Le Manuel Permanent du Droit des Affaires tunisien

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 232 Avril 2015

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Baux commerciaux :

La révision des loyers : Ce que dit la loi — La loi n° 37-77 du 25 Mai 1977 relative aux baux commerciaux réserve une importance particulière à la révision du montant de loyer en vue de parvenir à une valeur locative équitable. **P. 4**

Fiscalité de l'entreprise

Fiscalité internationale :

La qualification d'établissement stable — La notion d'établissement stable selon la pratique administrative et les dispositions des conventions de non double imposition conclues entre la Tunisie et les autres pays. **P. 6**

Impôt sur les sociétés :

Jetons de présence : La déductibilité des jetons de présence — A quelles conditions les jetons de présence sont déductibles du bénéfice imposable de la société ? **P. 9**

Fonds de commerce :

Location-gérance du fonds de commerce : Contrat de location-gérance du fonds de commerce — La publicité légale du contrat de location-gérance du Fonds de Commerce **P. 9**

Transaction :

Sort de la transaction en cas d'inexécution par une partie — Peut-on résoudre ou résilier une transaction pour cause d'inexécution des prestations ? **P. 10**

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.

Obligations sociales de l'entreprise

Licenciement :

Licenciement des salariés pour motif personnel d'une société en règlement judiciaire — Les licenciements pour motif personnel dans les entreprises en difficulté obéissent au droit commun du licenciement. **P. 10**

Mobilité professionnelle :

Les conditions de mise en œuvre de la mutation professionnelle temporaire des salariés — Utilisation des travailleurs dans les fonctions autres que celles de leur grade **P. 11**

Sanctions disciplinaires au travail :

L'avertissement — L'avertissement au travail est une sanction disciplinaire mineure contre un salarié. Cependant, l'employeur doit respecter certaines règles. **P. 12**

DEUXIEME PARTIE

Assemblées générales des associés :

Représentation des personnes physiques dans les assemblées : Mandat de vote et substitution de mandataire — L'associé mandataire doit-il l'exécuter personnellement ou peut-il déléguer ? **P. 13**

Assemblées des associés de la SARL :

La convocation de l'Assemblée Générale Ordinaire d'une S.A.R.L. — La tenue d'une assemblée ordinaire annuelle dans les SARL est obligatoire. Elle a pour objet d'approuver les comptes de l'exercice écoulé et de décider de l'affectation du résultat. **P. 13**

Associés de SARL :

Le droit des associés de la SARL à l'information — En qualité d'associé, les membres d'un SARL sont engagés financièrement dans la société. A ce titre, ils disposent d'un droit de regard et de contrôle sur la gestion de la gestion. **P. 14**

Conventions réglementées :

Les conventions de groupe : L'autorisation préalable des conventions de groupe de sociétés — Les conventions du groupe de sociétés sont-elles soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration ? **P. 15**

Dirigeants des sociétés anonymes :

Responsabilité civile et pénale des dirigeants sociaux — Dans quels cas les dirigeants (PDG-DGA-DG) et administrateurs de la société anonyme peuvent-ils être poursuivis pénalement ou civilement (saisies des biens meubles ou immeubles personnels par ex.) dans l'exercice de leurs fonctions respectives ? **P. 16**

Gérance de SARL :

Cogérance et cogérants dans la SARL — Les pouvoirs du cogérant d'une S.A.R.L **P. 17**

Parts sociales :

Cession de parts sociales : La convention de garantie d'actif et de passif sociales

L'acquisition d'un bloc de parts sociales permettant d'en prendre le contrôle de la société est généralement assortie d'une convention de garantie d'actif et de passif. **P. 18**

Réduction de capital dans les sociétés anonymes :

La réduction de capital à zéro

Validité de la réduction du capital à zéro. **P. 19**

PREMIERE PARTIE

Baux commerciaux :

La révision des loyers : Ce que dit la loi

La loi n° 77-37 du 25 mai 1997, réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, prévoit deux techniques de révision du loyer : une révision ordinaire et une révision spéciale.

Si les parties ont stipulé une clause d'échelle mobile, il s'agira d'une révision spéciale (2-2) par opposition à la révision ordinaire (2-1).

I. La révision ordinaire (révision triennale)

Il s'agit d'une dérogation légale au principe de fixité de l'accord des parties. Mais contrairement a ce qui a été affirmé, il ne s'agit nullement de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision.

La demande de révision peut être formulée par l'une ou l'autre partie, l'une pour demander la révision à la baisse (le locataire) l'autre pour en obtenir l'augmentation (le bailleur). En pratique c'est souvent le bailleur qui formule la demande. Le phénomène ne nécessite pas d'explications savantes : c'est souvent vers la hausse que vont les prix des biens et services ce qui permet de dire que les conditions économiques générales favorisent plutôt les demandes tendant à l'augmentation que celles qui tendent à baisser les prix des loyers. Mais quel qu'en soit le motif, la révision des loyers ne peut pas être obtenue si elle ne répond pas aux conditions prévues par la loi. Après avoir vérifié la réalisation de ces conditions, le juge procède à la révision par référence à la valeur locative équitable.

1. Les conditions de la révision

Quel qu'en soit l'auteur, la demande doit être formée par exploit d'huissier notaire (art. 24, alinéa 2). Elle doit répondre à deux conditions : La première tient au délai, la seconde a rapport avec les conditions économiques.

La première condition a trait au délai minimum en dessous duquel la demande de révision ne peut pas être formée. Il faut en effet que trois ans au moins s'écoulent à partir de la date d'entrée en jouissance du locataire ou à partir du point de départ du bail renouvelé pour qu'une demande de révision puisse être présentée. C'est ce qu'on désigne par révision triennale.

La seconde condition est en rapport avec l'évolution des conditions économiques. L'alinéa 2 de l'article 25 précise que "cette demande ne sera, en outre, recevable que si les conditions économiques se sont modifiées au point d'entraîner une variation de plus du quart de la valeur locative des lieux loués fixée contractuellement ou par décision judiciaire".

D'apparence claire, cette condition ne pose pas moins de difficultés au point de vue de sa mise en application par les tribunaux. On peut, en effet, légitimement se demander par référence à quels critères doit s'apprécier la modification des conditions économiques au point d'entraîner la variation du plus du quart de la valeur locative? La loi ne donne pas d'autres précisions. La Cour de cassation se contente parfois du rappel de cette condition sans d'autres détails. C'est ce qui fait de cette condition, pourtant une question de droit soumise au contrôle de la légalité, une question de fait soumise au contrôle minimum des motifs. Les juges du fond, pour leur part, s'en remettent le plus souvent aux experts même si rien ne les oblige à en suivre les conclusions. Mais cette liberté ne concerne que les détails (montant du loyer), jamais le procédé. Or de manière générale, c'est en fonction de l'indice des prix publié par le ministère de l'économie que les experts déterminent la variation des conditions économiques.

Le procédé a assurément le mérite de l'objectivité. Mais il risque de s'avérer insuffisant. La variation des prix peut être faussée soit par l'existence de produits compensés soit par celle de produits surtaxés. Il convient alors de corriger ce procédé par d'autres (prix des services, coût de la construction, etc.).

Les conditions ci-dessus exposées sont exigées toutes les fois qu'une demande est formée pour la première fois depuis le commencement du bail. Au terme des trois années à compter du jour où le nouveau loyer est devenu applicable, une nouvelle demande de révision peut être formée à condition de respecter la condition relative à la modification des conditions économiques (article 25 alinéa 3).

Lorsque la demande de révision est présentée avant que le délai de trois ans ne se soit écoulé ou lorsque les conditions économiques n'ont pas

connu des modifications de nature à entraîner des variations du plus du quart de la valeur locative, la demande de révision se solde par l'irrecevabilité. Il n'en est autrement qu'en cas de cession du fonds de commerce. Dans cette hypothèse, le nouveau propriétaire peut demander la révision sans avoir à justifier des conditions prévues par les alinéas 1er et 2 de l'article 25 (article 25 alinéa 4).

Une fois les conditions vérifiées, le juge fixe la valeur locative équitable.

2. La valeur locative équitable

L'article 22 de la loi du 25 mai 1977 prévoit que "le montant du loyer des baux à renouveler ou à réviser doit correspondre à la valeur locative équitable". Ce concept trouve ses origines dans la loi française du 13 juillet 1933 qui l'avait introduit en vue de permettre au juge de tempérer les augmentations de loyer résultant de la loi de l'offre et de la demande. La référence à l'idée d'équité tend à prendre en considération les intérêts du bailleur en même temps que ceux du locataire. Le sens élémentaire de l'équité veut que le juge n'appliquera pas les règles du droit positif mais qu'il s'en remettra à sa propre conception de la justice en fonction des cas qui lui sont soumis. Une telle solution est de nature à ouvrir la voie aux plus grandes divergences et c'est, semble-t-il, pour cette raison que le législateur français a dû la supprimer par une loi du 3 janvier 1966. Avec cette loi le juge est appelé à ses référer à une liste limitative composant la valeur locative sans pouvoir se référer à l'équité. Notre législateur n'a pas cru nécessaire d'adopter la même démarche. La référence à l'équité est conservée mais c'est une équité tempérée par des éléments objectifs qui servent de critères d'évaluation et en même temps des critères d'harmonisation. L'article 22 de la loi de 1977 se réfère à trois éléments.

Il s'agit d'une part de "la surface totale réelle affectée à la réception du public". La valeur locative dépendra de l'importance de la surface des lieux loués. En principe plus la surface est grande plus la valeur locative est appelée à augmenter et inversement. Mais le législateur complète cet élément par des sous-critères à savoir la vétusté et les équipements mis à la disposition du locataire d'une part et la nature et la destination de ces lieux leurs accessoires et leurs dépendances d'autre part. Il serait en effet anormal de contraindre le locataire à payer des loyers élevés pour des locaux vétustes et dépourvus d'équipements de même que l'équité veut que la valeur locative augmente si les locaux sont neufs et bien équipés.

D'autre part, la loi tient compte de la surface totale réelle des locaux annexes éventuellement affectés à l'habitation de l'exploitant ou de ses préposés.

Enfin le juge tiendra compte des éléments commerciaux ou industriels. A cet égard la loi impose de tenir compte de trois éléments : l'importance de la ville, du quartier et de l'emplacement ; la nature de l'exploitation et des commodités offertes pour l'entreprendre et enfin les charges imposées au locataire.

Ces éléments résument pour l'essentiel des critères de droit français. Il ne s'agit que de critères indicatifs ce qui signifie que le juge est en mesure de prendre en considération d'autres critères. Ce sont des critères dont la l'appréciation est le plus souvent abandonnée aux experts.

II. La révision spéciale : Pour se protéger contre l'instabilité monétaire les parties peuvent insérer dans leurs contrats des clauses d'indexation encore appelées clauses d'échelle mobile. Ce sont des clauses qui permettent une adaptation automatique du loyer aux variations économiques mesurées par un indice selon les échéances choisies par les parties. A la date prévue par le contrat, qui correspond généralement à la date de parution de l'indice choisi le loyer est modifié (indexation par rapport au SMIG par exemple). Cette clause n'est pas à confondre avec celle qui prévoit une majoration périodique d'un pourcentage déterminé.

La légalité de cette clause ne fait pas l'objet de doutes puisque l'article 26 la prévoit expressément.

Son caractère dérogatoire à la règle de l'article 25 concerne la périodicité de la révision. Autrement dit le demande de révision en application de cette clause n'est pas conditionnée par un minimum de trois ans. Mai cette clause ne jouera comme pour la révision ordinaire que si le loyer se trouve par le jeu de cette clause diminué ou augmenté du plus du quart par rapport au prix précédemment fixé en justice ou par contrat.

L'alinéa 2 de l'article 26 détermine l'autorité appelée à adapter le jeu de la clause à la valeur locative équitable et la date d'effet de la clause. C'est le juge qui à la demande de l'une des parties adaptera le jeu de la clause d'indexation à la valeur locative équitable. Il doit le faire au

jour de la demande (et non au jour de la modification de l'indice).

La formulation de ce texte est particulièrement ambiguë. L'adaptation du jeu de la clause d'échelle mobile à la valeur locative équitable permet-il au juge de réviser le loyer en tenant compte du prix initial qui constituerait le plancher et l'augmentation de 25% résultant de la clause qui sera considérée comme le plafond ce qui signifie l'impossibilité de descendre au dessous du minimum contractuel ?

Signifie-t-il au contraire que le juge aura un pouvoir de réfaction du contrat en application de l'article 26 qui serait un cas légal d'application de la théorie de l'imprévision ce qui l'autoriserait à revoir aussi bien à la hausse mais surtout à la baisse le prix des loyers même si ce prix doit être inférieur au minimum convenu ?

Ces deux opinions ont divisé la jurisprudence en France. La Cour de cassation française s'est rangée sous la deuxième opinion. (civ III 15 janvier 1992, RTD Com.p.792 , obs. Pédamon.)

Le problème ne s'est pas posé à notre jurisprudence. Notre droit qui conserve la référence à la valeur locative équitable semble indiquer une ligne de conduite. L'adaptation du jeu de la clause mobile à une valeur locative qualifiée d'équitable tend à empêcher les excès. L'équité exige que le bailleur ne soit pas obligé à percevoir une somme inférieure à celle prévue au contrat ni qu'il perçoive un prix supérieur à celui qui résulte du jeu de la clause.

Enfin si l'un des éléments retenus pour le calcul de la clause disparaît, il en résulte une inapplicabilité de la clause et la révision doit se faire dans les conditions de l'article 25 de la loi (article 26 alinéa dernier).

Fiscalité de l'entreprise

Fiscalité internationale :

La qualification d'établissement stable

Les conventions de non double imposition ont défini l'expression "établissement stable" comme étant toute installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce toute son activité ou une partie de son activité. A titre indicatif, lesdites conventions énumèrent les exploitations pouvant constituer un établissement stable à savoir :

- un siège de direction;
- un point de vente ;
- une succursale;
- un bureau;
- une usine;
- un atelier;
- une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'exploration ou d'extraction des ressources naturelles.

Elles ont également cité des exploitations considérées comme établissements stables après satisfaction de certaines conditions et d'autres exploitations ne constituant pas, dans tous les cas, des établissements stables.

a - Exploitations considérées comme établissement stable après satisfaction de certaines conditions

- les chantiers de construction ou les opérations de montage et les activités de surveillance s'y rattachant, pour lesquels les conventions ont fixé des conditions relatives à la période d'exécution ou au frais du montage par rapport au prix des équipements, et ce, pour constituer un établissement stable de l'entreprise en Tunisie (annexe n°1).

- Représentants de l'entreprise ne jouissant pas d'un statut indépendant : Une entreprise non résidente qui exerce son activité en Tunisie par l'intermédiaire d'une personne dépendante est considérée possédant un établissement stable en Tunisie pour toutes les activités que cette personne exerce pour son compte en Tunisie lorsque ladite personne est habilitée par l'entreprise de conclure des contrats en son nom et de l'engager.

Dans ce cadre, la DGELF a considéré qu'une agence de voyages non résidente dispose d'un établissement stable en Tunisie du fait qu'il a été établi que la personne qui agit pour son compte en Tunisie est habilitée à conclure et à signer en son nom les contrats d'allotement avec les entreprises touristiques résidentes ou établies en Tunisie.

- Entreprises d'assurances : Les entreprises d'assurances non résidentes, à l'exception de la réassurance, sont considérées comme ayant un établissement stable en Tunisie dans la mesure où elles y perçoivent des primes ou assurent des risques qui y sont encourus par l'intermédiaire d'une personne dépendante.

- Pour les autres prestations : Certaines conventions de non double imposition ont prévu des dispositions permettant de considérer qu'une entreprise dispose d'un établissement stable lorsqu'elle réalise dans l'Etat de la source des services pour une période qui dépasse six mois y compris les services de consultants par l'intermédiaire d'agents ou de fonctionnaires recrutés à cet effet.

Par ailleurs et du fait que la majorité des conventions n'a pas défini la notion d'établissement stable pour tous les autres services, et que la législation fiscale en vigueur en Tunisie n'a pas également abordé cette notion et en consécration de la doctrine administrative et des commentaires du modèle de la convention de non double imposition de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE), les autres prestations de services sont considérées rendues dans le cadre d'un établissement stable en Tunisie lorsque :

1. elles sont continues dans le temps (leur durée dépasse six mois)

C'est ce qui a été confirmé par la lettre de la DGELF n°1289 en date du 19 août 2014 par laquelle une société résidente en France fournissant des services d'administration et de gestion à une société résidente en Tunisie a été considérée comme ayant un établissement stable en Tunisie du fait qu'il a été établi que la durée des prestations de services dépasse six mois.

2. elles sont multiples et dépendantes les unes des autres

C'est ce qui a été confirmé par la lettre de la DGELF n°26 en date du 07 janvier 2013 par laquelle une société résidente aux Etats Unis d'Amérique fournissant des services à une société tunisienne pour une période inférieure à six mois a été considérée comme ayant un établissement stable en Tunisie du fait de la multiplicité des services rendus à ladite société qui comprennent des études, des services d'ingénierie, l'élaboration de plans, l'assistance technique au cours des différentes phases de montage des équipements (supervision, contrôle) et la formation du personnel.

3. elles forment un cycle commercial complet

C'est ce qui a été confirmée par la lettre de la DGELF n°1497 en date du 28 septembre 2012 qui a considéré qu'une société résidente aux Pays-Bas qui a organisé un tournoi de poker en Tunisie pendant une semaine, exerce son activité en Tunisie dans le cadre d'un établissement stable du fait de la multiplicité des prestations qu'elle a réalisées dans la cadre dudit tournoi de poker et leur complémentarité de façon qu'elles forment un cycle commercial complet, qui comprend notamment les services de transport aérien international, de réservation et d'assurance, les prestations de logement et d'hébergement, la participation au tournoi de poker et l'organisation d'excursions et de réceptions.

4. elles nécessitent une installation fixe d'affaires telles que les opérations de forage des puits de pétrole sauf exception prévue par la convention tel le cas des opérations de forage réalisées en Tunisie par une entreprise résidente aux Etats Unis d'Amérique qui sont considérées réalisées dans le cadre d'un établissement stable lorsque leur durée dépasse 183 jours par période de 365 jours.

Certaines conventions précisent également que les participations d'un associé aux bénéfices d'une entreprise constituée sous forme de société de fait ou de participations sont imposables dans l'Etat où l'entreprise a un établissement stable. Dans le même sens la doctrine administrative considère qu'une entreprise non résidente est établie en Tunisie du simple fait de sa qualité d'associé dans une société de personnes et assimilées constituées conformément à la législation tunisienne et de ce fait elle est soumise à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés, et ce, sur la part des bénéfices lui revenant de ladite société.

b- Exploitations ne constituant pas un cas d'établissement stable

Les conventions de non double imposition excluent expressément de la notion d'" établissement stable " certaines installations, soit du fait qu'elles ne remplissent pas toutes les conditions requises pour l'existence d'un établissement stable, soit du fait que l'activité est exercée par un agent autonome, soit du fait du principe de l'autonomie juridique et fiscale des sociétés mères et filiales.

b-1. Installations ne répondant pas aux conditions requises pour l'existence d'un établissement stable

On ne considère pas qu'il y a établissement stable lorsque :

* une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de biens ou de marchandises appartenant à l'entreprise,

* des biens ou des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposés aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison,

* des biens ou des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposés aux seules fins de transformation par une autre entreprise,

* une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des biens ou de marchandises ou de réunir des informations ou à des fins de publicité pour l'entreprise,

* une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité de caractère préparatoire ou auxiliaire,

* une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé des activités ci-dessus mentionnées à condition que l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires résultant de ce cumul garde un caractère préparatoire ou auxiliaire.

Il est à noter que pour toutes ces installations d'affaires :

- le stock de marchandises ne doit pas être utilisé aux fins de livraison régulière de marchandises pour l'entreprise ou pour le compte de l'entreprise.

- aucune réception ni satisfaction de commandes pour l'entreprise ou pour d'autres entreprises contrôlées par elle ou qui sont placées sous contrôle commun ne doit avoir lieu à partir de la Tunisie.

C'est ce qui a été confirmé par la lettre de la DGELF n°64 en date du 19 janvier 2015 qui a considéré qu'une société résidente en Suisse dispose d'un établissement stable en Tunisie pour les services que lui rend une société résidente en Tunisie et portant sur la promotion, la publicité de ses produits, la réception des commandes des clients et leur transfert à la société suisse sans intervention ni au niveau de la négociation des prix ni au niveau de l'opération de vente.

- Ne doivent pas dépasser le caractère préparatoire ou auxiliaire.

C'est ce qui a été confirmé par la lettre de la DGELF n°329 en date du 25 mars 2014, par laquelle un bureau de liaison d'une société résidente aux Pays-Bas a été considéré comme constituant un établissement stable tunisien de la société néerlandaise du fait qu'il a été établi que son rôle dépasse la représentation et la simple fourniture d'informations pour 8 comprendre des opérations de commercialisation ayant pour but de renforcer la présence commerciale de la société en Tunisie.

b-2. Entreprises utilisant le concours d'intermédiaires autonomes

Une entreprise non résidente en Tunisie qui y exerce son activité par l'entremise d'un courtier, d'un commissionnaire général ou de tout autre agent jouissant d'un statut indépendant n'est pas considérée comme disposant d'un établissement stable en Tunisie à condition que ces personnes exercent leur activité en tant qu'indépendant vis-à-vis de l'entreprise, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas avoir de prérogatives leur permettant de représenter ladite entreprise et de traiter en son nom.

C'est ainsi, lorsqu'il est établi que l'agent exerce exclusivement ou presque exclusivement pour le compte de ladite entreprise, il n'est pas considéré comme jouissant d'un statut indépendant et constitue donc un établissement stable de l'entreprise.

b-3. Sociétés contrôlant d'autres sociétés

Une société non résidente en Tunisie n'est pas considérée ayant un établissement stable en Tunisie du simple fait qu'elle a une filiale en Tunisie, et ce, en vertu du principe de l'autonomie juridique et fiscale des deux sociétés.

Toutefois, et dans le cas où il est établi que la filiale tunisienne rend à la société non résidente des services multiples et continus dans le temps ou agit pour le compte exclusif de ladite société, la société non résidente serait considérée comme disposant d'un établissement stable en Tunisie pour tous les services qui lui sont rendus par la filiale.

C'est ce qui a été confirmé par la lettre de la DGELF n° 851 en date du 02 juin 2009 qui a considéré qu'une société mère résidente en Allemagne exerce son activité en Tunisie dans le cadre d'un établissement stable à travers sa filiale résidente en Tunisie du fait que cette dernière lui rend des services multiples et continus dans le temps allant jusqu'à conclure des marchés en Tunisie en son nom en s'engageant à respecter toutes ses obligations contractuelles envers les clients.

Impôt sur les sociétés :

Jetons de présence : La déductibilité des jetons de présence

Les jetons de présence alloués aux administrateurs, représentants de l'entreprise dans les conseils d'administration des sociétés dans lesquelles elle détient des participations, constituent un "sous-produit" des revenus de ces participations.

Les jetons de présence perçus, qui étaient exonérés de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les sociétés avant l'entrée en vigueur de la loi de finances n° 94-127 du 26.12.1994, sont devenus, à partir de l'exercice 1994, imposables en tant que produits accessoires.

Corrélativement, ces jetons constituent, à concurrence du montant payé à titre de remboursement des frais de présence au conseil d'administration ou aux conseils de surveillance (art. 50 de la loi précitée), c'est-à-dire des frais occasionnés par la participation aux travaux de ces conseils (frais de transport, hébergement, restauration, ...), des charges déductibles pour l'établissement payeur.

Dans une prise de position (182) du 31 janvier 2014, la direction générale des impôts a rappelé que les jetons de présence ne sont déductibles que pour la fraction jugée équivalente eu remboursement des frais de présence appuyés des pièces justificatives.

Selon la doctrine administrative actuelle, les jetons de présence accordées par les sociétés au profit des membres du conseil d'administration à titre de remboursement de frais de présence non appuyés de pièces justificatives ouvrent droit à déduction du bénéfice imposable dans la limite de :

- 1.000 dinars par membre et par réunion du conseil d'administration pour les membres résidents ;

- 3.000 dinars par membre et par réunion du conseil d'administration pour les membres non résidents.

Fonds de commerce :

Location-gérance du fonds de commerce : Contrat de location-gérance du fonds de commerce

La location-gérance est le contrat par lequel un propriétaire concède totalement ou partiellement l'exploitation de son fonds de commerce à un locataire moyennant le paiement d'un loyer. C'est la définition qui se dégage de l'article 229 du Code de Commerce.

Ce contrat doit impérativement, faire l'objet d'une publicité légale dans les quinze jours qui suivent sa conclusion. Selon l'article 231 du Code de Commerce " Tout contrat de location d'un fonds de commerce sera publié sous forme d'extrait dans un délai de quinze jours à compter de la date de sa conclusion, au Journal Officiel de la République Tunisienne et dans deux journaux quotidiens dont un en langue arabe, avec l'indication des nantissements et des créanciers inscrits s'il y en a ".

Les formalités de publicité de la gérance libre sont différends de celles prévues pour la vente du fonds de commerce au niveau de la forme et du fond.

D'abord et à la différence de la publicité de la vente pour laquelle un seul journal quotidien est requis et sans détermination de la langue, la location gérance doit paraître impérativement dans deux journaux quotidiens dont un en langue arabe.

Ensuite et en ce qui concerne le contenu de la

publication un extrait du contrat est suffisant pour la location gérance. Il n'y a pas de mentions obligatoires à publier comme c'est le cas pour la vente.

L'accomplissement des formalités de publicité est d'une importance particulière pour le propriétaire du fonds de commerce. Ce dernier reste en effet, solidairement tenu avec le locataire des dettes contractées tant que les formalités de publicités n'ont pas été respectées.

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

La cour de cassation considère que l'effet du non respect de la formalité de publicité se limitent à la relation avec les tiers et n'affecte pas la validité du contrat entre les deux parties (Cassation, 23485, 29 mai 1991).

La publicité a pour effet d'aviser le tiers contractant de l'existence d'un contrat de location gérance du fonds de commerce. A défaut de publicité, le tiers contractant est supposé ne pas être au courant de la location. Le tiers est admis à se prévaloir de la situation apparente et en droit d'agir en justice contre le propriétaire et le locataire solidairement tenus de la dette.

Transaction :

Sort de la transaction en cas d'inexécution par une partie

L'article 1458 du code des obligations et des contrats définit la transaction comme " un contrat par lequel terminent ou préviennent une contestation moyennent la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie.

Contrat et concession réciproque

Afin d'établir un équilibre entre les parties, chacune d'entre elle doit accepter de renoncer à une partie de leurs prétentions. En l'occurrence, les demandeurs abandonnaient leurs prétentions à des dommages intérêts en contrepartie des travaux engagés par la voisine afin que les eaux usées se ne déversent plus sur leur fonds.

Quel recours peut avoir la partie qui se plaint de l'inexécution d'une transaction ?

Selon l'article 1471 du code des obligations et des contrats, "Lorsque l'une des parties n'accomplit pas les engagements qu'elle a pris dans la transaction, l'autre partie peut poursuivre l'exécution du contrat si elle est possible, et à défaut, en demander la résolution, sans préjudice de son droit aux dommages dans les deux cas".

Les dispositions relatives à la transaction reprennent le principe général posé par l'article 273 du code des obligations et des contrats pour tous les contrats synallagmatiques selon lequel la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté peut en détenir l'exécution forcée du contrat ou en demander la résolution.

La résolution est seulement facultative pour le créancier de l'obligation inexécutée. L'article 1471 lui offre le choix entre forcer la partie défaillante à l'exécution lorsque celle-ci est possible ou demander la résolution avec dommages-intérêts.

L'idée est ici que le créancier qui supporte la défaillance de son cocontractant doit avoir le choix de l'action qui lui paraît la plus appropriée pour y porter remède.

Obligations sociales de l'entreprise

Licenciement :

Licenciement des salariés pour motif personnel d'une société en règlement judiciaire

Le rapport entre le droit du travail et le droit du redressement des entreprises en difficultés économiques au sens de la loi du 17 avril 1995, soulève dans la pratique des problèmes assez importants surtout lorsqu'il s'agit de trancher une question régie par l'un et l'autre des deux droits.

Il en est particulièrement de la question du licenciement des salariés d'une société qui passe par des difficultés économiques. Quel serait, en l'occurrence, le droit applicable ? Serait-ce le doit du redressement des entreprises en difficultés économiques ou plutôt le droit du travail ?

Au sein du droit positif, il existe deux sortes de licenciement : soit le licenciement est fondé sur un motif personnel, c'est à dire inhérent à la personne du salarié, soit le licenciement est fondé sur un motif économique, c'est à dire non inhérent à la personne du salarié. Le licenciement pour motif personnel est toujours individuel, tandis que le licenciement pour motif économique peut être individuel ou collectif.

Dans les entreprises en difficulté, il y a donc une distinction nette entre le régime des licenciements pour motif économique aménagé par le droit des entreprises en difficulté, et le régime des licenciements pour motif personnel ignoré par ce droit. Un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation française illustre particulièrement le désintérêt du droit des entreprises en difficulté à l'égard du licenciement pour motif personnel. En effet, il a été jugé que "la clause d'un plan de cession d'entreprise arrêté par un tribunal de commerce par laquelle le repreneur s'engage, pour la durée du plan, à ne pas licencier sans l'autorisation préalable du tribunal saisi par le juge-commissaire à l'exécution du plan, ne peut concerner que les licenciements prononcés pour motif économique et ne prive pas l'employeur de son pouvoir disciplinaire exercé sous le contrôle du juge prud'homal (Soc., 16 mai 2007, n° 06-40. 496).

Autrement dit, la force obligatoire du plan est limitée aux licenciements pour motif économique. Elle ne s'étend pas aux licenciements pour motif personnel. Le droit des entreprises en difficulté ignore donc le régime des licenciements pour motif personnel.

Un auteur a parfaitement résumé la situation : "l'indiscipline du salarié, son insubordination, ses insuffisances professionnelles, ses maladresses ou négligences, son inaptitude physique sont des motifs individuels de licenciement, inhérents à sa personne et sans rapport avec la procédure collective de l'employeur. Ils n'exercent aucune influence juridique sur elle. Ils restent soumis au code du travail, à la seule différence qu'à la personne "habituelle" de l'employeur est substitué le plus souvent, es qualité, un mandataire de justice, administrateur ou liquidateur, qui remplit cet office" (Y. Chagny, "Engagements sociaux du cessionnaire d'une entreprise en redressement judiciaire : de l'inefficacité à l'inutilité des engagements en matière de licenciement pour motif personnel", RDT 2007, p. 457).

En définitive, le droit des entreprises en difficulté a un impact limité sur le régime des licenciements pour motif personnel.

Mobilité professionnelle :

Les conditions de mise en œuvre de la mutation professionnelle temporaire des salariés

Le code du travail a prévu la mobilité du personnel en fonction des nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise. Cette mobilité revêt la forme d'une mutation professionnelle.

En effet, l'article 76-2 du code du travail dispose que : "Pour nécessité de service, le travailleur peut être chargé d'effectuer des travaux d'une catégorie inférieure ou supérieure à sa catégorie".

Cependant, le code du travail n'a pas organisé les modalités d'application de cette disposition. Il a simplement précisé que ces modalités "sont fixées par les conventions collectives, les contrats individuels ou par arrêté du ministre chargé des affaires sociales pris après consultation des organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs concernées".

En réalité, cette forme de mobilité du salarié, impliquant une modification de son contrat de travail, n'est pas nouvelle en droit tunisien. Par exception au principe de la force obligatoire du contrat, la jurisprudence a déjà affirmé, dans certaines hypothèses, que l'employeur est en mesure, dans le cadre de son pouvoir de direction, d'imposer au salarié une modification de son contrat, affectant son poste ou sa catégorie professionnelle, lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie.

Cette attitude jurisprudentielle trouve son fondement, le plus souvent, dans les dispositions de l'article 15 de la convention collective-cadre, reproduites par l'ensemble des conventions sectorielles, qui ont autorisé, moyennant certaines conditions, l'utilisation des travailleurs dans des fonctions autres que celles de leur

grade, lorsque les "nécessités de services "l'exigent.

A cet égard, l'article 15 de la convention collective cadre prévoit que pour nécessité de service, un travailleur pourra être requis par écrit pour exercer les fonctions d'une catégorie immédiatement supérieure à celle où il est classé. Dans ce cas il percevra dès le premier jour une indemnité représentant la différence de salaire entre celui de son échelle et celui de l'échelle correspondante à la catégorie à laquelle il accède provisoirement. Cette position ne doit, toutefois, pas dépasser la durée de trois mois, période à l'issue de laquelle le travailleur est soit confirmé dans la nouvelle catégorie, soit replacé dans sa catégorie d'origine en ayant un droit de priorité pour accéder à cette catégorie nouvelle en cas de vacance définitive.

Sanctions disciplinaires au travail :

L'avertissement

L'article 37 de la convention collective cadre fixe les règles générales et permanentes relatives à la discipline et, notamment, la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.

Le comportement fautif du salarié peut entraîner l'une des sanctions suivantes :

- avertissement verbal ou écrit,
- mise à pied,
- mutation,
- rétrogradation,
- licenciement.

L'avertissement est la sanction la plus simple et répond par conséquent à une faute relativement bénigne.

1. Quelles circonstances ?

L'avertissement constitue une sanction disciplinaire selon l'article 37 de la convention collective cadre. Le salarié averti doit être responsable d'un comportement fautif : non-respect du règlement intérieur, refus d'obéir à l'employeur, négligences… Ces fautes ne sont cependant pas assez graves pour justifier un licenciement ni même une mise à pied (avec retenue sur salaire).

Une faute ne peut être sanctionnée qu'une seule fois. Cela ne signifie pas que la faute peut être répétée impunément mais que les sanctions suivantes (nouvel avertissement, licenciement…) devront porter sur des événements qui n'ont pas encore fait l'objet de sanction.

2. Quelle procédure ?

Contrairement aux autres sanctions disciplinaires prévues par l'article 37 de la convention collective cadre, l'avertissement n'affecte par la présence du salarié dans l'entreprise, ni sa rémunération, ni son évolution de carrière. A ce titre, la procédure est simplifiée : aucun entretien préalable entre l'employeur et le salarié n'est nécessaire, même si cette étape n'est pas interdite.

L'avertissement peut être oral ou écrit avec inscription au dossier. L'avertissement avec inscription au dossier constitue une sanction susceptible d'avoir une influence sur la carrière du salarié et ne peut donc être qualifié de sanction mineure. Il est généralement notifié au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception ou remis en main propre contre signature.

Le salarié est-il obligé de recevoir l'avertissement ?

En principe, le salarié n'est pas obligé de recevoir l'avertissement, toutefois, le salarié doit en principe toujours recevoir et réagir rapidement, car les conséquences d'une abstention de recevoir peuvent être très fâcheuses.

Le salarié a également la possibilité de soumettre son cas à l'inspecteur du travail, qui peut intervenir comme médiateur pour tirer au clair cette situation, car elle peut être à l'origine d'un conflit entre le salarié et son employeur.

Enfin, le salarié a même la possibilité de demander l'annulation de cette décision, qu'il considère abusive devant le tribunal compétent tout en restant dans son travail.

3. Quelles conséquences ?

L'avertissement est une sanction légère qui ne peut conduire au licenciement. Cependant, l'accumulation d'incidents peut mener à des sanctions plus lourdes. Le salarié peut donc tout à fait avoir intérêt à répondre à un

avertissement, pour mettre en avant des circonstances atténuantes voire même contester le caractère fautif de son comportement.

DEUXIEME PARTIE

Assemblées générales des associés :

Représentation des personnes physiques dans les assemblées : Mandat de vote et substitution de mandataire

L'article 278 du code des sociétés commerciales dispose "Tout actionnaire peut voter par correspondance ou se faire représenter par toute personne munie d'un mandat spécial ".

La procuration peut être donnée à un actionnaire ou à un tiers. Les statuts ne peuvent déroger à la règle de la représentation libre en interdisant aux actionnaires de se faire représenter par des tiers.

S'agissant des SARL, l'article 129 du code des sociétés commerciales dispose que "Tout associé peut être représenté par une autre personne munie d'une procuration spéciale".

La procuration est spéciale ; c'est à dire qu'elle ne concerne que la présence et le vote lors de l'assemblée.

La procuration peut être donnée à un associé ou à un tiers. Les statuts ne peuvent déroger à la règle de la représentation libre en interdisant aux associés de se faire représenter par des tiers26.

Est-il possible pour l'actionnaire ou l'associé mandataire de déléguer ce mandat à une autre personne ?

Dans ces conditions, le mandataire doit-il l'exécuter personnellement ou peut-il déléguer ?

D'une manière générale, le mandat spécial de représentation donné par un actionnaire pour une assemblée générale obéit aux règles du droit commun du mandat posées par les articles 1104 et suivants du code des obligations et des contrats.

L'article 1128 du code des obligations et des contrats prévoit que le mandataire général avec pleins pouvoirs est censé autorisé à se substituer une autre personne en tout ou en partie. Toutefois, selon l'article 1127 du même code, le mandataire ne peut se substituer une autre personne dans l'exécution du mandat, si le pouvoir de se substituer ne lui a été expressément accordé, ou s'il ne résulte de la nature de l'affaire ou des circonstances.

Ainsi, le mandat donné par un actionnaire à un autre actionnaire pour le représenter dans les assemblées générales est personnel, ce qui exclut pour le mandataire désigné de se substituer un tiers, et qu'il est spécial, ce qui impose qu'il ne soit donné que pour une assemblée et au vu de l'ordre du jour de cette assemblée sauf exception expresse.

Assemblées des associés de la SARL :

La convocation de l'Assemblée Générale Ordinaire d'une S.A.R.L.

Aux termes de l'article 128 du Code des Sociétés Commerciales l'Assemblée Générale Annuelle doit être tenue dans un délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice social.

Il est impératif de respecter les dispositions du Code des Sociétés Commerciales relatives à la convocation de l'Assemblée Générale Annuelle sous peine de voir les travaux de l'Assemblée passibles d'annulation judiciaire.

Qui peut convoquer l'Assemblée Générale annuelle ?

Selon l'article 126 du Code l'A.G.0 annuelle est, convoquée par le gérant ou, en cas de carence par le commissaire aux comptes s'il en existe un.

En outre, l'article 127 du Code permet aux associés détenant au moins le quart du Capital Social de demander au gérant, une fois par ans de convoquer l'assemblée générale et ce, nonobstant toute clause statutaire contraire.

Enfin, tout associé peut pour juste motif, demander au juge de référé d'ordonner au gérant ou au commissaire aux comptes ou même à un mandataire judiciaire qu'il aura désigné, de convoquer l'assemblée générale et de fixer l'ordre du jour.

Le juste motif est une notion qui peut englober plusieurs hypothèses notamment le cas de l'incapacité du gérant, l'abandon de fonctions, l'absence d'assemblée depuis deux ans..... Le juste motif permet à un seul associé de provoquer judiciairement la tenue de l'assemblée et se présente lorsque la société se trouve dans une impossibilité matérielle de tenir son A.G.O. C'est notamment le cas lorsque face à la défaillance du gérant et l'absence d'un commissaire aux comptes, il n'existe aucune demande émanant des associés détenant le quart du Capital Social.

Comment convoquer l'Assemblée Générale Annuelle ?

Aux termes de l'article 126 in fine du C.S.C, la convocation à l'A.G.O d'une SARL est adressée à tous les associés par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le choix d'un procédé plus certain comme celui de la convocation par huissier notaire peut dans certains cas être plus attentif malgré que le texte ne mentionne que la lettre recommandée avec accusé de réception.

La lettre de convocation doit mentionner clairement l'ordre du jour de l'assemblée générale ainsi que le texte des résolutions proposées.

Le législateur insiste particulièrement sur le fait que la mention de l'ordre du jour et les résolutions proposées soit faite clairement. En effet, les associés doivent être avisés d'une façon claire sur le contenu des résolutions à voter.

En pratique, les questions inscrites à l'ordre du jour et les résolutions à voter doivent être libellées et rédigées d'une manière claire qui ne prête pas à confusions ou équivoques. Le recours à un point de l'ordre du jour libellé " questions diverses " doit être limité dans la mesure du possible en ce sens qu'il ne doit pas servir d'excuse pour passer des résolutions d'une grande importance.

Quand convoquer l'assemblée générale ordinaire ?

L'article 126 in fine du C.S.C dispose que la convocation à l'Assemblée Annuelle Ordinaire est faite vingt jours aux moins avant la date de la tenue de l'assemblée.

Toutefois, l'article 128 paragraphe 2 tel que modifié par la loi n°2005-65 du 27/07/2005 dispose que " trente jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale ayant pour objet l'approbation des états financiers, les documents suivants seront communiqués aux associés par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen ayant trace écrite :

- le rapport de gestion
- l'inventaire des biens de la société
- les états financiers
- le texte des résolutions proposées
- le rapport du commissaire aux comptes aux cas où sa désignation est obligatoire.

Ainsi, deux délais se présentent dans le Code des Sociétés Commerciales. Le premier est celui de l'article 126 qui évoque la convocation à l'assemblée avant vingt jours au moins de sa tenue. Le deuxième est celui de l'article 128 qui évoque la communication des documents aux associés avant trente jours au moins.

En pratique, une convocation adressée avant trente jours au moins à laquelle sont joints les documents de l'article 128 est certainement conforme aux exigences des deux textes.

Pour le calcul du délai, il faut recourir aux dispositions du Code des Obligations et des Contrats en ce sens que le jour de la notification et celui de la tenue de l'assemblée ne sont pas être pris en compte dans le calcul du délai.

Associés de SARL :

Le droit des associés de la SARL à l'information

Le code des sociétés commerciales garantit aux associés de la SARL le droit à l'information.

Ce droit peut être occasionnel, notamment, trente jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale ayant pour objet l'approbation des états financiers, les documents suivants seront communiqués aux associés par

lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen ayant trace écrite :

- le rapport de gestion,
- l'inventaire des biens de la société,
- les états financiers,
- le texte des résolutions proposées,
- le rapport du commissaire aux comptes aux cas où sa désignation est obligatoire.

L'article 147 du code des sociétés commerciales punit d'une amende de 500 à 5.000 dinars les gérants qui n'ont pas communiqué aux associés un mois avant la tenue de l'assemblée générale, les états financiers de l'exercice, le rapport de gestion, les décisions proposées, et le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes.

Le droit à l'information est également un droit qui peut être exercé de façon permanente, en consultant les documents qui se trouvent au siège social de la société. En effet, selon l'article 128 du code des sociétés commerciales, tout associé peut, à tout moment, prendre connaissance sur place des documents sociaux ci-dessus concernant les trois derniers exercices et se faire aider par un expert comptable ou un comptable.

Au-delà de ce droit à l'information classique, selon l'article 139 du code des sociétés commerciales, un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit conjointement, demander au juge des référés la désignation d'un expert ou d'un collège d'experts qui aura pour mission de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

Cette expertise est censée faire ressortir les éventuelles irrégularités qui mettraient en cause la responsabilité sinon pénale, au moins civile du gérant de la société, mais aboutirait également à un rapport qui donnera à l'associé une idée détaillée sur la santé financière et la gestion de la société pour la période cible.

Conventions réglementées :

Les conventions de groupe : L'autorisation préalable des conventions de groupe de sociétés

Le numéro 1 du paragraphe II de l'article 200 du code des sociétés commerciales dispose que "toute convention conclue directement ou par personne interposée entre la société, d'une part, et le président de son conseil d'administration, son administrateur délégué, son directeur général, l'un de ses directeurs généraux adjoints, l'un de ses administrateurs, l'un des actionnaires personnes physiques y détenant directement ou indirectement une fraction des droits de vote supérieurs à dix pour cent, ou la société la contrôlant au sens de l'article 461 du présent code, d'autre part, est soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Selon l'article 252 du même code, "les dispositions de l'article 200 du code sont applicables aux opérations conclues par la société anonyme à directoire et à conseil de surveillance.

Aux termes de l'article 475 du code des sociétés commerciales, "lorsque deux sociétés ou plus appartenant à un groupe de sociétés ont les mêmes dirigeants, les conventions conclues entre la société mère et l'une des sociétés filiales ou entre sociétés appartenant au groupe sont soumises à des procédures spécifiques de contrôle consistant en leur approbation par l'assemblée générale des associés de chaque société concernée, sur la base d'un rapport spécial établi par le commissaire aux comptes à l'effet si la société concernée est soumise à l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes.

Le contrôle n'est pas obligatoire si la convention porte sur une opération courante conclue à des conditions normales".

La question que pose l'article 475 du code des sociétés commerciales par rapport aux articles 200 et 252 du code des sociétés commerciales est la suivante : l'autorisation préalable des conventions de groupe est-elle requise ?

Si l'on considère que l'article 475 constitue une disposition spéciale applicable aux groupes pouvant déroger à la disposition générale formulée par l'article 200 du code des sociétés commerciales et aux dispositions de l'article 252du code des sociétés commerciales que le régime des conventions de groupe ne comporte pas d'autorisation préalable du conseil d'administration et se réduit à une procédure spécifique de contrôle consistant en l'approbation par l'assemblée générale de

chaque société du groupe concernée sur la base d'un rapport spécial établi par le commissaire aux comptes de chaque société concernée soumise à l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes.

En revanche, si l'on considère que les dispositions de l'article sont implicitement abrogés par l'article 200 qui régit aussi les conventions intervenant entre la société mère et ses filiales au sens de l'article 461, l'autorisation préalable du conseil d'administration reste requis. En effet, aux termes de l'article 200 du code des sociétés commerciales, "toute convention conclue……. entre la société……..et la société la contrôlant au sens de l'article 461 du code des sociétés commerciales est soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration".

Malgré la contradiction entre deux textes régissant la même situation, concernant la société mère et ses filiales, les sociétés doivent appliquer, en l'état actuel des textes, la procédure dans sa plénitude comprenant l'autorisation préalable du conseil d'administration, même s'il est légitime de se poser la question de l'utilité d'avoir maintenu l'article 475 du code des sociétés commerciales en dépit des nouvelles dispositions régissant, partiellement, la même matière de façon différente.

Pire encore, le maintien de l'article 475 dans le code des sociétés commerciales est source d'erreur pouvant perturber la gestion juridique des groupes de sociétés lorsqu'on ne prête pas attention au fait qu'il a été implicitement abrogé, du moins partiellement en ce qui concerne les relations entre la société mère et ses filiales, par les dispositions de l'article 200 du code des sociétés commerciales.

Dirigeants des sociétés anonymes :

Responsabilité civile et pénale des dirigeants sociaux

La société anonyme a pour caractère essentiel d'être une société à risque limité pour tous ses membres qui ne sont tenus au passif social que jusqu'à concurrence de leurs apports.

Cependant, le code des sociétés commerciales prévoit plusieurs hypothèses où les dirigeants sociaux peuvent être poursuivis sur leurs biens personnels.

1. Cas du président directeur général : Le président-directeur général de la société est considéré comme commerçant pour l'application des dispositions des dispositions du code des sociétés commerciales.

En cas de faillite de la société, le tribunal peut soumettre le président directeur général ou le directeur général adjoint aux déchéances attachées par la loi à la faillite. Le tribunal peut toutefois l'en affranchir s'il prouve que la faillite n'est pas imputable à des fautes graves commises dans la gestion de la société.

Dans le cas où le président directeur général se trouverait empêché d'exercer ses fonctions le président directeur général adjoint ou l'administrateur délégué encourent dans la limite des fonctions qu'ils ont assurées, la responsabilité définie par le présent article aux lieux et place du président (Article 213 CSC).

2. Cas du président du conseil d'administration : En principe, le président du conseil d'administration est soumis aux mêmes responsabilités que le président directeur général.

Toutefois et contrairement aux dispositions de l'article 213 du code des sociétés commerciales, le président du conseil d'administration n'est pas considéré dans ce cas comme commerçant. En cas de faillite de la société il n'est pas soumis aux déchéances attachées par la loi à la faillite, sauf s'il s'est immiscé dans la gestion directe de la société (Article 216 CSC).

3. Cas du directeur général : Le directeur général est soumis à toutes les obligations et responsabilités mises à la charge des membres du conseil d'administration ou de son président par le CSC (Article 218 CSC).

Aussi, le directeur général de la société est considéré comme commerçant pour l'application des dispositions du code des sociétés commerciales. En cas de faillite de la société, le directeur général est soumis aux déchéances attachées par la loi à la faillite Toutefois le tribunal peut l'en affranchir s'il prouve que la faillite n'est pas imputable à des fautes graves commises dans la gestion de la société (Article 217CSC).

4. Cas de la faillite du règlement judiciaire de la société : En cas de faillite ou de règlement judiciaire de la société de la société, tous les dirigeants peuvent être soumis aux dispositions prévues par l'article 214 du code des sociétés commerciales.

Selon l'article 214 du code des sociétés commerciales et lorsque le règlement judiciaire ou la faillite fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, à la demande de l'administrateur judiciaire, du syndic de la faillite ou de l'un des créanciers, décider que les dettes de la société seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité et jusqu'à la limite du montant désigné par le tribunal, par le président directeur général, le ou les directeurs généraux adjoints, les membres du conseil d'administration ou tout autre dirigeant de fait.

Les personnes ci-dessus indiquées ne sont exonérées de la responsabilité que si elles apportent la preuve qu'elles ont apporté à la gestion de la société toute l'activité et la diligence d'un entrepreneur avisé et d'un mandataire loyal

5. La responsabilité des administrateurs

Le code des sociétés commerciales fait peser une responsabilité civile et pénale sur les administrateurs de la société anonyme.

Cette responsabilité s'étend à tout représentant permanent des personnes morales nommées en qualité d'administrateurs.

L'article 191 du code des sociétés commerciales dispose : "Une personne morale peut être nommée membre du conseil d'administration.

Lors de sa nomination, elle est tenue de nommer un représentant permanent qui est soumis aux mêmes conditions et obligations et qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente".

Les cas de responsabilité prévus par le code des sociétés commerciales s'ajoutent aux autres causes de responsabilité prévues par d'autres législations spéciales (droit fiscal, économique, change, commerce extérieur etc.)

Enfin d'autres procédés peuvent être utilisés afin de poursuivre les biens personnels des dirigeants sociaux :

- Le cautionnement par les dirigeants des engagements de la société : Le banquier qui octroie un prêt à une société anonyme demande pratiquement toujours aux dirigeants de celle-ci une garantie personnelle de remboursement, et la technique juridique la plus fréquemment utilisée à cette fin est celle du contrat de cautionnement ; celui-ci s'accompagne souvent des prises d'hypothèques sur les immeubles qui sont la propriété personnelle des dirigeants.

- L'extension des procédures collectives ouvertes contre la société à ses dirigeants : L'article 596 du code de commerce, et qui est d'une portée générale à la fois par sa place dans le code de commerce et par sa rédaction, systématise la théorie de la simulation en disposant qu'"en cas de faillite d'une société, la faillite peut être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait, dans son intérêt personnel, des actes de commerce, et disposé en fait des biens sociaux comme de ses biens propres".

Gérance de SARL :

Cogérance et cogérants dans la SARL

Aux termes des dispositions de l'article 114 du code des sociétés commerciales " 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 ".

A l'égard des tiers, la pluralité de gérant procède toujours d'une dimension individuelle en ce sens que chaque cogérant peut traiter avec les tiers comme s'il était le gérant unique de la société. Le cogérant détient les mêmes pouvoirs qu'il aurait détenus s'il était l'unique gérant de la société.

La pluralité de gérant n'est ainsi pour le tiers contractant, qu'une simple juxtaposition de personnes dotées respectivement de tous les

attributs d'un gérant unique.

Ce principe, qui impose une dimension individuelle à la gérance plurale, est, à plusieurs égards, conforme à l'impératif de protection des tiers. En effet, cette organisation a-collégiale dispense les tiers de consulter les statuts avant de traiter avec la société et leur permet d'ignorer le fait que plusieurs gérants sont nommés à la tête de la personne morale.

Les tiers peuvent, donc, traiter avec chacun des cogérants en toute sécurité. Cette situation est d'autant plus confortable pour eux que la vérification des clauses instaurant une gérance plurale peut s'avérer une tache très difficile, compte tenu de la variabilité des formules utilisables à cette fin lors de la rédaction des statuts (Les statuts peuvent, soit organiser un conseil de gérance, soit exiger la signature conjointe de plusieurs ou tous les gérants, soit spécialiser chaque gérant dans un type déterminé d'opérations)

Ce n'est que dans l'hypothèse d'une opposition dument formée et connue par les tiers que l'acte effectué par un cogérant puisse ne pas être opposable à la société. Le tiers qui se confronte à une opposition doit s'abstenir de traiter avec le cogérant dans ce cas sous peine de voir l'acte effectué sans effet.

Parts sociales :

Cession de parts sociales : La convention de garantie d'actif et de passif sociales

Pour faire face à une situation d'un passif inconnu lors de la cession de parts sociales, il convient de stipuler une convention de garantie d'actif et de passif sociales.

Il s'agit d'une sécurité juridique supplémentaire dans le cas d'une opération de cession de parts de SARL, au moment de la cession, une garantie conventionnelle de passif par laquelle le cédant des parts sociales s'engage à assumer toutes les dettes sociales nées avant la cession,

En l'absence d'une telle convention, la garantie légale à laquelle le cédant est tenu à l'égard du cessionnaire est un peu limitée. En droit marocain, il existe certes des garanties légales attachées à la formation du contrat, le droit des obligations et contrats distingue les vices de consentement : l'erreur sur la chose ou sur le prix, et le dol, toutefois ces garanties sont difficiles à mettre en œuvre,

A noter que la convention de garantie d'actif et de passif doit être soigneusement rédigée et une attention toute particulière devra être portée aux clauses sensibles, il s'agit de :

1. La durée :

La garantie doit être valable pour une durée limitée dans le temps, cette durée doit être fixée d'un commun accord entre le cédant et le cessionnaire.

La garantie d'actif et de passif visant, en grande partie, à prémunir le cessionnaire contre des risques de nature fiscale, il est conseillé à celui-ci de s'assurer que la durée de la garantie est au moins égale à celle requise pour la prescription des réclamations fiscales et de sécurité sociale afférente aux exercices antérieurs à la date de la cession.

2. La mise en œuvre de la garantie :

Le cessionnaire doit mettre en œuvre la garantie après avoir eu connaissance de la réclamation permettant de mettre en œuvre la garantie.

Il est judicieux de prévoir une procédure de notification de la réclamation par lettre recommandée avec un accusé de réception à l'adresse des cédants ou à toute autre adresse signifié au cessionnaire.

Le cessionnaire doit tenir le cédant informé par lettre recommandée avec accusé de réception aussitôt qu'il aura eu connaissance de la réclamation, il sera recommandé également de prévoir que le cédant doit s'engager à se substituer à la société dans le paiement du montant de la réclamation et le cas échéant dans la procédure qui pourrait être introduit par l'ayant droit à l'encontre de la société, de manière à ce que celle-ci ne soit pas condamnée ou si elle l'est, le cédant soit substitué à elle.

Il faut prévoir également qu'en cas d'une réclamation judiciaire, le cédant doit se substituer à la société et déclarer à la juridiction saisie de prendre en charge de la réclamation et

la direction du procès, il faut également prévoir la collaboration des deux parties en vue d'une solution avantageuse.

3. L'extinction de la garantie :

Concernant cette clause, il faut prévoir que la garantie du cédant s'éteindra à l'expiration de la durée prévue dans la convention de la garantie.

Le cédant doit s'engager également que ses héritiers et ayants cause doivent respecter l'objet de la convention pendant toute la durée de la garantie, aux conditions de la convention à laquelle produira tous ses effets sans restriction ni réserve à l'encontre de ses successeurs et ses ayants droit.

4. La clause de cessibilité :

Il faut prévoir également qu'au cas où le cessionnaire viendrait, pendant la durée de la garantie, à céder tout ou partie des parts acquises auprès du cédant, le nouveau cessionnaire bénéficiera des dispositions de la e convention de garantie qui produira son effet à son profit, au besoin, à concurrence des parts acquises si l'acquisition n'a pas porté sur la totalité des titres (parts sociales), d'une manière que le nouveau cessionnaire sera subrogé au premier cessionnaire dans les droits et actions au titre de la convention.

Notons enfin, que le cessionnaire peut également demander du cédant une garantie de la garantie, il s'agit tout simplement d'une caution bancaire donnée par le vendeur-cédant, pour une certaine durée.

Réduction de capital dans les sociétés anonymes :

La réduction de capital à zéro

Le "coup d'accordéon" est une opération sur le capital social qui consiste en une réduction, pouvant aller jusqu'à zéro, suivie d'une augmentation de celui-ci. Il constitue une mesure d'assainissement financier permettant de renflouer une société ayant subi des pertes. Plus exactement, l'hypothèse est que la valeur de l'actif social est devenue inférieure au montant du capital social. Ce dernier est alors réduit du montant des pertes. A l'extrême, si celles-ci ont entamé la totalité de l'actif social, il est même possible de ramener temporairement le capital social à zéro.

La réduction du capital social aura alors pour effet de résorber les pertes. Son augmentation subséquente permet, d'une part, de ramener celui-ci jusqu'au minimum légal s'il a été réduit au-dessous de ce minimum ou à néant. L'article 161 du code des sociétés commerciales dispose dans son alinéa premier que "Le capital de la société anonyme ne peut être inférieur à cinq mille dinars si elle ne fait pas appel public à l'épargne. Lorsque la société fait appel public à l'épargne, son capital ne peut être inférieur à cinquante mille dinars ".

Elle permet, d'autre part, de reconstituer les fonds propres de la société et de redresser la situation de celle-ci. Le coup d'accordéon est en cela conforme à l'intérêt social.

En Tunisie, la validité de ce procédé est reconnue par l'article 310 du code des sociétés commerciales, applicable aux sociétés anonymes, aux termes duquel "la décision de réduction du capital social à néant, ou en dessous du chiffre minimum légal, ne pourra être prise qu'à la condition de transformer la société ou d'augmenter son capital simultanément jusqu'à une valeur égale ou supérieure au chiffre minimum légal". En France, elle résulte de l'article L. 224-2 du C. com. et, dans l'hypothèse spécifique de la perte de plus de la moitié du capital social, de son article L. 224-248.

Le coup d'accordéon pourrait avoir un impact sur les actionnaires en ce qu'il pourrait aboutir à leur exclusion de la société. En effet, comme toute réduction de capital, la première phase du coup d'accordéon pourrait aboutir à l'exclusion de certains actionnaires, lorsqu'elle est réalisée par voie de réduction du nombre d'actions. Cette opération peut alors avoir pour conséquence de faire perdre leur qualité d'actionnaires à ceux qui ne participent pas à l'augmentation de capital.

Deux hypothèses sont envisageables à propos de l'exclusion suite à un coup d'accordéon, selon que l'opération est réalisée avec ou sans maintien du droit préférentiel de souscription.

Si ladite opération est réalisée avec maintien du droit préférentiel de souscription à l'augmentation du capital social, les associés demeurent dans la société tant qu'ils n'ont pas

renoncé audit droit conformément à l'article 296 du code des sociétés commerciales qui dispose, dans son alinéa 4, que "les actionnaires peuvent renoncer à titre individuel à leur droit préférentiel de souscription". A cet égard, le choix ne leur est plus offert : "être exclu ou payer, telle est l'alternative". Or, "le montant de l'augmentation de capital, qui forme la deuxième étape du coup d'accordéon, est souvent si élevé qu'il interdit pratiquement aux actionnaires de participer effectivement à l'opération de reconstitution des fonds propres et consacre de facto leur éviction".

Si le coup d'accordéon s'accompagne d'une suppression du droit préférentiel de souscription, il aboutit à l'exclusion de tous les actionnaires ou de certains d'entre eux.

En France, La validité de cette opération n'est pas unanimement admise dans cette hypothèse. En effet, lorsque le capital social est réduit à zéro, certaines difficultés juridiques apparaissent. Ainsi en est-il lorsque la société supprime le droit préférentiel de souscription de tous les actionnaires et réserve l'augmentation du capital à un tiers. Dans ce cas, le coup d'accordéon s'accompagne de la transmission de l'entreprise audit tiers. A cet égard, certains considèrent que si le coup d'accordéon permet la recapitalisation de la société, il ne doit pas pour autant aboutir à l'exclusion de tous les actionnaires et la transmission de l'entreprise à un tiers. Selon eux, le coup d'accordéon n'est valable que si les actionnaires antérieurs à la réduction du capital se voient reconnaître un droit préférentiel de souscription à l'augmentation corrélative, de telle sorte qu'ils puissent échapper à l'exclusion.

En revanche, certaines décisions françaises semblent favorables à la réservation de l'augmentation du capital à un tiers et à l'exclusion de tous les actionnaires. Ainsi, dans un arrêt du 2 décembre 1998, la Cour d'appel de Besançon a-t-elle jugé valable un coup d'accordéon opéré avec suppression du droit préférentiel de souscription de tous les actionnaires (CA Besançon (ch. com.), 2 décembre 1998, Rev. soc. 1999, p. 362, note Benoît LEBARS. Sur cet arrêt, v. également A. FAUCHON, La validité de l'opération-accordéon encore renforcée, Bull. Joly 1999, p. 943). Par son arrêt du 18 juin 2002, la Cour de cassation française a confirmé celui de la cour d'appel (Cass. com., 18 juin 2002, J.C.P., éd. E, 2002, p. 1728, note A. VIANDIER ; J.C.P., éd. G, 2002, II, 10180 et J.C.P., éd. N, 2002, 1723, note H. HOVASSE ; D. 2002, p. 2190, note A. LIENHARD ; D. 2002, sommaires commentés, p. 3264, note J.-C. HALLOUIN. V. également D. COHEN, La validité du coup d'accordéon (à propos d'une jurisprudence récente), D. 2003, chroniques, p. 410). Une partie de la doctrine adopte aussi cette position.

En Tunisie, plusieurs arguments peuvent être invoqués à l'appui de la validité du procédé susvisé. En effet, l'article 310 du code des sociétés commerciales ne précise rien quant au droit préférentiel de souscription ; la seule condition qu'il impose à la société pour que l'opération soit valable est "d'augmenter son capital simultanément jusqu'à une valeur égale ou supérieure au chiffre minimum légal", d'autant plus que l'article 300 du même code dispose que "l'assemblée générale extraordinaire qui décide ou autorise une augmentation du capital social peut supprimer le droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation du capital". Ainsi, dès lors que la possibilité de supprimer le droit préférentiel de souscription est inscrite dans la loi, rien n'interdit de procéder à une augmentation de capital réservée à un tiers. D'ailleurs, c'est souvent la voie par laquelle il faut passer pour renflouer la société.

Au total, l'intérêt de la société peut être recherché au détriment de celui des associés dont ils sont membres. Le sauvetage de la personne morale peut être assuré à travers le procédé du coup d'accordéon qui présente un risque certain pour les actionnaires. Par la renonciation au droit préférentiel de souscription ou sa suppression, tous les associés ou certains d'entre eux pourraient, en effet, se voir sacrifier leur droit de rester dans la société afin de régulariser la situation déficitaire de la société. C'est, d'ailleurs, l'une des conséquences de l'appartenance de l'associé à la société qui justifie de privilégier l'intérêt de celle-ci sur les intérêts individuels de ses membres. Le coup d'accordéon est aussi " conforme au statut d'actionnaire dans la mesure où il le fait contribuer à l'apurement des pertes sociales sans augmenter ses engagements".

Cependant, dans tous les cas, le coup d'accordéon ne doit pas être un moyen détourné utilisé par les majoritaires afin d'exclure les minoritaires). C'est la raison pour laquelle les tribunaux s'assurent que le coup d'accordéon ne s'accompagne pas d'un abus de majorité et ne traduit pas simplement la volonté d'éliminer les minoritaires. C'est ainsi que la jurisprudence française a jugé qu'une telle opération est licite lorsqu'elle est justifiée par l'intérêt de la société "à la condition qu'elle ne constitue pas un abus de majorité".