à la caisse d'assurance maladie. Il doit aussi joindre une attestation de salaire.

Remarque :

L'employeur peut formuler des réserves quant au caractère professionnel de l'accident.

Ventes commerciales :

Les obligations de garantie du vendeur

Nous ne traiterons pas des garanties offertes par la loi sur la protection du consommateur puisque celle-ci ne s'applique que lorsqu'il y a un contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service. Nos propos ne se rapporteront qu'aux obligations imposées par le code des obligations et des contrats.

En vertu de l'article 630 du code des obligations et des contrats, le vendeur d'un bien, quel qu'il soit, est tenu de garantir le droit de propriété et la qualité (soit les vices cachés). C'est ce qu'on appelle la garantie légale, c'est-à-dire que cette garantie s'applique à la vente même si elle n'est pas stipulée au contrat.

1. La garantie du droit de propriété

La garantie du droit de propriété couvre les défauts de titre et certains troubles de fait.

En ce qui concerne les défauts de titre, le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien est libre de tous droits, à l'exception de ceux qu'il a déclarés lors de la vente. De même, il doit purger toutes les hypothèques qui grèvent le bien, sauf si l'acheteur a assumé une dette ainsi garantie.

Quant aux troubles de fait, il s'agit d'actes posés par le vendeur ou, dans certains cas, par un tiers et qui ont pour effet de nuire à la jouissance paisible du bien par l'acheteur.

Cette garantie du droit de propriété peut être augmentée. En effet, le vendeur peut vendre avec garantie de " franc et quitte ". Ce qui veut dire que le bien est libre de tous droits, autres que ceux déclarés. Elle peut aussi être diminuée, c'est-à-dire que le vendeur ne se porte pas garant sur un élément bien précis. Finalement, cette garantie peut être exclue; il s'agit alors d'une vente " sans aucune garantie ". Mais, dans ce dernier cas, comme nous l'avons dit plus haut, le vendeur ne peut se dégager de ses faits personnels. Le seul cas où il peut se dégager de ses faits personnels, c'est lorsque l'acheteur achète " à ses risques et périls " d'un vendeur non professionnel. Ainsi, dans une telle vente, l'acheteur assume tous les risques.

2. La garantie de qualité (vices rédhibitoires ou vices cachés)

En ce qui concerne la garantie de qualité, le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien et ses accessoires sont, lors de la vente, exempts de vices cachés qui le rendent impropre à l'usage auquel on le destine ou qui diminuent tellement son utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté, ou n'aurait pas donné si haut prix, s'il les avait connus. Cependant, cette garantie ne protège l'acheteur que du vice caché et non du vice apparent. Un vice est apparent lorsqu'il peut être constaté par un acheteur prudent et diligent sans avoir besoin de recourir à un expert.

Afin de se prévaloir de cette garantie, il faut que le vice soit grave. Pour savoir si un vice est grave, il faut considérer l'étendue des inconvénients pour l'acheteur et les coûts requis pour effectuer la réparation. Il faut que le vice diminue de manière importante l'usage du bien. Aussi, le vice doit avoir existé antérieurement à la vente. Par contre, les effets du vice peuvent se manifester après la vente.

Finalement, le vice doit être "occulte"; c'est-à-dire que l'acheteur ne devrait pas avoir pu connaître l'existence du vice au moment de la vente. À ce titre, il lui incombe de faire un examen raisonnable du bien qu'il désire acheter; l'examen par un expert n'est plus nécessaire. Si à la suite de cet examen, l'acheteur décèle un vice, ce vice ne pourra pas être considéré comme un vice caché. L'acheteur n'aura aucun recours contre le vendeur concernant un tel vice. Tout comme la garantie du droit de propriété, la garantie de qualité peut être augmentée. Ainsi, le vendeur peut se porter garant "de tous vices apparents ou cachés" ou garantir le bon fonctionnement du bien pendant un certain temps après la vente. C'est ce qu'on appelle une "garantie de fabricant ". De même, la garantie de qualité peut être diminuée par un vendeur non professionnel qui peut indiquer qu'il ne garantit que certains défauts en excluant d'autres ou qu'il limite sa responsabilité dans le temps. Finalement, cette garantie peut être exclue par un vendeur non professionnel. Dans ce cas, la vente est faite "sans aucune garantie". Mais, dans ce dernier cas, comme nous l'avons dit plus haut, le vendeur ne peut se dégager de ses faits personnels. Le seul cas où il peut se dégager de ses faits personnels, c'est lorsque l'acheteur achète "à ses risques et périls" d'un vendeur non professionnel. Ainsi, dans une telle vente, l'acheteur assume tous les risques. Cependant, un vendeur doit toujours agir de manière honnête et révéler des vices cachés dont il a connaissance, faute de quoi sa responsabilité en vertu de la garantie est alourdie et sa responsabilité peut être engagée pour avoir agi de mauvaise foi.

DEUXIEME PARTIE

Action - Actionnaire :

Le rachat par les sociétés de leurs propres actions : Cas du rachat par une société admise à la cote de la bourse de ses propres titres : Les conditions financières de l'achat par une société de ses propres actions

Le problème du rachat par les sociétés admises à la cote de la bourse est présenté comme une opération dangereuse. Elle l'est, tout d'abord, pour la société elle-même. Des achats

démesurés, non financés par des réserves libres, peuvent mettre gravement en cause l'équilibre de la société. Celle-ci peut être amenée à revendre ses titres dans des conditions peu avantageuses, en raison des aléas du marché financier. Elle l'est également pour les créanciers, lorsqu'une partie du capital a servi à financer l'opération qui s'analyse alors comme une diminution de fait du capital, non assortie de garanties au profit des tiers.

Pour toutes ces raisons, l'article 19 de la loi n° 94-117 du 14 novembre 1994 portant réorganisation du marché financier telle que modifiée et complétée par la loi n° 99-92 du 17 août 1999 dispose que la société qui décide le rachat de ses actions doit disposer au préalable de réserves, autres que les réserves légales, d'un montant au moins égal à la valeur de l'ensemble des actions à racheter.

En effet, l'intérêt des créanciers réside dans le fait que la société conserve des valeurs d'actif suffisantes. Le capital social constitue le gage des créanciers sociaux. Sa fixité ou son intangibilité doit donc être préservée. Aussi, le rachat par une société de ses propres actions est-il condamné dès lorsqu'il aurait pour résultat ou effet d'abaisser ou de faire tomber l'actif net au-dessous du capital.

La société qui achète ses propres actions ne doit donc pas utiliser le capital social, gage des créanciers.

En dehors d'une réduction régulière du capital, opposable aux créanciers, un rachat ne peut être valablement réalisé que si le capital demeure intact à la fin de l'opération. La société ne doit pas non plus, pour la réalisation de l'opération, utiliser la réserve légale, gage complémentaire des créanciers. Il en va de même de la réserve de réévaluation que certains auteurs estiment fictive parce qu'elle ne correspond pas à des capitaux effectivement disponibles.

L'exclusion du capital social, de la réserve légale et de la réserve de réévaluation du domaine du financement de l'achat par la société de ses propres actions suscite une interrogation : de quelles ressources pourra donc disposer la société émettrice pour financer l'opération de rachat ?

L'article 19 précité reste muet sur la question. Ledit article exige seulement que la société doive disposer de réserves autres que la réserve légale, d'un montant au moins égal à la valeur comptable de l'ensemble des actions qu'elle détient, dans le but évident de protéger les tiers.

Si la société venait à ne pas respecter cette condition, une partie de l'actif pourrait être considérée comme fictive. Cette situation risquerait d'être d'autant plus dangereuse que la société détiendrait ses actions pendant une durée plus longue, cumulant ainsi les qualités d'établissement émetteur et d'associé. Il faut toutefois signaler que les réserves ainsi bloquées deviennent non seulement indisponibles pendant toute la période de détention, mais ne peuvent aussi servir à compenser les dettes de la société, ni être distribuées comme dividende.

Administration et direction de la société anonyme : Statut des administrateurs

I. Cessation des fonctions : La démission de l'administrateur d'une société anonyme

Il arrive que divers événements viennent abréger la durée initialement prévue du mandat d'un administrateur de la société anonyme : l'interruption prématurée du mandat peut être imputable au dirigeant lui-même (démission); elle peut aussi résulter de certaines décisions prises au sein de la société (la révocation).

La démission est l'acte par lequel le dirigeant renonce, spontanément ou sous l'effet d'une contrainte, à l'exercice de ses fonctions.

La faculté d'un dirigeant de mettre lui-même un terme à ses fonctions ne fait l'objet d'aucune réglementation particulière. Au niveau de principe, aucun dirigeant de société ne doute réellement que la faculté de démissionner lui soit reconnue.

La doctrine juridique qualifie la démission comme un acte unilatéral, dépendant de la seule volonté du dirigeant, et ceci aussi bien dans le cadre des S.A.R.L. que dans celui des sociétés anonymes.

On estime d'ailleurs que cette démission peut s'exercer à tout moment, sauf à respecter un délai de préavis raisonnable, voire le délai fixé

éventuellement par les statuts. Comment peut-on en effet contraindre un dirigeant à poursuivre son activité contre son gré sans risquer de mettre en cause l'intérêt social ?

Mais si la démission est dictée par un désaccord sur la conduite des affaires sociales et fait suite à des objections ou mises en garde antérieurement formulées et demeurées sans effet, l'administrateur a intérêt à indiquer les raisons de sa démission pour mettre à couvert sa responsabilité (qui pourra notamment être recherchée en cas de cessation des paiements). Les précisions insérées à cet effet doivent être formulées avec modération et être exemptes de toute critique injustifiée ou excessive qui serait de nature à porter préjudice à la société.

Si le président du conseil refuse de consigner les dires de l'administrateur, il ne peut le faire qu'en justifiant les motifs du refus (intérêt social en jeu, révélation d'un contrat sensible, mise en cause grave d'un autre administrateur) ; dans certains cas l'administrateur opposant pourra résumer les motifs de son opposition dans un document dont il demandera l'annexion au procès-verbal du conseil.

L'administrateur démissionnaire doit notifier sa décision à la société. Cette notification peut avoir lieu dans une forme quelconque ; en pratique, elle est donnée soit verbalement lors d'une réunion du conseil et mention en est faite au procès-verbal de la réunion, soit par écrit (lettre recommandée adressée au président du conseil d'administration ou à tous les administrateurs si c'est le président qui démissionne).

II. Personne morale administrateur : Le représentant permanent dans la société anonyme

L'article 191 du code des sociétés commerciales prévoit que lorsqu'une personne morale est administrateur d'une société anonyme, elle doit désigner une personne physique en qualité de représentant permanent chargé de l'exécution de son mandat.

1. Obligation de désigner un représentant permanent : La désignation d'un représentant permanent est obligatoire.

Aussitôt qu'elle est élue en qualité d'administrateur, la société doit désigner une personne physique en qualité de représentant permanent. Si elle néglige de le faire, elle ne peut tout simplement pas exercer son mandat. Son conseil d'administration ou son président sont sans pouvoir pour la représenter au sein du conseil d'administration de la société-administrée.

Si la société-administrateur révoque son représentant permanent, elle doit simultanément désigner son successeur.

La société-administrateur ne peut désigner qu'un seul représentant permanent. Il n'est pas admis qu'elle désigne un représentant suppléant. Par contre, elle pourrait désigner à l'avance le successeur de son représentant permanent actuellement en fonction.

2. Pouvoir exclusif : Le représentant permanent exerce le mandat d'administrateur au nom et pour le compte de la société-administrateur, dans les mêmes conditions que s'il avait été lui-même désigné en qualité d'administrateur.

Son pouvoir est exclusif, en ce sens que le conseil d'administration ou le président du conseil d'administration de la société-administrateur ne pourraient pas le remplacer au conseil d'administration de la société administrée.

Durant toute la durée du mandat, le représentant permanent est la seule personne autorisée à siéger au conseil au nom de la société, même le représentant légal de cette société ne peut se substituer, même occasionnellement, au représentant désigné.

Ainsi, en cas de désaccord entre le représentant permanent et le conseil d'administration qui l'a désigné, seul compte la voix du représentant permanent … jusqu'à ce qu'il soit révoqué.

3. Qui peut être représentant permanent ? : Le représentant permanent doit être désigné parmi les associés, les administrateurs ou les travailleurs de la société mandante.

A contrario, toute autre personne qui n'a pas la qualité d'associé, d'administrateur ou travailleur de la société-administrateur, ne pourra pas en être le représentant permanent.

Si le représentant permanent perd la qualité d'associé, d'administrateur ou de travailleurs, il est comme frappé d'interdiction ou d'incompatibilité et il ne peut poursuivre son mandat.

4. La représentation en cascade : Les représentations en cascade sont interdites : la société-administrateur doit être représentée directement par une personne physique. Elle ne pourrait se faire représenter par une personne morale qui serait elle-même représentée par une personne physique.

D'aucun admettent toutefois une exception à la règle lorsque la société-administrateur ne compte aucun travailleur ni aucune personne physique comme associé ou administrateur.

5. Le cumul est-il possible ? : Peut-on, au sein d'un même conseil d'administration, être le représentant permanent de plusieurs personnes morales ? Un administrateur personne physique peut-il, en même temps, être le représentant permanent d'un administrateur personne morale ?

La question est discutée, mais il semble bien que le cumul soit possible, pour autant que la collégialité du conseil d'administration soit assurée. Autrement dit, le cumul est admis, mais en tout état de cause, il faut qu'il y ait au moins trois personnes physiques autour de la table.

6. Défaut d'information sur le changement de représentant permanent : Il n'existe aucune sanction spécifique à l'inobservation de l'obligation d'information à la charge de la société administrateur en cas de changement de représentant permanent.

Reste que l'article 1163 du code des obligations et des contrats précise que la révocation totale ou partielle du mandat ne peut être opposée aux tiers de bonne foi qui ont contracté avec le mandataire, avant de connaître la révocation.

7. Responsabilité : Au regard de la société où il exerce les fonctions d'administrateur, il encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que tout administrateur exerçant en son nom. Il peut être condamné solidairement avec la personne morale qu'il représente à supporter tout ou partie du passif social en cas d'ouverture d'une procédure collective.

Compte tenu de cette responsabilité importante, le représentant permanent peut être amené à démissionner s'il estime que les instructions reçues par la société qu'il représente risquent d'engager sa responsabilité.

8. Rémunération : Très souvent, la société ayant désigné le représentant permanent lui reverse les jetons de présence qui lui ont été attribués.

Commissaires aux comptes :

Prérogatives du commissaire aux comptes : Délit d'obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires

L'article 13 sexies du code des sociétés commerciales punit d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de cinq mille dinars ou de l'une de ces deux peines, tout dirigeant d'une société commerciale ou d'un groupement d'intérêt économique qui entrave les travaux du ou des commissaires aux comptes ou qui refuse de fournir, à leur demande, par tout moyen qui laisse une trace écrite, les documents nécessaires à l'exercice de leurs missions.

Selon la jurisprudence française, le délit "d'obstacle" ou "d'entrave" n'exige pas que le refus de communication des documents soit absolu : la simple réticence à fournir des explications, l'atermoiement inexcusable, la production partielle caractérisent l'infraction dès lors qu'ils ont été commis sciemment (cour de Rennes 30 septembre 1974, Rev. soc. 1976, 521).

D'après la jurisprudence française, il faut que les dirigeants aient mis volontairement obstacle aux vérifications ou aux contrôles du commissaire (CA Reims, 10 mars 1977, Rev. Sociétés 1978, p. 123) ; l'obstruction volontaire est établie par des réclamations verbales et écrites restées sans réponse (CA Paris, 9e ch. B, 19 novembre. 1981, Gaz. Pal. 1982, I, Jur, p. 179).

Tel que rédigé, l'article 13 sexties du code des sociétés commerciales peut laisser penser qu'il n'exige pas de démontrer la mauvaise foi du dirigeant qui, pourtant, dans la pratique, doit paraître évidente.

Une réponse du ministre de la justice dans les débats parlementaires préparatoires confirme

que l'élément intentionnel est un élément constitutif de l'infraction.

Selon le ministre de la justice, la non convocation répétée du commissaire aux comptes aux assemblées ou à la réunion du conseil d'administration qui arrête les comptes annuels ou intermédiaires peut constituer une entrave aux travaux du commissaire aux comptes.

Gérant de SARL :

Cumul des fonctions de gérant et d'emploi salarié

Il peut paraître difficile de cumuler le statut de gérant de SARL, auquel sont confiés les pouvoirs les plus étendus, avec celui de salarié, caractérisé par l'état de subordination.

En l'absence de disposition légale contraire, la jurisprudence française admet toutefois ce cumul sous certaines conditions : selon la cour de cassation française, le cumul entre les fonctions de gérant d'une société à responsabilité limitée et celles de salarié de la société n'existe réellement qu'à la condition que ces dernières correspondent à un emploi effectif en contrepartie duquel l'intéressé reçoit une rémunération distincte et que, dans leur exercice, il soit dans un état de subordination à l'égard de la société (cass. soc. 21 juillet 1981, BC V n° 723 ; 16 mai 1990, BC V n° 227).

1. Réalité du contrat de travail et dualité des fonctions

a) Fonctions techniques distinctes : Le contrat de travail du gérant de SARL ne doit pas être un contrat fictif ; il doit correspondre à des fonctions effectivement exercées et ne doit pas être conclu uniquement pour faire échec au principe de la révocabilité du gérant par les associés.

Le cumul ne peut être admis que s'il y a une nette distinction entre, d'une part, la gérance qui comporte la direction générale de la société et, d'autre part, les fonctions techniques qui sont la conséquence du contrat spécialisé (cass. soc. 16 mai 1990, BC V n° 227 ; 14 mai 1998, BC V n° 252).

En conséquence, l'intéressé ne doit pas jouir d'une entière indépendance dans ses activités (cass. soc. 14 mars 1979, BC V n° 234 ; 5 juillet 1989, BC V n° 503). La taille de l'entreprise est déterminante et le dirigeant d'une petite entreprise aura plus de mal à démontrer que son activité technique est distincte de son mandat.

b) Rémunération spécifique relative aux fonctions techniques : Le mandataire salarié doit percevoir une rémunération distincte pour les deux statuts. Il doit donc être rémunéré distinctement pour ses fonctions techniques et ses fonctions de mandataire (cass. soc. 4 juillet 1990, BC V n° 227).

Cette dualité de rémunération n'implique pas nécessairement une rémunération au titre du mandat social, celui-ci pouvant être exercé à titre gratuit (cass. soc. 31 mars 1982, BC V n° 239). Par contre, les fonctions techniques et salariées doivent être obligatoirement rémunérées (cass. soc. 16 décembre 1982, BC V n° 2324).

En tout état de cause, l'existence d'une double rémunération ne constitue qu'une présomption en faveur du cumul mandat-contrat de travail. Ainsi, un arrêt rendu par une cour d'appel a été cassé au motif que cette dernière avait décidé qu'un gérant minoritaire était lié par un contrat de travail compte tenu de sa double rémunération, sans avoir recherché l'existence de fonctions techniques distinctes du mandat social (cass. soc. 1er décembre 1993, n° 3869 D).

2. Critères de subordination des gérants

a) Le gérant majoritaire : Le gérant majoritaire d'une SARL ne peut, selon la cour de cassation française, exercer une activité salariée au sein de la société : un directeur technique, nommé gérant d'une SARL, qui, à la date de cette nomination, "possédait la majorité des parts de la société, qu'au surplus il administrait seul… a cessé de se trouver, même dans l'exercice de ses fonctions techniques, dans un état de subordination caractérisant le contrat de travail, lequel avait pris fin à cette date" (cass. soc. 8 octobre 1980, BC V n° 714 ; 31 mars 1982, BC V n° 238).

b) Le gérant de fait : Le gérant de fait qui a une totale maîtrise de l'entreprise ne peut travailler

dans un lien de subordination (cass. soc. 25 juillet 1995, n° 3236 D). C'est ainsi, notamment, que le dirigeant de fait se verra refuser la possibilité d'être salarié lorsqu'il dispose de tous les pouvoirs de gestion et agit en toute indépendance (cass. soc. 11 janvier 1979, BC V n° 32), à moins qu'il ne démontre qu'il est resté dans un lien de subordination envers la société dont il n'est pas le maître absolu (cass. com. 10 mars 1981, D. 1981 IR 449).

c) Le gérant égalitaire ou minoritaire : Le gérant égalitaire peut être titulaire d'un contrat de travail (cass. soc. 19 octobre 1978, BC V n° 695), mais il a généralement beaucoup de difficultés à faire reconnaître qu'il est le subordonné de l'entreprise (cass. soc. 31 mars 1982 précité ; rép. Pujol, JO 16 juillet 1977, Déb. AN quest. p. 4756 ; Robini, JO 28 mars 1978, Déb. Sén. p. 319).

Un lien de subordination entre la société et le gérant minoritaire et le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail peuvent parfaitement être admis dès lors que l'intéressé exerce des fonctions techniques distinctes de la gestion et en toute indépendance (cass. soc. 19 février 1986, Rev. soc. 1986, 600 ; 25 février 1988, BC V n° 137 ; 2 juin 1988, BC V n° 338 ; cass. soc. 5 juillet 1989, BC V n° 503). Mais ce lien de subordination doit exister (cass. soc. 25 novembre 1997, BC V n° 397).

Il suppose que l'employeur, et donc la société, exerce des prérogatives en dirigeant et en contrôlant l'activité accomplie par le salarié (cass. soc. 7 février 1999, BC V n° 122). Cette condition est souvent délicate à démontrer compte tenu des pouvoirs de direction reconnus aux mandataires sociaux. Les directives reçues par le mandataire social émanant des associés ne suffisent pas à créer un lien de subordination (cass. soc. 28 janvier 1998, BC V n° 83).

Information des actionnaires et du public :

Communication et publication des états financiers intermédiaires

Certaines entreprises sont soumises à l'obligation d'établir et de publier au cours de l'exercice des états financiers intermédiaires. C'est le cas par exemple des banques en vertu de l'article 23 de la loi n° 2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit et des sociétés dont les titres de capital ou donnant accès au capital sont admis à la cote de la bourse (article 21 bis de la loi n° 94-117 du 17 novembre 1994 portant réorganisation du marché financier).

Compte tenu de ces obligations, une réunion du conseil d'administration validant l'ensemble de ces documents, est-elle juridiquement nécessaire ?

La majorité de la doctrine considère qu'une telle réunion n'est pas légalement exigée. En effet, ni les lois précitées, ni le code des sociétés commerciales ne prescrivent une telle obligation (il en est de même du règlement général du conseil du marché financier relatif à l'appel public à l'épargne).

L'objectif des publications prescrites par les lois précitées est d'assurer une information fiable et harmonisée pour les investisseurs du marché. Ces dispositions précitées régissent ainsi le domaine de l'information financière et n'évoquent ni des comptes examinés, ni des comptes arrêtés.

Ainsi, le droit des sociétés, s'il impose clairement une réunion du conseil pour les comptes annuels n'exige pas une telle réunion pour les comptes semestriels.

Toutefois, l'article 266 bis du code des sociétés commerciales dispose que "Le ou les commissaires aux comptes de la société sont obligatoirement convoqués pour assister à toutes les réunions du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et du directoire qui établissent les états financiers annuels ou qui examinent les états financiers intermédiaires, ainsi qu'à toutes les assemblées générales".

Mais littéralement ce texte n'oblige pas de tenir une réunion du conseil, il impose simplement en cas de réunion de celui-ci de convoquer le commissaire aux comptes.

Ainsi, la doctrine est unanime pour constater qu'aucun texte formel n'exige la réunion du conseil d'administration de la société concernée pour arrêter, établir ou examiner les comptes intermédiaires.

Toutefois, la même doctrine estime que la publication de ces comptes intermédiaires sans que le conseil en ait pris connaissance serait

une pratique imprudente et à déconseiller très nettement. Il serait contraire aux principes du gouvernement d'entreprise que les administrateurs soient informés des résultats intermédiaires après le marché.

Cependant, les auteurs se divisent sur la nature de cette réunion. Pour les uns, une telle réunion s'impose implicitement en droit en vertu des principes généraux applicables au rôle du conseil d'administration, pour les autres, il s'agit d'une recommandation forte relevant, non d'une obligation légale, mais des principes du gouvernement d'entreprise qu'une société cotée ne peut en fait ignorer.

En faveur de la première interprétation, les arguments suivants sont avancés :

- selon les principes généraux, le conseil d'administration dispose d'une compétence de principe sur les documents comptables. L'article 201 du code des sociétés commerciales sur l'arrêté des comptes annuels fonde cette compétence de principe. Il était en réalité superflu que les autres textes sur les comptes intermédiaires réaffirment cette compétence.

- on ne peut nier que les comptes intermédiaires correspondent à une étape de l'établissement des comptes annuels, en vue de l'arrêté de ceux-ci, le conseil devrait examiner les comptes intermédiaires qui ont nécessairement un impact sur les comptes annuels.

- en matière de responsabilité des dirigeants, le directeur général serait très imprudent s'il publiait des comptes qui n'auraient pas été vus par le conseil.

- en pratique, les grandes sociétés réunissent le plus souvent un conseil pour examiner les comptes intermédiaires.

Dans le sens de la deuxième interprétation, on peut citer les raisons suivantes :

- en matière comptable, il a fallu un texte spécifique, l'article 201 du code des sociétés commerciales, pour accorder au conseil le pouvoir d'arrêter les comptes annuels, ce qui montre que le pouvoir général prévu à l'article 197 du même code n'est pas suffisant. Intervenant dans le domaine comptable par un texte spécial, le législateur a écarté cette compétence du principe général ; en conséquence, une compétence du conseil sur les comptes intermédiaires nécessiterait également une disposition spéciale.

- l'intervention obligatoire du conseil en matière de comptes annuels s'explique par la destination de ces comptes : ils sont soumis à l'approbation des actionnaires en vue de l'affectation du résultat. Faute de viser une telle affectation, les comptes intermédiaires n'ont pas juridiquement à être obligatoirement examinés par le conseil. Il s'agit d'un document servant principalement à l'information du marché.