

Le Manuel Permanent du Droit des Affaires

tunisien

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 247

Juillet - Août 2016

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Assurances terrestres :

Fausse déclaration du risque et annulation du contrat d'assurance

Un assureur peut-il demander la nullité du contrat d'assurance en raison de fausses déclarations ou de réticences de l'assuré ?

P. 4

Caution - Cautionnement :

Le cautionnement réel

Le cautionnement réel est-il une sûreté réelle ou personnelle ?

P. 4

Fiscalité de l'entreprise

Bénéfices industriels et commerciaux :

Détermination du résultat fiscal : Taxe sur la valeur ajoutée réclamée dans le cadre d'une opération de vérification fiscale

Sort fiscal de la TVA réclamée par les services du contrôle fiscal dans le cadre des opérations de vérification fiscale

P. 5

Obligations sociales de l'entreprise

Acompte, avance ou prêt :

Comment aider un salarié en difficulté ?

Plusieurs mécanismes permettent d'aider financièrement un salarié.

P. 6

Congés payés :

Prise de congés payés : Le salarié peut-il prendre ses congés payés lorsqu'il le souhaite ?

Lorsque la période de prise des congés payés n'est pas fixée par la convention collective sectorielle, l'employeur peut la fixer librement du moment qu'elle inclue la période légale allant du 1er juin au 31 octobre.

P. 7

Contrat de travail :

La clause de non-concurrence dans le

Le refus de signer une clause de non-

| | | |
|---|--|-------|
| contrat de travail : Refuser de signer une clause de non- concurrence | concurrence peut-il constituer une cause juste et suffisante de licenciement ? | P. 8 |
| Droit du travail : | | |
| La rétrogradation disciplinaire du salarié | L'employeur a-t-il le droit de rétrograder un salarié ? | P. 8 |
| Licenciement : | | |
| Motif de licenciement : Des actes d'insubordination peuvent conduire au licenciement | Lorsqu'un salarié conclut avec son employeur un contrat de travail, il accepte de se mettre sous l'autorité de son employeur. Dès lors, tout acte d'insubordination est fautif pour l'employeur... | P. 9 |
| Salaires : | | |
| La baisse des salaires en question | L'employeur peut-il abaisser le salaire ? | P. 10 |
| Ventes commerciales : | | |
| I/ Les clauses excluant les garanties dues par le vendeur professionnel | Inefficacité de la clause d'exonération de garantie des vices cachés en cas de vente par un vendeur professionnel | P. 11 |
| II/ Sanction et effets de la vente de la chose d'autrui selon le code des obligations et des contrats | Quel est le sort réservé à l'acte de vente de la chose d'autrui et quels sont ses effets éventuels à l'égard des parties ainsi que du véritable propriétaire ? | P. 11 |
| III/ Le prix dans les contrats de vente en droit civil tunisien | La fixation du prix dans le contrat de vente | P. 12 |
| DEUXIEME PARTIE | | |
| Administration et direction de la société anonyme : | | |
| I/ Conseil d'administration : Démission de l'administrateur : L'importance de la procédure de démission pour minimiser la responsabilité de l'administrateur | Importance de publier la démission d'un administrateur pour des raisons de responsabilité | P. 14 |
| II/ Conseil d'administration : Les devoirs des administrateurs | A quels devoirs un membre de conseil d'administration est-il soumis ? | P. 15 |
| III/ Conseil d'administration : La révocation des administrateurs | L'administrateur peut-il être révoqué par le conseil d'administration en cours de mandat ? | P. 16 |
| Assemblée générale des actionnaires : | | |
| Une question absente de l'ordre du jour de l'assemblée générale ne peut pas donner lieu à décision | Lors d'une assemblée générale au cours de laquelle le mandat du commissaire aux comptes n'est pas renouvelé, les actionnaires peuvent-ils désigner "séance tenante" un nouveau commissaire aux comptes si ce point n'a pas été inscrit à l'ordre du jour ? | P. 17 |
| Assemblée générale ordinaire annuelle des sociétés anonymes : | | |
| Règles juridiques de tenue de l'assemblée | Quelle sanction en cas de défaut | |

annuelle : Documents et rapports soumis à l'assemblée générale annuelle : Le rapport de gestion

d'établissement du rapport de gestion par le conseil d'administration ?

P. 17

Compte courant d'associé :

Le compte courant d'associé et le principe du remboursement à tout moment

Quelles limites au remboursement du compte courant d'associé à tout moment ?

P. 18

SARL :

Nomination irrégulière ou maintien irrégulier d'un commissaire aux comptes

Quel est le risque en cas de nomination irrégulière d'un commissaire aux comptes ?

P. 19

Société en formation :

Sort des contrats conclus par une société en formation

La validité des contrats conclus par une société en formation en question

P. 20

PREMIERE PARTIE

Assurances terrestres :

Fausse déclaration du risque et annulation du contrat d'assurance

Dans le cas où l'assuré ne s'est pas conformé à l'obligation de déclaration qui lui incombe, il est possible de sanctions. La gravité de ces sanctions varie suivant que la non observation de cette obligation résulte de faits intentionnels ou de circonstances indépendantes de la volonté du preneur d'assurance.

1. Réticences et fausses déclarations intentionnelles : La réticence qui est une forme de rétention d'information, est le fait de cacher à son co-contractant un fait ou une circonstance qui aurait conduit celui-ci à ne pas s'engager s'il en avait connu l'existence.

La fausse déclaration est une déclaration positive contraire à la vérité.

Dans les deux cas, le preneur d'assurance cherche par des manœuvres frauduleuses (dol) à ce que l'assureur prend en charge un risque susceptible d'être écarté, soit à consentir des conditions moins onéreuses.

Peu importe que la réticence ou la fausse déclaration ait été découverte avant ou après le sinistre car la sanction est la même : le contrat est annulé dès la constatation de l'infraction.

En effet, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré se rapportant aux indications portées sur le formulaire de déclaration du risque quand cette réticence ou cette fausse déclaration a changé l'appréciation du risque assuré alors même qu'elle a été sans influence sur le sinistre (art. 8, alinéa 1er du code des assurances) (Cass. civ. n° 5075 du 19/1/1967. R.J.L. Fasc. 6. 1967. p. 51).

La réticence ou la fausse déclaration de la part de l'assuré n'entraîne la nullité du contrat que lorsque l'assureur prouve la mauvaise foi de l'assuré (article 8 alinéa 2 du code des assurances).

Ainsi, il faut apporter la preuve que l'action

dolosive de l'assuré ait faussé l'appréciation du risque par l'assureur, c'est-à-dire que ce dernier n'aurait pas accepté cette affaire ou bien qu'il ne l'aurait acceptée que moyennant une prime plus forte : application de la notion civiliste du dol déterminant.

2. Omission et déclaration inexactes non intentionnelles : La différence avec les premières est l'intention du preneur de l'assurance qui dans ce cas n'a pas l'intention de tromper son contractant. Dans ce cas et selon l'article 8 du code des assurances, les sanctions diffèrent si la découverte des faits (erreurs ou omissions) a lieu avant ou après le sinistre.

- Si l'irrégularité est constatée avant le sinistre, l'assureur peut soit (article 8 alinéa 3 du code des assurances) :

* Résilier le contrat 10 jours après une notification adressée à l'assuré par une lettre recommandée avec accusé de réception (LRAAR), dans ce cas l'assureur est tenu de restituer à l'assuré le reliquat de la prime ou de la cotisation d'assurance afférent à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru (article 8 alinéa 4 du code des assurances).

* Maintenir le contrat moyennant une majoration de la prime calculée en fonction de la situation réelle du risque, l'assureur a l'obligation de faire savoir à l'assuré le montant de cette surprime. L'assuré quant à lui dispose de 10 jours pour aviser l'assureur de son acceptation ou de son refus de cette majoration. En cas de refus l'assureur pourra résilier le contrat après expiration dudit délai.

- Si l'irrégularité est constatée après le sinistre : La répartition du préjudice n'est pas intégrale : L'assureur est en droit de réduire l'indemnité en proportion du taux de prime payée rapporté aux taux de la prime qui aurait été due s'il n'y avait pas eu réticence ou fausse déclaration (article 8 alinéa 5 du code des assurances).

Caution - Cautionnement :

Le cautionnement réel

Le code des obligations et des contrats définit le cautionnement qui est défini (article 1478)

"comme un contrat par lequel une personne s'oblige envers le créancier à satisfaire à

l'obligation du débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même".

Donc cette sûreté fait naître au profit du créancier un droit personnel contre une personne autre que le débiteur principal. Le cautionnement est un contrat et il est donc soumis aux principes généraux du droit civil.

Le cautionnement revêt deux formes :

- Le cautionnement peut être personnel, c'est l'engagement de la caution à satisfaire l'obligation de remboursement du crédit au lieu et place du débiteur si celui-ci ne le fait pas.

- Le cautionnement peut être réel, lorsque la caution veut limiter son engagement en affectant un bien mobilier ou immobilier en garantie du remboursement du crédit consenti au débiteur.

Ainsi, le cautionnement se présente comme un contrat accessoire d'une dette principale dont il garantit l'exécution. Néanmoins le créancier, en cas de cautionnement, ne dispose ni de droit de préférence ni de droit de suite. Il a un droit de gage supplémentaire sur le patrimoine d'un tiers.

En réalité, le cautionnement réel est une garantie qui emprunte son régime pour partie au cautionnement et pour partie à la sûreté réelle constituée.

Dans cette hypothèse, la caution est doublement tenue, à la fois personnellement et réellement envers le créancier, "dans la double limite du montant de l'obligation du débiteur principal et de la valeur des biens engagés au jour de

l'exécution de la garantie".

Cette sûreté est proche du cautionnement en ce que la garantie est fournie par une personne non tenue à la dette. Toutefois cette garantie est liée à la sûreté réelle en ce qu'elle a pour assiette un bien, meuble ou immeuble. De sorte que la doctrine s'accordait à conférer au cautionnement réel une nature mixte dont le régime empruntait à la fois aux règles du cautionnement et à celles de la sûreté réelle constituée.

La cour de cassation française a longuement hésité quant à la nature du cautionnement réel.

Saisie à de nombreuses reprises sur ce point, elle a pu affirmer dans un premier temps la nature réelle de l'engagement (Cour de Cassation, civ. 1er février 2000) avant de pencher en faveur de la thèse de sa nature mixte, en reconnaissant que la garantie donnait aussi naissance à un engagement personnel (Cour de Cassation Civ. 15 mai 2002).

Réunie en chambre mixte, la haute juridiction française a finalement tranché le débat dans une décision rendue le 2 décembre 2005, arrêt dont il ressort deux affirmations de principe.

D'une part, le cautionnement réel est une sûreté réelle qui n'induit aucun engagement personnel. D'autre part, le cautionnement réel n'est pas un cautionnement.

Par cet arrêt, la cour de cassation française renonce à la nature mixte du cautionnement réel et reconnaît qu'il s'agit d'une véritable sûreté réelle.

Fiscalité de l'entreprise

Bénéfices industriels et commerciaux :

Détermination du résultat fiscal : Taxe sur la valeur ajoutée réclamée dans le cadre d'une opération de vérification fiscale

Conformément aux dispositions de l'article 12-8 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés (introduit par le paragraphe 5 de l'article 75 de la loi n° 2015-53 du 25 décembre 2015 portant loi de finances pour l'année 2016), les entreprises peuvent déduire pour la détermination de leur assiette imposable, la taxe sur la valeur ajoutée réclamée par les services du contrôle fiscal dans le cadre d'une opération de vérification fiscale.

La déduction couvre aussi bien la TVA non collectée que la TVA dont la déduction a été

remise en cause.

1. TVA non collectée : Il s'agit de la TVA non facturée ou insuffisamment facturée au client dans ce cas la déduction de la dite TVA s'effectue du résultat fiscal des années concernées par la vérification fiscale, et ce, seulement en cas d'impossibilité de la récupérer auprès du client.

2. TVA dont la déduction a été remise en cause : La déduction de la TVA réclamée, relative aux acquisitions des actifs amortissables

et aux autres acquisitions, a lieu comme suit :

- Pour la TVA relative aux acquisitions des actifs amortissables : En cas de remise en cause de la déduction de la TVA supportée au titre des actifs amortissables et déduite à tort, l'entreprise peut rectifier la valeur d'acquisition desdits actifs pour y incorporer la TVA ainsi réclamée par les services de contrôle fiscal. La déduction de la TVA a lieu, dans ce cas, par voie d'amortissement.
- Pour la TVA relative aux autres acquisitions : La TVA dont la déduction a été remise en cause

au titre des acquisitions est déduite du résultat fiscal du même exercice du fait que la TVA non déductible constitue une composante du coût, les charges ayant supporté la TVA non déductible étant comptabilisées sur la base de leur prix TTC soit y compris la TVA.

Etant précisé que dans tous les cas, la TVA dont la déduction a été remise en cause dans le cadre d'une opération de vérification fiscale ne peut être déduite que lorsqu'elle se rapporte à une charge fiscalement déductible ou à une immobilisation dont l'amortissement est déductible.

Obligations sociales de l'entreprise

Acompte, avance ou prêt :

Comment aider un salarié en difficulté ?

Certains salariés sollicitent leurs employeurs pour bénéficier d'une aide financière. Par principe, l'employeur ne s'y oppose pas opposé mais quel dispositif choisir : avance sur salaire, acompte ou prêt d'argent ? Comment distinguer l'avance de l'acompte ?

Souvent abusivement appelé "avance", l'acompte correspond à la rémunération, avant la date convenue, d'un travail déjà effectué.

Selon la situation du salarié, il peut, ou non, être accordé par l'employeur. L'employeur est donc libre d'accepter ou de refuser.

Et en pratique ?

Aucun calcul de charges sociales ne s'applique immédiatement. La régularisation intervient en fin de mois, lors de l'établissement de la fiche de paie.

À noter : pour les salariés à rémunération variable, le montant de l'acompte doit être le plus proche possible de la somme effectivement gagnée sur la période concernée.

L'avance : régler un travail non encore effectué

À l'inverse de l'acompte, l'avance sur salaire correspond à la rémunération par anticipation d'un travail qui n'a pas encore été effectué. Elle doit être sollicitée par le salarié et l'employeur reste entièrement libre de la refuser, sans devoir motiver sa décision.

Aux termes de l'article 150 du code de travail, tout employeur qui fait une avance (ou un prêt) à

son employé ne peut se rembourser qu'au moyen de retenues successives ne dépassant pas le 1/10 du montant des salaires dus. Les avances sont donc des sommes prêtées au personnel, remboursables par le moyen de plusieurs retenues sur appointements et salaires.

Le prêt : une affaire personnelle

Y a-t-il des conditions pour prêter de l'argent à un salarié ?

Rien n'interdit à une entreprise de prêter de l'argent à un salarié.

À la différence de l'avance et de l'acompte qui font partie intégrante de la vie professionnelle, le prêt reste une affaire personnelle entre un salarié et son employeur.

Cette solution est généralement réservée à des situations exceptionnelles et motivées par des considérations d'ordre social (difficultés financières du salarié, situation familiale particulière...)

En principe, un salarié a plus de facilité à obtenir un prêt de son employeur, dans des conditions souvent plus avantageuses, dans des délais de temps plus restreints, et avec des modalités de remboursement négociées. Tout autant, le prêt au personnel permet à l'employeur d'aider le salarié à faire face à des événements qui peuvent avoir des répercussions sur les conditions de travail (stress, fatigue, dépression...). Il est relativement sûr, du fait de la proximité entre le prêteur et l'emprunteur, et offre des garanties certaines en matière de recouvrement de créances.

Congés payés :

Prise de congés payés : Le salarié peut-il prendre ses congés payés lorsqu'il le souhaite ?

I. A partir de quand le salarié peut-il prendre ses congés payés ?

1. Comment déterminer la période de prise des congés ?

La période de prise de congés est normalement déterminée par la convention collective sectorielle.

A défaut, c'est à l'employeur de la déterminer en se référant aux usages et après avoir consulté les délégués du personnel ainsi que le comité d'entreprise.

Dans tous les cas, la période de congés payés doit comprendre la période légale allant du 1er juin au 31 octobre de chaque année.

2. A partir de quand un salarié nouvellement embauché peut-il prendre ses congés ?

Conformément à l'article 113 du code du travail, un salarié nouvellement embauché a le droit de prendre des congés dès lors qu'il justifie d'un mois de travail.

Le même article 113 du code du travail prévoit l'octroi d'un jour ouvrable de congés par mois travaillé.

3. Fermeture en août : que faire si un salarié n'a pas acquis assez de jours de congés ?

L'employeur peut décider de fermer l'entreprise pour tout ou partie de la durée des congés, les salariés devant alors prendre les leurs à ce moment-là.

Dans ce cas, les salariés qui ne remplissent pas les conditions pour bénéficier de la totalité de leurs congés en cas de fermeture annuelle de l'entreprise sont-ils indemnisés ?

Aucune disposition du code du travail ne le prévoit.

La cour de cassation française dans une décision du 21 novembre 1995 a précisé que "l'employeur n'est pas tenu de verser un salaire en cas de cessation collective du travail due à la fermeture de l'entreprise pour mise en congé annuel du personnel".

En conséquence, sauf dispositions contraires de

la convention collective sectorielle applicable à l'entreprise, ou dispositions plus favorables mises en place dans l'entreprise ou encore dispositions contractuelles, ces salariés ne bénéficient pas d'une compensation financière.

L'employeur peut néanmoins proposer aux salariés concernés de prendre des jours de congé par anticipation, mais il ne peut en aucun cas le lui imposer.

4. Qui détermine les dates de départ en congés durant la période de prise des congés ?

A moins que la convention collective sectorielle ou des usages ne fixent l'ordre des départs, c'est l'employeur qui fixe les dates de départ de ses salariés durant la période de prise des congés, après consultation pour avis de la commission consultative d'entreprise des délégués du personnel. De plus, les dates choisies doivent être communiquées aux salariés au moins un mois à l'avance et affichées dans les ateliers, bureaux et magasins.

L'employeur est seulement tenu de prendre en compte certaines circonstances, sans qu'il ne s'agisse d'un véritable ordre de priorité.

L'employeur peut déterminer (presque) librement la date de prise des congés mais il ne doit pas commettre d'abus de droit, par exemple en refusant systématiquement à un salarié de prendre ses congés pendant les vacances scolaires pour sanctionner son indiscipline.

Les dates fixées peuvent encore être modifiées. A défaut, le salarié peut partir à la date prévue.

Si l'employeur ne prend aucune décision, les salariés peuvent proposer les dates qu'ils souhaitent. L'employeur doit prendre une décision et la notifier par écrit au salarié. Il peut alors soit accepter ces dates, soit les refuser et en fixer d'autres en respectant la période de congés et le délai minimum de 15 jours si cela est encore possible.

5. Le salarié peut-il prendre tous ses congés en une seule fois ?

Le salarié a le droit de prendre son congé en une seule fois.

II. Les congés payés peuvent-ils être reportés

ou fractionnés ?

1. Le report

Les congés payés doivent en principe être pris tous les ans, mais un accord entre l'employeur et le salarié est possible du moment qu'il reste exceptionnelle.

Lorsqu'un salarié se trouve dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels avant la date butoir en raison d'absences liées à un accident du travail ou une maladie, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail.

Les conventions collectives sectorielles peuvent prévoir d'autres hypothèses (maladie).

2. Le fractionnement

Le congé payé ne dépassant pas six jours ouvrables doit être contenu.

Le congé d'une durée supérieure à six jours ouvrables peut être fractionné par l'employeur, avec l'agrément du salarié. Dans le cas où le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être effectué par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel, s'il en existe.

Au cas de fractionnement, une fraction doit être de six jours ouvrables au moins, comprise entre deux jours de repos hebdomadaire. Les autres fractions ne peuvent être inférieures à un jour entier.

Contrat de travail :

La clause de con-concurrence dans le contrat de travail : Refuser de signer une clause de non-concurrence

Les clauses de non-concurrence interdisent de travailler pour telle entreprise ou dans telle zone géographique pendant une période déterminée. Elles limitent donc la liberté du salarié de retrouver un emploi et de changer d'employeur.

La pratique répandue est de s'assurer qu'un engagement est en place avant le début de l'emploi d'un salarié pour assurer la prévisibilité et l'efficacité de l'obligation en question.

Quid si l'employeur prévoit ultérieurement l'obligation pour un salarié de signer en engagement de non-concurrence ?

Dans ces conditions, le refus du salarié de signer l'engagement de non-concurrence proposé par l'employeur constitue-t-il une cause juste et suffisante de licenciement ?

Une première opinion estime que si le salarié a accepté les termes du contrat proposé lors de son recrutement qui prévoient la signature d'un engagement de non-concurrence, comme condition à son maintien dans l'emploi, son refus

de signer l'engagement de non-concurrence constitue une violation d'une condition essentielle de son contrat de travail, ce qui constitue une cause juste et suffisante de licenciement.

Selon une seconde opinion, le licenciement d'un salarié est une décision importante de graves conséquences, il n'est possible pour un employeur de mettre fin unilatéralement et sans préavis à un contrat de travail que dans la mesure où il démontre qu'un motif sérieux ou une cause juste et suffisante le justifie de le faire. Or, un salarié qui refuse de signer en cours d'emploi une clause de non-concurrence, qui lui est présentée pour la première fois après son entrée en fonction, n'est clairement pas une cause juste et suffisante de licenciement.

En effet, un employeur doit exiger la signature de tels engagements au début de la relation contractuelle et non en cours d'emploi sauf si le salarié soit disposé à signer de tels engagements, par exemple, s'ils sont proposés dans le cadre d'une promotion.

Droit du travail :

La rétrogradation disciplinaire du salarié

La rétrogradation correspond à un déclassement professionnel et hiérarchique entraînant une perte de rémunération.

Un employeur peut être amené à prendre une sanction contre un salarié en le rétrogradant

dans le cadre de son pouvoir disciplinaire.

La procédure à suivre :

La rétrogradation est soumise à l'accomplissement des formalités prévues à l'article 37 de la

convention collective cadre, qui institue une procédure disciplinaire. Celle-ci a pour but de garantir les droits du salarié.

Le travailleur est obligatoirement traduit devant la commission paritaire, érigée en conseil de discipline, qui donne son avis à l'employeur sur la sanction à prendre, celui-ci notifie sa décision par écrit au travailleur. Si le travailleur dispose de nouvelles données susceptibles de l'innocenter, il pourra présenter une demande écrite à son employeur en vue de réviser sa décision et ce dans un délai de 7 jours à compter de la date de cette notification.

La question de la légitimité :

L'article 37 de la convention collective cadre est muet sur la question de savoir si la rétrogradation emporte une diminution du salaire du salarié rétrogradé.

Nous estimons que la rétrogradation entraîne un réel changement de poste ou si elle correspond à l'affectation du salarié à un poste différent et inférieur à celui qu'il occupait avant d'être sanctionné, il est fort probable que la rétrogradation sera accompagnée d'une baisse de rémunération.

La rétrogradation du salarié entraîne une modification de l'emploi, mais l'employeur ne peut imposer une nouvelle période d'essai à

l'intéressé.

Enfin, l'article 37 de la convention collective cadre est muet quant à la durée de cette sanction. Mais, dans les faits, la rétrogradation a généralement un caractère permanent.

Et si le salarié refuse ?

Le refus par un salarié de se soumettre à une sanction justifiée et proportionnelle à la faute peut rendre impossible la poursuite du lien contractuel et constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, voire une faute grave (privative des indemnités de licenciement et de préavis) dans la mesure où ce refus rend impossible la poursuite du contrat de travail pendant le préavis. Le licenciement pourra toutefois être jugé abusif si la rétrogradation refusée par le salarié est elle-même considérée comme injustifiée...

Le salarié qui conteste la mesure peut exercer un recours devant les prud'hommes. Ceux-ci peuvent annuler la sanction s'ils l'estiment injustifiée ou disproportionnée par rapport à la faute commise.

L'employeur doit fournir aux prud'hommes l'ensemble des éléments qui l'ont amené à décider de la sanction. Le salarié doit aussi apporter éléments ou témoignages qui appuient sa contestation.

Licenciement :

Motif de licenciement : Des actes d'insubordination peuvent conduire au licenciement

Le salarié doit exécuter les tâches qui lui sont demandées car il est, du fait de son contrat de travail, sous la subordination de l'employeur.

Aux termes de l'article 14 quarter du code du travail, le refus injustifié d'exécuter les ordres relatifs au travail émanant formellement des organes compétents dans l'entreprise employant le travailleur ou de son supérieur constitue une faute grave et peut être considéré comme l'une des causes réelles et sérieuses justifiant le licenciement.

Refus d'exécuter des obligations contractuelles :

Le refus réitéré par un salarié d'exécuter des tâches relevant de son contrat de travail caractérise la faute grave.

Caractère réitéré des refus :

Le caractère réitéré du refus de se soumettre aux instructions de l'employeur justifie un licenciement immédiat. A l'inverse, le fait de se soumettre aux prescriptions de l'employeur à la première injonction suite à un comportement d'insubordination semble exclure la faute grave.

Circonstances des refus :

S'agissant du refus d'obéir aux instructions, on doit tenir compte du comportement du salarié (acte isolé ou non) et des circonstances.

Motif des refus :

Par ailleurs, il y a lieu d'examiner si le comportement d'indiscipline est ou non justifié par un motif légitime.

Le salarié peut et doit refuser d'exécuter un ordre qui l'oblige à enfreindre la loi.

En effet un salarié qui commet une infraction (faux, escroquerie...), sur ordre d'un supérieur hiérarchique, prend deux principaux risques : tout d'abord sa responsabilité pénale pourrait être engagée si une qualification pénale peut être donnée au fait ; ensuite, dès lors que l'infraction pénale est intentionnelle, il peut être condamné à indemniser les tiers ayant subi un préjudice du fait de cette infraction.

En revanche, si la faute a été commise "sur ordre" d'un supérieur hiérarchique, celle-ci n'est pas imputable au salarié et ne peut pas donner lieu à un licenciement disciplinaire.

Le salarié peut aussi légitimement refuser d'exécuter une tâche pour d'autres motifs : sécurité, attitude de la personne qui donne l'ordre, etc.

Le refus de travailler peut également être

légitime si les conditions de travail sont dangereuses ou anormalement pénibles.

Refus de se soumettre à une sanction :

Le refus de se soumettre à une mise à pied disciplinaire en continuant à venir sur les lieux de travail caractérise une faute grave.

En revanche, le refus pour un salarié de se soumettre à une sanction dont il conteste le bien-fondé - une mise à pied notamment - ne peut à lui seul caractériser une faute grave.

Il faut que le comportement antérieur du salarié soit de nature à justifier une telle mesure en ce qu'il caractérise une faute grave.

De même, le salarié peut refuser une modification du contrat de travail motivée par des raisons disciplinaires.

Salaires :

La baisse des salaires en question

La fixation de la rémunération est libre au moment de la conclusion du contrat de travail (dans la limite du salaire minimum garanti). En revanche, si l'employeur veut revenir à la baisse le niveau de rémunération du salaire pendant l'exécution du contrat de travail, il devra nécessairement obtenir l'accord préalable du salarié. Cependant, le refus du salarié peut être lourd de conséquence.

1. Pas de baisse de la rémunération sans l'accord du salarié :

La règle est l'interdiction de la baisse de la rémunération sans l'accord du salarié. Si l'employeur prend une décision contraire à cette règle, elle sera tout simplement annulée.

Cette interdiction vaut pour le salaire de base, mais aussi pour les primes : les éléments de la rémunération qui figurent dans le contrat de travail ne peuvent pas être modifiés par l'employeur. De même, seront sans effet les clauses du contrat de travail prévoyant que l'employeur pourra modifier la rémunération de façon unilatérale, ou encore celles qui permettent à l'employeur de modifier la structure de la rémunération (par exemple en modifiant la part du fixe et du variable).

2. La baisse de la rémunération pour motif économique :

La démarche du licenciement économique déterminée par l'article 21 du code du travail ne prévoit pas la baisse de la rémunération dans le cadre d'un licenciement économique. Tout au plus, peut-on dire qu'une proposition de réduction des heures de travail, prévue par l'article 21-9 du code du travail, implique une baisse de la rémunération.

3. Les éléments de la rémunération pouvant être modifiés sans l'accord du salarié :

Certains éléments de la rémunération ne sont pas contractualisés, c'est-à-dire qu'ils ne figurent pas dans le contrat de travail mais résultent d'un usage ou d'un accord collectif. Il peut s'agir de primes, ou d'un 13ème mois par exemple. Dans ce cas, l'accord du salarié ne sera pas nécessaire, mais l'employeur qui veut diminuer ou supprimer ces primes devra tout de même dénoncer ou réviser l'accord, ou révoquer l'usage.

4. L'employeur peut faire baisser le pouvoir d'achat du salarié :

S'il ne peut pas diminuer le salaire de façon unilatérale, il peut en revanche décider de ne pas l'augmenter, ce qui aura pour conséquence de diminuer le pouvoir d'achat du salarié, du fait de l'inflation.

En conclusion, si un employeur ne peut pas, en

principe, diminuer la rémunération du salarié de façon unilatérale, certaines primes peuvent parfois être supprimées ou modifiées sans son

accord lorsqu'elles résultent d'accords collectifs ou d'un usage.

Ventes commerciales :

I/ Les clauses excluant les garanties dues par le vendeur professionnel

Le vendeur professionnel qui vend un bien à un consommateur est, en principe, tenu de la garantie contre les vices cachés des articles 647 et suivants du code des obligations et des contrats (droit commun) et de la garantie de conformité des articles 17 et suivants de la loi n° 92-117 du 7 décembre 1992 relative à la protection du consommateur (droit spécial).

Or ces garanties sont toutes deux d'ordre public. En effet, en matière de garantie des vices cachés, l'article 670 du code des obligations et des contrats autorise les clauses exclusives ou limitatives pour les vices dont le vendeur n'a pas connaissance.

Ces stipulations bien qu'exorbitantes du droit commun sont en principe valables. Cependant, ces stipulations ne peuvent protéger le vendeur de mauvaise foi. En effet, le vendeur de mauvaise foi ne peut opposer aucune clause limitant sa garantie (article 673 du code des obligations et des contrats).

Quid du vendeur professionnel ?

La jurisprudence tend à considérer comme "vendeurs de mauvaises foi" non seulement les vendeurs qui auraient employé des manœuvres dolosives pour créer ou dissimuler les vices de la chose vendue (art. 673 du code des

obligations et des contrats) mais aussi les "vendeurs professionnels" estimant que de par leur profession ils ne doivent, et donc ne peuvent ignorer l'existence du vice qui affecte ce qu'ils vendent et demeure caché aux yeux de l'acheteur. Un arrêt de la cour de cassation a été rendu en ce sens, affirmant que "celui qui s'est engagé à fabriquer un objet déterminé sous son contrôle et le prépare autrement, commet le dol visé par le dernier alinéa de l'article 652 du C.O.C (Cass. civ. n° 8713, 22.2 1973. Bull. Civ. 1973- p.58 n°23). Il faut néanmoins préciser qu'aucun texte n'établit directement l'équivalence entre vendeur professionnel et vendeur de mauvaise foi.

La personne qui a pour profession la construction et la vente d'immeubles est réputée connaître les vices cachés qui entachent l'immeuble vendu et qui n'apparaissent qu'après sa réception par l'acheteur. Cette connaissance la fait assimiler à un vendeur de mauvaise foi. Aussi elle ne peut opposer à l'acheteur sa connaissance du vice au moment de la formation du contrat. Cette mauvaise foi ne tombe que si le vendeur prouve que l'acheteur avait connaissance du vice au moment de l'achat et qu'il a consenti au contrat malgré cette connaissance (Cass. civ., n° 22193, 24 janvier 2003 ; R.J.L., 2003, n° 6, p. 97).

II/ Sanction et effets de la vente de la chose d'autrui selon le code des obligations et des contrats

Au terme de l'article 1599 du code civil français "la vente de la chose d'autrui est nulle" une personne ne peut donc vendre la chose qui ne lui appartienne pas la règle paraît imposer par le bon sens. Les rédacteurs du code civil estiment que la vente de la chose d'autrui est inconciliable avec le principe du transfert instantané de la propriété. Or il y a des cas de plus en plus nombreux où la vente ne produit pas ce transfert aussi la prohibition du code civil français est-elle maintenant plus gênante qu'utile.

Au contraire, aux termes de l'article 576 du code des obligations et des contrats, "la vente de la chose d'autrui est valable premièrement si le maître la ratifié deuxièrement : si le vendeur acquiert ensuite la propriété de la chose". Ainsi

et dans une certaine mesure la vente de la chose d'autrui peut être valable, le vendeur peut promettre d'acquérir la propriété de la chose vendue et de la transmettre à l'acquéreur, s'il ne parvient pas la vente est résolue.

Alors que le législateur français sanctionne la vente de la chose d'autrui par la nullité. Le législateur tunisien laisse à l'acheteur la possibilité de demander la résolution de la vente. Il suffit à l'acheteur de dénoncer au vendeur le droit du véritable propriétaire sur la chose vendue si le vendeur ne peut y remédier l'acheteur peut déclarer la vente résolue. Le vendeur n'exécute pas l'obligation de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue. Or lorsque l'une des parties dans un contrat

synallagmatique n'exécute pas ses obligations son cocontractant peut demander la résolution qui efface rétroactivement le contrat. Mais la vente ne peut être résolue avec en outre des dommages et intérêts que si l'acheteur a cru le vendeur propriétaire de la chose vendue. A l'acquéreur qui achète une chose dont il sait que le vendeur n'est pas propriétaire, Le vendeur s'est engagé à transférer la propriété lorsqu'il en sera devenu propriétaire. Or bien souvent une personne qui n'est pas propriétaire est susceptible de le devenir ayant par exemple la possibilité d'acheter la chose envisagée. Le principe de la liberté des conventions commande la validité d'un tel contrat sans doute l'acheteur qui sait acheter la chose d'autrui court le risque que le vendeur ne devienne pas propriétaire mais la vente aléatoire est valable.

Pour les effets de la vente de la chose d'autrui il faut distinguer les rapports entre l'acheteur et le vendeur et les rapports entre le véritable propriétaire et l'acheteur.

1. Rapports entre l'acheteur et le vendeur :

En aucun cas le vendeur ne peut demander d'invoquer la nullité, il ne peut pas se prévaloir de l'erreur commise par l'acheteur, il ne peut même pas invoquer sa propre erreur lorsqu'il s'est trompé sur sa qualité de propriétaire puisque l'obligation de garantie à laquelle il est tenu lui est interdit aussi.

Doit-il garantir l'acheteur évincé par le véritable propriétaire ?

Dans deux cas et hors de la volonté de l'acheteur, la vente de la chose d'autrui peut être valable premièrement quand le véritable propriétaire ratifie la vente qui est également la solution retenue par la jurisprudence française et deuxièmement lorsque le vendeur acquiert la propriété de la chose qu'il avait précédemment vendu solution admise également par la jurisprudence française.

Autrement dit la résolution s'éteint par la consolidation de la vente et cette consolidation

est indépendante de la volonté de l'acquéreur elle tient à la disparition des vices qu'infectent la vente. La consolidation peut être le fait du propriétaire qui renonce à la revendication elle peut également être le fait du vendeur qui acquiert la propriété après la vente. Ces deux événements ne sont pas retenus par le code civil français qui énonce que le véritable propriétaire est censé avoir consenti à la vente au moment où elle s'est formée, le vendeur est censé avoir été propriétaire au jour de la vente. Contrairement à la jurisprudence française et au C.O.C le code civil français sanctionne la vente par la nullité alors même que le véritable propriétaire avait donné son consentement ou que le vendeur serait devenu propriétaire. La solution adoptée par les rédacteurs du code civil français a été critiquée par la doctrine moderne. La résolution de la vente ouvre à l'acheteur un droit à des dommages et intérêts ce droit au terme de l'article 576 n'appartient à l'acheteur que s'il a ignoré que la chose fût à autrui et cela est normal puisque d'une part si l'acheteur a su que le vendeur n'était pas propriétaire il ne peut se plaindre d'une situation dont il a accepté les risques, d'autre part, car il n'a commis aucune erreur il a conclu un contrat valable dont il ne peut demander la résolution.

2. Rapports entre l'acheteur et le véritable propriétaire :

Le véritable propriétaire est un tiers par rapport à la vente que conclut un vendeur qui n'est pas propriétaire n'ayant aucun intérêt à la résolution ou à la nullité de cette vente. Il ne peut intenter une action en nullité de la vente, si le véritable propriétaire veut prendre sa chance c'est une action en revendication qu'il doit intenter et il n'a pas à faire préalablement annuler la vente. Ainsi le principe est que la vente de la chose d'autrui est valable sauf si le véritable propriétaire refuse de la ratifier ou que le vendeur n'arrive pas à en devenir propriétaire en aucun cas, l'acheteur peut demander la résolution.

Le code des obligations et des contrats admet donc le maintien de la validité de la dite vente tout en permettant la résolution.

III/ Le prix dans les contrats de vente en droit civil tunisien

Le prix fait référence à la fois à une question de formation du contrat et au contenu de ce contrat.

Ce prix remplit différentes fonctions.

- Il constitue tout d'abord un critère de qualification de contrat de vente.

- C'est une condition essentielle de validité du contrat de vente.
- Ce prix constitue également l'objet de l'obligation principale de l'acheteur et corrélativement ce prix constitue aussi la cause de la délivrance de la chose, la contrepartie du transfert de propriété.

Selon le code des obligations et des contrats, la formation du contrat de vente nécessite l'accord des parties non seulement sur la chose vendue mais encore sur le prix, de même que l'objet de l'obligation du vendeur porte sur la chose vendue l'objet de l'obligation de l'acheteur porte sur le prix.

Le prix est une somme d'argent que l'acheteur doit payer au vendeur en contre partie de la chose qu'il reçoit. On peut classer les règles qui régissent le prix en deux catégories : les premières plus techniques que les deuxièmes sont relatives à la détermination, à la réalité et au sérieux du prix. Les deuxièmes plus politiques que les premières tendant à assurer la justice du prix.

I- Détermination, Réalité et Sérieux du Prix :

A la différence de certains systèmes juridiques étrangers le droit marocain exige que le prix soit déterminé, sérieux et réel.

1. La détermination du prix :

La détermination du prix ne s'impose que compte à son montant il n'est pas nécessaire de déterminer le mode de paiement en espèce, par chèque, par traite ou par virement ni d'en préciser l'échéance sauf convention contraire.

a. Le prix déterminé :

Au terme de l'article 579 du code des obligations et des contrats, "le prix de la vente doit être déterminé". En principe le prix est fixé par les parties elles mêmes dans le contrat de vente, elles chiffrent le prix que l'acheteur doit payer au vendeur.

Il se peut cependant que la fixation du prix soit le fait du seul acheteur dans la vente aux enchères par exemple en portant la plus forte enchère l'acheteur fixe le prix que le vendeur a par avance accepté. Toutefois pour éviter un prix trop faible le vendeur fixe parfois un minimum aux enchères.

Il peut arriver aussi que le prix soit fixé par le vendeur seul qui n'en discute pas le montant avec l'acheteur c'est la vente à prix fixé pratiqué dans les grands magasins par exemple.

A cette vente à prix fixé s'oppose la vente au rabais dans laquelle le vendeur consent une réduction du prix qu'il avait demandé. L'article 579 prohibe la détermination du prix par un tiers "on ne peut en rapporter la détermination à un

tiers ni acheter au prix payé par un tiers à moins que le prix ne fût connu des contractants". Par contre en droit français la détermination du prix par un tiers est licite parce que d'aucune des parties est à la disposition de l'autre mais ils sont toutes les deux à la disposition du tiers convenu. C'est peut être la raison pour laquelle le législateur tunisien n'a pas retenu cette façon de déterminer le prix.

b. Le prix déterminable :

Il n'est sans doute pas nécessaire que le prix soit chiffré dès l'échange du consentement la vente est valable si le prix est simplement déterminable. C'est-à-dire s'il dépend d'un élément objectif c'est ce qui résulte de la suite de l'article 579 du code des obligations et des contrats lequel énonce "qu'on peut cependant s'en référer au prix fixé dans une mercuriale ou tarif déterminé ou à la moyenne des prix du marché lorsqu'il s'agit des marchandises dont le prix n'a pas subi de variation. Lorsque ce prix est variable les contractants sont présumés s'en être référer à la moyenne des prix pratiqués".

La vente est nulle si le prix est resté à la disposition du vendeur ou de l'acheteur car le bon plaisir ne peut faire la loi de contrat, une partie ne peut être à la merci de l'autre. Il s'agit là d'une institution de protection selon les cas la partie protégée c'est tantôt le vendeur tantôt l'acheteur selon que la détermination du prix reste au pouvoir de l'acheteur ou du vendeur. L'application de la règle doit préciser dans deux hypothèses :

- celle où le prix est variable auquel cas les parties sont présumées sans être référées à la moyenne des prix pratiqués.

- et celle du prix qui ne subit pas de variation auquel cas les parties se réfèrent au prix fixé par le marché c'est ce qu'on appelle également la vente au cours.

Ce genre de stipulation est devenu fréquent dans une période d'instabilité économique où il est impossible au vendeur de prévoir le futur prix de reviens de la marchandise. Par exemple un commerçant commande tant de quintaux de blé livrable au début de mai le prix étant payable à la date de la livraison au cours de ce jour, la vente est valable lorsque le cours est imposé par une autorité publique qui est l'origine de la taxation apparue dans un système dirigiste où lorsque le cours résulte d'un marché ce qui apparaît dans un système libéral.

En subordonnant la validité de la vente à la détermination du prix le législateur adopte une solution logique puisque le prix est un élément essentiel de ce contrat.

2. La réalité et le sérieux du prix :

Le prix doit être réel et sérieux pour que la vente soit valable, la raison d'être de cette règle est un peu différente de celle qui impose la détermination du prix. Il se trouve dans la théorie de la cause : il ne suffit pas que la vente ait été voulue, il faut aussi que l'obligation du vendeur ait une cause "le prix qui constitue la contre partie de la chose". Les deux notions du prix réel et sérieux sont distinctes parce qu'elles ne se situent pas sur le même plan, l'une est subjective s'attachant à la notion des parties, l'autre est objective s'attachant à l'existence matérielle du plan.

a. Le prix réel :

Ce qui s'oppose au prix réel c'est le prix fictif parfois dénommé prix simulé dont il est convenu entre les parties dès la conclusion du contrat qui ne sera jamais payé. Par exemple au moyen d'une contre lettre (lettre cachée) le vendeur en fait remise à l'acheteur, en d'autre terme dans le contrat conclu, les parties indiquent un prix mais ils conviennent par une contre lettre que le prix n'est pas du. Le contrat n'est pas donc une vente mais une donation déguisée sous l'apparence d'une vente. Par ailleurs les parties peuvent ne porter à l'acte de vente qu'un prix inférieur à celui qui a été convenu, en dissimulant une fraction d'un prix réel ayant stipulé dans une contre lettre un prix réel, elles ne mentionnent à l'acte de vente qu'un moindre. La dissimulation d'une partie de prix pour éviter le paiement des frais fiscaux est assez répandue. Ce genre de contrat est nul et la nullité est d'ordre public. La nullité ne s'applique

qu'à la convention secrète et laisse subsister entre les parties les obligations qui résultent de l'acte apparent. Aussi l'acte de vente apparent est le seul valable et produit tous ses effets même entre les parties qui pourtant n'ayant pas consentis. L'obligation de payer la fraction dissimulée du prix contenu dans la contre lettre étant nul. L'acheteur est en droit de refuser au vendeur le paiement de cette fraction, risque contre lequel se prévuni d'ailleurs facilement le vendeur en se faisant verser immédiatement sans en délivrer quitus la fraction dissimulée.

b. Le prix sérieux :

Un prix est sérieux lorsqu'il n'est pas dérisoire un prix est dérisoire lorsqu'il est inexistant et bas ce qui est un critère objectif. Un prix est donc dérisoire lorsqu'il est sans rapport avec la valeur de la chose vendue. L'utilité de la théorie du prix sérieux apparaît surtout lorsque la vente n'est pas recevable pour cause de lésion exemple une vente aléatoire.

II- Le prix doit être juste :

Le problème du juste prix ne se réduit pas à la question de la lésion en effet le droit tunisien connaît deux règles assurant le contrôle des prix.

Dans la vente l'une est à posteriori judiciaire et individualisée c'est le système de la rescission pour cause de lésion, l'autre est préventive qui relève de la réglementation de masse c'est le système de taxation du prix.

La liberté du prix est la règle cette règle découle de la liberté de commerce et de l'industrie. Mais le libéralisme économique connaît des limites soit pour des raisons de protection sociale soit pour des raisons de direction économique et d'ordre public économique.

DEUXIEME PARTIE

Administration et direction de la société anonyme :

Conseil d'administration : Démission de l'administrateur : L'importance de la procédure de démission pour minimiser la responsabilité de l'administrateur

Le code des sociétés commerciales prévoit que les administrateurs d'une société anonyme peuvent, dans certains cas, être tenus responsables personnellement et solidairement pour certaines dettes de la société encourues tandis que l'administrateur est en fonction. A titre d'exemples, le premier alinéa de l'article 214 du code des sociétés commerciales déclare que

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 les membres du conseil

d'administration.

Ces dispositions législatives mettent en lumière l'importance de déterminer à quel moment précis un administrateur a cessé d'occuper ses fonctions, la responsabilité étant directement liée au mandat d'administrateur.

Par ailleurs, l'article 16 du code des sociétés commerciales impose à la société des obligations de dépôts et de publicité, de tous les actes et les délibérations ayant pour objet la nomination des dirigeants des sociétés, le renouvellement ou la cessation de leur fonction. Il découle de cet article, que la nomination et la cessation des fonctions des administrateurs impliquent l'accomplissement par la société administrée de toutes les formalités de dépôt et de publicité au Journal Officiel de la République Tunisienne.

La démission d'un administrateur prend effet à la date de son envoi par écrit à la société ou à la date postérieure qui y est indiquée. Un administrateur qui souhaite démissionner de ses fonctions devrait donc préparer une démission écrite qu'il signera et sur laquelle la date de prise d'effet de la démission sera spécifiée. Cet avis devra être transmis à la personne morale et l'administrateur devrait s'assurer de conserver une preuve de cette transmission

La démission de l'administrateur est effective dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société par l'intermédiaire de son représentant légal. La loi ne prévoit pas de formalités particulières mais, pour des raisons de preuve, il est plus prudent pour l'administrateur démissionnaire de formaliser sa décision. Il lui est par conséquent conseillé de rédiger une lettre recommandée avec accusé de réception dans laquelle il formule sa démission de manière non-équivoque. La lettre doit être adressée au représentant légal de la société anonyme.

La question en litige était de déterminer si l'administrateur était réellement administrateur de la société pour la période couverte par la

réclamation.

Selon une première opinion, la démission d'un administrateur ne vaut à l'égard des tiers que dans la mesure où cette démission a été publiée conformément aux dispositions de l'article 16 du code des sociétés commerciales.

Selon une seconde opinion, l'administrateur peut faire la preuve de la date exacte de sa démission à titre d'administrateur et peut ainsi réfuter la présomption établie par l'article 16 du code des sociétés commerciales. En effet, la seule obligation de l'administrateur était de transmettre un avis de sa démission à la société. Il incombe ensuite au représentant légal de la société d'effectuer les formalités de publicité de la démission.

Certes, l'omission par le représentant légal d'effectuer les formalités de publicité de la démission d'un administrateur donne naissance à une présomption à l'effet que l'administrateur démissionnaire est toujours administrateur car son nom demeure inscrit à ce titre au registre des membres du conseil d'administration.

Cependant, il doit être permis à l'administrateur de faire la preuve de sa démission car autrement, on le tiendrait responsable d'une omission qui ne lui est pas imputable puisque ce n'est pas lui mais le représentant légal de la société qui a l'obligation d'effectuer les formalités de publicité.

Dans tous les cas, l'administrateur démissionnaire prudent peut éviter des poursuites et, par conséquent, bien des coûts et des tracas inutiles en s'assurant que la publicité de sa démission soit faite selon les exigences de la loi. L'administrateur qui démissionne devrait donc obtenir l'assurance que le représentant légal de la société a effectué les formalités de publicité requises.

Si le représentant légal de la société néglige d'effectuer les formalités de publicité requises, l'administrateur peut intenter un recours pour le forcer à se conformer à son obligation légale.

II/ Conseil d'administration : Les devoirs des administrateurs

Aux termes de l'alinéa 1er de l'article 198 du code des sociétés commerciales, les membres du conseil d'administration exerceront leurs fonctions avec la diligence d'un entrepreneur avisé et d'un mandataire loyal.

De l'alinéa 1er de l'article 198 du code des

sociétés commerciales se dégagent deux devoirs généraux auxquels sont soumis les administrateurs, soit le devoir de diligence et le devoir de loyauté.

1. Que suppose le devoir de diligence ?

Le devoir de diligence signifie que l'administrateur doit être présent aux réunions du conseil dont il fait partie, se préparer pour ces réunions, s'informer sur la société, ses activités et son marché, surveiller la gestion de la société et fournir une contribution positive et active selon ses connaissances et compétences. Cette contribution comprend également la communication de renseignements qu'il recueille et qui peuvent aider la personne morale.

L'administrateur doit donc être bien informé, proactif et avoir le courage d'agir. Le courage d'agir signifie qu'il ne doit pas hésiter à exprimer ce qu'il pense réellement et proposer ce qui lui apparaît devoir être fait dans le meilleur intérêt de la société, même si cela peut déplaire à la direction ou à des collègues ou affecter ses ambitions et intérêts personnels.

2. Que suppose le devoir de loyauté ?

Le devoir de loyauté comporte trois éléments : agir de bonne foi, avec intégrité et au mieux des intérêts de la personne morale dont il est l'administrateur.

La bonne foi est essentiellement une norme de conduite. Elle suppose une attitude et une démarche positives.

L'intégrité, quant à elle, est une valeur morale. Elle est synonyme de probité et d'honnêteté. Elle suppose de ne pas altérer les faits ou la réalité dans les relations ou les communications avec les tiers et de ne pas chercher à tromper. Cette valeur se rapproche donc de la norme de conduite qu'est la bonne foi dont nous venons de traiter.

Examinons maintenant la troisième composante du devoir de loyauté. La recherche du meilleur intérêt de la société doit évidemment être effectuée dans le respect des obligations légales et contractuelles de la société.

Certains paramètres devraient ou pourraient incorporer la poursuite du meilleur intérêt de la société :

- cet intérêt de la société doit être interprété comme celui de la société agissant comme une entreprise socialement responsable ;

- cet intérêt ou plus précisément l'obligation des administrateurs à cet égard ne se limite pas à la valeur des actions ou au profit à court terme, et, dans le contexte de la continuité de l'entreprise, cette obligation vise les intérêts à long terme de la société ;

Ce faisant, il peut être opportun sans être obligatoire pour les administrateurs dans tous les cas de tenir compte de l'effet des décisions sur les parties intéressées. Toutefois dans un tel cas, si les intérêts des parties intéressées ne peuvent être réconciliés avec l'intérêt de la société, l'intérêt de la société doit prévaloir.

Par conséquent, le respect du devoir de loyauté implique que les administrateurs agissent de bonne foi et avec intégrité, respectent la loi et les contrats auxquels la société est partie, évitent les abus de droit et favorisent, autant que faire se peut, un traitement équitable des parties intéressées.

Le troisième élément du devoir de loyauté comprend, entre autres :

- l'obligation de confidentialité qui doit être respectée même envers la personne qui a fait élire ou nommer l'administrateur; l'obligation de divulguer les intérêts autres que ceux de la personne morale que l'administrateur peut avoir;

- l'obligation de s'abstenir de voter en cas de conflit d'intérêts;

- l'obligation d'être solidaire face aux tiers (sauf dans certaines situations face aux actionnaires ou membres) relativement aux décisions prises;

- et l'obligation de ne pas utiliser les biens et renseignements de la personne morale à ses fins personnelles ou aux fins d'autres personnes que la personne morale.

III/ Conseil d'administration : La révocation des administrateurs

Un administrateur ne peut être destitué ou voir son mandat révoqué par le conseil d'administration. La règle générale veut que seule la personne qui nomme puisse révoquer, le tout sous réserve de certaines nuances.

- Les membres du conseil d'administration

peuvent être révoqués à tout moment par décision de l'assemblée générale ordinaire (article 190 du code des sociétés commerciales).

En outre, la décision peut être prise par l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire sans que la question ne soit inscrite au préalable

à l'ordre du jour. L'article 283 du code des sociétés commerciales considère que l'assemblée générale peut, en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs membres du conseil d'administration, du directoire, ou du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement. Il s'agit là d'une exception importante à la règle fondamentale selon laquelle l'assemblée ne peut délibérer que sur les points inscrits à son ordre du jour.

Enfin, il est noté que la décision d'exercer l'action en responsabilité contre les membres du conseil d'administration ou de la poursuivre ou

celle de transiger entraînera la révocation des membres du conseil d'administration concernés (Article 220 du code des sociétés commerciales).

- par le tribunal habilité à ce faire dans certaines circonstances très spéciales et limitées, comme le prévoit, par exemple, l'article 214 du code des sociétés commerciales : Le tribunal peut interdire à l'administrateur condamné pour comblement de passifs la direction des sociétés ou l'exercice de l'activité commerciale pour une période fixée dans le jugement.

Assemblée générale des actionnaires :

Une question absente de l'ordre du jour de l'assemblée générale ne peut pas donner lieu à décision

Il arrive que lors d'une assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme, le mandat du commissaire aux comptes n'est pas renouvelé.

Dans ces conditions, les actionnaires peuvent-ils désigner séance tenante un nouveau commissaire aux comptes ?

Le syndic évincé demande l'annulation de cette décision au motif que l'AG, en élisant un nouveau commissaire aux comptes, a voté sur une question qui n'était pas inscrite à l'ordre du jour.

Certains estiment que le non-renouvellement du mandat du commissaire aux comptes constitue un "incident de séance" qui justifie que l'assemblée générale puisse prendre une décision sur une question non inscrite à l'ordre du jour.

Toutefois, cette résolution risque d'être annulée dans la mesure où l'assemblée générale des actionnaires a voté sur une question qui n'était

pas inscrite à l'ordre du jour.

En effet, l'assemblée générale ne peut pas délibérer sur des questions non inscrites à l'ordre du jour, et ce, conformément aux dispositions de l'article 283 alinéa 3 du code des sociétés commerciales.

En réalité, l'assemblée générale des actionnaires ne délibère valablement que sur les questions inscrites à l'ordre du jour et les copropriétaires ne peuvent, lorsqu'ils décident de ne pas renouveler le mandat du syndic, désigner un nouveau syndic si cette question n'a pas été inscrite à l'ordre du jour.

Par ailleurs, si la notion d'"incident de séance" est parfois envisagée par la doctrine comme permettant de déroger à cette règle, elle n'est confortée par aucune disposition légale.

En pratique : il faut veiller à ce que l'ordre du jour de l'assemblée générale des actionnaires soit rigoureusement rédigé et il faut s'en tenir à cette rédaction.

Assemblée générale ordinaire annuelle des sociétés anonymes :

Règles juridiques de tenue de l'assemblée annuelle : Documents et rapports soumis à l'assemblée générale annuelle : Le rapport de gestion

La responsabilité d'établissement des documents soumis aux assemblées générales incombe au conseil d'administration. L'assemblée générale sera appelée à approuver ces documents après avoir entendu les rapports des commissaires aux comptes.

Ce rituel complexe s'explique parce que la loi a

voulu que les actionnaires bénéficient d'une information aussi parfaite que possible sur les comptes de l'exercice clos. En effet par-delà l'approbation des comptes, les dirigeants demandent aussi à l'assemblée d'approuver l'ensemble de leur gestion. C'est à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire annuelle que les actionnaires renouvellent ou refusent leur

confiance aux dirigeants, comme une assemblée politique approuve ou censure la politique du gouvernement à l'occasion du vote du budget.

Actuellement cette information est essentiellement contenue dans le rapport présenté par le conseil d'administration, dont les énonciations sont certifiées par le commissaire aux comptes.

En effet, en application des dispositions de l'article 201 du code des sociétés commerciales, c'est le conseil d'administration qui doit, conjointement aux documents comptables, présenter à l'assemblée générale un rapport annuel détaillé sur la gestion de la société.

Le rapport annuel détaillé doit être communiqué au commissaire aux comptes (article 201 du code des sociétés commerciales). Aucun texte ne fixe le délai de communication du rapport de gestion au commissaire aux comptes.

Contrairement à la société à responsabilité limitée, le législateur ne prévoit pas de sanctions

pénales au cas où le rapport de gestion n'aurait pas été établi.

Reste donc à savoir si le défaut d'établissement du rapport de gestion peut être sanctionné par la nullité de l'assemblée ?

L'article 275 du code des sociétés commerciales habilité l'assemblée générale ordinaire à prendre les décisions relatives aux résultats après avoir pris connaissance du rapport du conseil d'administration et de celui du commissaire aux comptes. Cependant, ce même article frappe de nullité la décision de l'assemblée générale portant approbation du bilan et des comptes uniquement si elle n'est pas précédée par la présentation des rapports des contrôleurs.

Il en découle que l'absence du rapport de gestion ne peut pas entraîner la nullité de la délibération relative à l'approbation des états financiers et encore moins la nullité de l'assemblée générale annuelle.

Compte courant d'associé :

Le compte courant d'associé et le principe du remboursement à tout moment

L'apport en compte courant d'associé est un mécanisme largement utilisé dans la gestion de trésorerie et apprécié pour sa souplesse. Il constitue une avance consentie par un associé à la société. En l'absence de convention particulière ou statutaire, de telles avances sont en principe remboursables à tout moment.

1. L'apport en compte courant d'associés

L'apport en compte courant d'associé n'est pas un apport en capital. Il ne constitue pas non plus à proprement parlé d'un prêt classique dépourvu de terme. Il s'agit d'une convention de droit commun, conclue intuitu personae, permettant à un associé d'avancer des fonds à une société contre intérêts. Ces avances sont fournies soit par versement de fonds dans la caisse sociale, soit par le maintien à la disposition de la société des sommes qu'elle doit normalement remettre à ses associés ou actionnaires à titre, par exemple, de rémunérations ou de dividendes.

Les intérêts dus par la société sont souvent inférieurs aux intérêts pratiqués par les banques et ont l'avantage d'être déductibles fiscalement à certaines conditions.

Lorsqu'ils sont bloqués, ces apports en compte courant constituent aux yeux des établissements financiers des quasi fonds propres et vont ainsi améliorer les capacités de crédit de la société. Toutefois, le principe est celui du remboursement immédiat, à simple demande de l'actionnaire.

2. Limites du droit à remboursement à tout moment

Le remboursement de l'apport en compte courant d'associé est lié à la qualité d'associé, ce dernier devant être en mesure de prouver cette qualité.

On peut également se référer à une exigence de bonne foi liée à l'affectio societatis pour refuser un remboursement immédiat.

D'autres limites à l'efficience du droit au remboursement immédiat apparaissent en cas de procédure collective. Tout d'abord, l'associé, en tant que créancier social, sera soumis aux contraintes de la procédure collective et devra notamment déclarer sa créance.

Par ailleurs si le remboursement ne tombe pas, par principe, sous le coup des nullités de la

période suspecte, il pourra être attaqué sur le fondement de la nullité des paiements pour dettes échues, si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements.

Outre ces limites au principe, le remboursement des comptes courants d'associé peut être aménagé conventionnellement.

3. Les aménagements visant à bloquer les comptes courants d'associés

L'aménagement le plus courant est le recours à une convention de blocage par laquelle les associés réalisant un apport en compte courant s'obligent, vis à vis de la société, à rendre les sommes indisponibles pour une durée déterminée par les parties.

Toutefois, tout remboursement au mépris de cette clause sera valable et ne pourra donner

lieu qu'à l'engagement de la responsabilité contractuelle du débiteur de l'obligation violée. Pour rendre le mécanisme plus pérenne, des garanties supplémentaires se greffent souvent à cette convention, comme par exemple la "clause de cession d'antériorité" par lequel le titulaire d'un compte courant s'engage à n'exiger le remboursement des sommes qu'il a déposées qu'une fois tous les autres créanciers désintéressés.

Par ailleurs, le principe du remboursement immédiat peut aussi être aménagé par une disposition statutaire, ou une délibération sociétaire. A noter que la décision d'assemblée imposant le blocage des comptes courants d'associés est considérée comme entraînant une augmentation des engagements des associés et ne peut être opposée à l'associé ayant effectué l'apport en compte courant dès lors qu'elle n'a pas été prise à l'unanimité.

SARL :

Nomination irrégulière ou maintien irrégulier d'un commissaire aux comptes

Selon l'article 13 du code des sociétés commerciales, les sociétés commerciales sont tenues de désigner un commissaire aux comptes. Toutefois, les sociétés commerciales autres que les sociétés par actions, sont dispensées de la désignation d'un commissaire aux comptes, et ce :

- au titre du premier exercice comptable de leur activité.
- ou si elles ne dépassent pas deux des limites chiffrées relatives au total du bilan, au total des produits hors taxes et au nombre moyen des employés.

Selon le décret n° 2006-1546 du 2 juin 2006, ces limites sont les suivantes :

- Total du bilan : cent mille dinars ;
- Total des produits hors taxes : trois cent mille dinars ;
- Nombre moyen des employés : dix employés.
- ou si elles ne dépassent plus durant les deux derniers exercices comptables du mandat du commissaire aux comptes deux des limites chiffrées visées au deuxième tiret.

Par ailleurs, le commissaire aux comptes doit être désigné parmi les experts comptables inscrits au tableau de l'ordre des experts comptables de Tunisie si deux des limites chiffrées relatives au total du bilan, au total des

produits hors taxes et au nombre moyen des employés sont remplies.

Ces limites chiffrées sont les suivantes :

- Total bilan : 1 Million et 500 Mille dinars.
- Total des produits hors taxe : 2 Millions de dinars.
- Nombre moyen des employés : 30 employés.

Au cas où ces limites chiffrées ne sont pas remplies, le commissaire aux comptes est désigné soit parmi les experts comptables inscrits au tableau de l'ordre des experts comptables de Tunisie, soit parmi les spécialistes en comptabilité inscrits au tableau de la compagnie des comptables de Tunisie.

En raison d'une méconnaissance des textes légaux ou en raison du coût à supporter par la SAL, ces dispositions ne sont pas respectées par les gérants des SARL.

Dans ces conditions, quelles sont les conséquences juridiques pour la SARL et quels sont les sanctions pénales qui peuvent être encourues par le gérant pour une nomination irrégulière d'un commissaire aux comptes ?

En application de l'article 128, la nomination d'un commissaire aux comptes non qualifié valant absence de nomination, les délibérations

d'approbation des états financiers au vu des rapports de ce CAC peuvent être annulées par le tribunal saisi de l'action en annulation. Cette nullité n'étant donc pas absolue, elle peut être donc couverte par de nouveaux rapports établis conformément aux conditions de nomination du CAC, prévues dans le CSC.

Les délibérations prises à défaut de désignation régulière du commissaire aux comptes ou sur le rapport d'un commissaire aux comptes nommé ou demeuré en fonction contrairement aux dispositions ci-dessus de l'article 379 sont nulles. L'action en nullité est éteinte si ces

délibérations ont été expressément confirmées par une assemblée sur le rapport d'un commissaire aux comptes régulièrement désigné.

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

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

Société en formation :

Sort des contrats conclus par une société en formation

Il est fréquent que des contrats (tels que bail, promesses, engagements) soient conclus par les associés d'une société en formation, au nom et pour le compte de celle-ci, avant son immatriculation au registre du Commerce et des Sociétés. En effet, tant que la société n'est pas immatriculée, elle ne jouit pas encore de la personnalité morale et ne peut dès lors pas contracter en son nom.

Les actes accomplis au nom de la société en formation avant la signature des statuts sont automatiquement repris par la société une fois celle-ci immatriculée, à condition qu'un état indiquant l'engagement qui résulte de chacun de ces actes pour la société soit présenté aux associés avant la signature des statuts et annexé à ceux-ci. Une fois les actes régulièrement repris par la société, ceux-ci sont réputés être accomplis par la société dès leur origine.

Mais encore, afin que cette reprise ne puisse pas être contestée, quelques conditions de forme doivent être respectées :

- Une indication expresse doit figurer dans l'acte souscrit dont les termes feront savoir que cet acte est accompli au nom et pour le compte de la société en formation. La formule "agit pour le compte de la société X en formation" devra donc y apparaître.

- Si l'acte est accompli avant la signature des statuts, des renseignements permettant d'identifier la future société (la dénomination sociale, l'adresse du futur siège social, etc.), devront être mentionnés, la période de la formation, de même que les engagements qui résulteraient de l'acte pour la société.

- Si l'acte est accompli entre la signature des statuts et l'immatriculation de la société, un mandat spécial doit être donné à l'associé qui agit pour le compte de la future société.

Lorsque les termes des actes conclus sont ambigus au point de ne pas pouvoir déterminer si c'est l'associé qui a agi au nom de la société en formation ou si c'est la société elle-même qui a tenté de contracter alors qu'elle n'avait pas encore la personnalité juridique, la reprise des actes par la société pourra non seulement être contestée, mais encore ces actes pourront être déclarés nuls.

En effet, aux termes de l'article 4 du code des sociétés commerciales, les sociétés jouissent de la personnalité morale, qui leur permet de contracter, uniquement à compter de leur date d'immatriculation au registre du commerce.

Il en découle que les actes contractés par une société en cours de formation (à distinguer des actes contractés par les associés de celle-ci pour le compte de la société en formation) sont nuls, d'une nullité absolue.