

Nimba Conseil

Juridique & Fiscal, GRH & Formation

A large, light grey outline of a stylized figure or logo, possibly representing a person or a specific concept, positioned behind the text.

Revue trimestrielle d'informations juridiques
et fiscales

Janvier-Mars 2015
Guinée-Conakry

Conseil juridique & fiscal, GRH & Formation

Dans ce numéro,

Vous retrouverez notre chronique de droit des affaires ainsi que nos chroniques fiscale et sociale.

Si vous souhaitez des compléments d'information, les coordonnées de nos professionnels sont disponibles à la fin de ce numéro.

Sommaire

Chronique de droit des affaires

LA SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEES 3

Chronique fiscale

LES PRIX DE TRANSFERT 9

Chronique sociale

LA SOUS TRAITANCE 15

Contacts chez Nimba conseil 21

❖ Chronique droit des affaires

- **La société par actions simplifiées**

Le 30 janvier 2014, l'acte uniforme portant Droit des Sociétés Commerciales et du GIE a fait l'objet d'une révision par le Conseil des Ministres de l'OHADA. Cette nouvelle version de l'acte uniforme est entrée en vigueur le 05 mai 2014.

A cet effet, l'une des innovations majeures qui a été constatée est l'institution de la société par actions simplifiées qui constitue en elle une avancée réelle dans les perspectives de compétitivité et de dynamisation du climat des affaires en Afrique. Les dispositions applicables à cette nouvelle forme de société en droit communautaire, sont traitées au Livre 4.2 (*articles 853. 1 à 853.23*).

Le droit des affaires de certains pays connaissait déjà ce type de société. Son insertion dans le droit des sociétés traduit le souci réel du législateur communautaire à rendre plus flexible le mécanisme de création des sociétés par actions mais aussi de rapprocher le secteur informel au secteur formel avec une souplesse dans la gestion de celle-ci.

L'acte uniforme portant Droit des Sociétés Commerciales et Groupement d'Intérêt Economique révisé, définit la société par actions simplifiées comme « *une société instituée par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société sous réserve des règles impératives de l'acte uniforme. Les associés de la société par actions simplifiées ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et leurs droits sont représentés par des actions* ».

L'acte uniforme laisse aux statuts le soin d'harmoniser librement les modalités d'organisation et de fonctionnement de la société d'où sa flexibilité, tout en imposant l'observation des règles d'ordre impératif dont toute dérogation serait sanctionnée.

Dans le cadre de la présente, nous ne pourrions nous pencher sur une étude détaillée de la société par actions simplifiées, mais nous nous focaliserons essentiellement sur quelques particularités relatives aux conditions de formation (I) avant d'étaler les règles spécifiques gouvernant les organes de gestion de la société par actions simplifiées (II).

I/- LES PARTICULARITES QUANT AUX CONDITIONS DE FORMATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEES (SAS)

❖ Du capital social

Contrairement aux autres formes de sociétés de capitaux (SA et SARL) le législateur OHADA n'a pas prévu un capital minimum pour les sociétés par actions simplifiées. Il laisse le soin aux statuts de fixer librement le capital social et le montant de la valeur nominale des actions. Signalons tout de même qu'une SAS peut avoir un capital variable.

Toutefois, le défaut de capital minimum dans les SAS, n'est qu'un champ de liberté laissé aux associés de faire un apport consistant ou non à la société. Son instauration en droit OHADA pourrait drainer un flux d'investisseurs et d'entrepreneurs vers cette forme de société et marquerait un réel essor au climat des affaires grâce à la souplesse dans la création et le fonctionnement que présente cette société.

Aussi, l'une des particularités remarquables dans la SAS consiste en l'institution de l'apport en industrie dans cette forme de société de capitaux.

En principe l'apport en industrie dans les sociétés de capitaux n'était pas permis car ce type d'apport est difficile à évaluer d'autant plus que la responsabilité des associés dans de telles sociétés est limitée aux seuls apports effectués. Quel serait alors la situation d'un apporteur en industrie dans une société par actions ? Bien que son apport n'entre pas dans la formation du capital social, il demeure cependant associé au même titre que les apporteurs en numéraire et en nature.

Les associés peuvent alors effectuer des apports en industrie et recevoir en contrepartie, des actions inaliénables. Les statuts fixent les modalités de souscription et de répartition de ces actions.

La nature propre de l'apport en industrie dans les SAS est que le porteur est privé substantiellement du droit d'aliénation des actions dont il dispose.

En revanche, l'apport en industrie ne concoure pas à la formation du capital social mais donne lieu à l'attribution des titres sociaux ouvrant droit au vote et au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes. Les droits y rattachés ne peuvent sous aucun prétexte être supérieur à 25% de l'ensemble des droits de vote. Nonobstant cette restriction par rapport aux droits attachés à l'action provenant de l'apport en industrie, sa consécration par le législateur est de nature à rendre plus flexibles les conditions et procédures de création de la société par actions simplifiées.

❖ **Des associés et de leurs droits**

La société par actions simplifiées peut être créée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales. Lorsqu'elle est créée par une seule personne, celle-ci est dénommée associé unique. Cet associé unique est alors doté de tous les pouvoirs des organes collectifs de la société pour les prises de décisions.

S'agissant des droits des associés d'une société par actions simplifiées, ils sont représentés par des actions. Ceux-ci peuvent librement négocier leurs actions à moins que les statuts prévoient des clauses d'agrément ou de préemption qui subordonneraient la cession d'action à l'accord préalable des autres associés. Les associés peuvent aussi conclure des pactes d'actionnaires ayant une valeur extrastatutaire pour régir leurs droits et obligations et plus précisément les relations entre associés, la composition des organes sociaux, l'accès au capital et la transmission des droits sociaux.

Les associés peuvent procéder à l'augmentation du capital social tout en privilégiant le personnel et les dirigeants de la société d'être actionnaire par acquisition gratuite de nouvelles actions émises par la société. Cette opération confère au bénéfice du personnel et dirigeants des sociétés par actions simplifiées, le droit de siéger aux assemblées collectives par le mécanisme de distribution gratuite d'actions.

Par ailleurs, les actions émises par la société par actions simplifiées ne sont pas admises aux marchés boursiers et l'interdiction lui est faite de faire appel public à l'épargne. Tout manquement à cette mesure est sanctionné par la nullité.

II/- LES REGLES DE FONCTIONNEMENT DE GESTION ET DE CONTROLE DE LA SAS

❖ **De la direction**

Le droit revient aux associés de fixer dans les statuts les conditions dans lesquelles la société sera dirigée. Cette liberté laissée aux statuts, démontre de plus l'envie du législateur de rendre plus agile le fonctionnement de la société par actions simplifiées.

Toutefois, le législateur a prévu la désignation au sein de l'organe de gestion le président de la société. En effet, la société est dirigée par un Président qui est investi de tous les pouvoirs de gestion et peut agir en toutes circonstances au nom et au compte de la société, il représente la société à l'égard des tiers. Les statuts peuvent également décider qu'en plus du Président de la société, d'autres personnes peuvent avoir le titre de Directeur

Général ou Directeur Général Adjoint de la société et se verront dévolus tous les pouvoirs dont un président de SAS peut disposer.

Aussi, lorsque la société par actions simplifiées est dirigée par une personne morale, les dirigeants de celle-ci sont soumis au même régime d'obligation et de responsabilité comme s'ils étaient dirigeants en leur propre nom sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne qu'ils dirigent.

En sus de cet état de fait, le dirigeant d'une SAS peut voir sa responsabilité civile engagée en cas de faute de gestion par exemple. Il peut répondre aussi pénalement de son agissement contraire à la loi au cours de l'exercice de ses fonctions.

Cette responsabilité doit être distinguée de celle de la personne qu'il dirige. Il en est ainsi lorsque par négligence de contrôle du chef d'entreprise, un de ses préposés commet une infraction non intentionnelle, il endossera cette responsabilité parce qu'il appartient au chef d'entreprise de veiller personnellement à la stricte et constante exécution des prescriptions légales et réglementaires.

A noter que les règles relatives à la responsabilité des membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes sont aussi applicables au Président et aux dirigeants de la société par actions simplifiées.

❖ **Des décisions collectives**

Dans ce cadre, le législateur s'est contenté de faire un renvoi aux dispositions gouvernant la tenue des assemblées des associés dans les sociétés anonymes. C'est dans ce sillage qu'il prévoit que les règles relatives à la tenue des assemblées collectives dans les sociétés anonymes s'appliquent aux sociétés par actions simplifiées lorsque celles-ci optent pour la mise en place d'un organe collégial. L'acte uniforme accorde le droit aux associés de prévoir dans les statuts les modalités d'organisation, de convocation, de fonctionnement des assemblées générales.

Les associés déterminent librement dans les statuts les modalités d'adoption des décisions collectives (définition des décisions devant être prises collectivement, les conditions de forme, de quorum et de majorité des voix, etc...).

Ils peuvent également prévoir un organe de surveillance du ou des dirigeants de la société.

Cependant certaines décisions relèvent expressément de la compétence de l'assemblée des associés. Il s'agit entre autres des décisions portant sur l'augmentation, l'amortissement ou de réduction du capital social, de fusion, de scission, d'apport partiel d'actif, de dissolution, de transformation en une

société d'une autre forme, de nomination des commissaires aux comptes, de comptes annuels et des bénéfices.

Lorsque la société ne comprend qu'un associé unique, celui-ci est fondé de tous les pouvoirs pour prendre les décisions relevant de la compétence de l'assemblée des associés. Dans ce cas, l'associé unique approuve les comptes après le rapport du commissaire aux comptes s'il en existe. Cependant il lui est interdit toute délégation de pouvoirs dans les cas sus mentionnés.

Les décisions qui seront prises en violation de ces dispositions légales et/ou statutaires peuvent être annulées à la demande de tout intéressé.

❖ **Du commissaire aux comptes**

A la différence des sociétés anonymes ou la nomination du commissaire aux comptes et son suppléant est obligatoire dès sa création, la société par actions simplifiées n'exige pas la désignation du CAC sous réserve de certaines conditions. La nomination d'un commissaire aux comptes ne deviendra impérative que lorsqu'à la clôture de l'exercice social, la société remplit deux des conditions suivantes :

- 1) Un total du bilan supérieur à cent vingt-cinq millions (125.000.000) de francs CFA;
- 2) Un chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions (250.000.000) de francs CFA ;
- 3) Un effectif permanent supérieur à cinquante (50) personnes.

Même si la société ne remplit pas deux des conditions ci-dessus l'obligation de désigner un commissaire aux comptes demeure dans des situations ci-après :

- Lorsque la SAS est contrôlée par une ou plusieurs sociétés ou contrôle une ou plusieurs sociétés ;
- Lorsque la désignation émane d'une demande en justice des associés présentant un dixième du capital social.

Ainsi, ne constitue pas une obligation pour les SAS de désigner un commissaire aux comptes tant que les conditions ci-dessus ne sont pas remplies. Cette dispense temporaire est de nature à faciliter le fonctionnement des SAS.

En définitive, l'institution de la société par actions simplifiées présente des avantages particuliers eu égard à la souplesse dans son fonctionnement que dans son mode de direction et susciterait plus d'intérêt à être créée que les sociétés anonymes ou les SARL.

Par ailleurs, la simplification liée au formalisme des SAS faciliterait la création d'une filiale ainsi que la possibilité de consentir des options de souscription ou d'achat d'actions aux dirigeants et/ou aux salariés de la société.

Toutefois, la SAS présente par endroit certains désavantages parmi lesquels on peut citer l'obligation de désigner un commissaire aux comptes lors de la transformation de la société en une autre forme; la clause d'inaliénabilité des actions ou des valeurs mobilières donnant accès au capital social pour une période n'excédant pas dix (10) ans lorsqu'elle est prévue par les statuts; La possibilité de forcer un associé à céder ses actions lorsque les statuts en disposent.

❖ Chronique fiscale

- **Les prix de Transfert**

Les prix de transfert s'analysent comme étant des prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels, des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises sœurs".

On peut les définir de manière plus simple comme étant les prix des transactions entre sociétés d'un même groupe établies dans différents Etats. Cela suppose des transactions intragroupes pour des sociétés ne disposant pas d'un même domicile fiscal, ce qui exclut toute transaction à l'international avec des sociétés indépendantes.

Les sociétés sont concernées non seulement pour les livraisons de biens et de marchandises, mais aussi pour toutes les prestations de services intragroupes. Entre autre, on peut citer à titre d'exemple: le partage de certains frais communs entre plusieurs entreprises du groupe (frais d'administration générale ou de siège), mise à disposition de personnes ou de biens, redevances de concession de brevets ou de marques, relations financières, services rendus par une société du groupe aux autres sociétés sœurs ...

Toutefois, pour ce qui concerne cet article, notre réflexion va porter sur les prestations de service au titre des assistances techniques, lesquelles posent encore beaucoup d'interrogations sur la reconnaissance par l'administration fiscale de leur caractère normal.

Ainsi, avant l'adoption de la loi de finances pour 2014, le code général des impôts ne règlementait pas de manière explicite les prix de transfert. Seul l'article 117 prévoyait la réintégration de certaines charges liées à des opérations qu'il a nommément cité sans prévoir dans quelles conditions ces opérations seront jugées de transfert illicite de bénéfice.

Cependant, avec l'adoption de la loi de finances pour 2014, le législateur a pris le soin de renforcer son arsenal juridique pour plus de transparence liée aux prix de transfert bien que ces nouveaux dispositifs ne soient pas insérés dans le code général des impôts.

La problématique des prix de transfert est l'une des plus sensibles dans les relations financières des groupes de sociétés. Intéressant, dans une situation exclusivement internationale, ces opérations de transfert ont un impact direct sur l'assiette de l'impôt ; l'administration fiscale a donc un intérêt évident à examiner avec précaution les prix fixés par les groupes entre leurs entités vue qu'il est tentant dans un souci d'optimisation fiscale, de localiser

le maximum de bénéfices là où l'on paie le moins d'impôt. La tentation est d'autant plus grande que certaines filiales sont hébergées par des Etats à fiscalité privilégiée.

Pour la bonne compréhension de cet article, nous verrons sous un premier angle les moyens dont dispose l'administration fiscale pour assurer le contrôle des prix de transfert et ensuite nous envisagerons certaines recommandations pratiques destinées à aider les groupes à mettre en place leur politique de prix de transfert.

I/- LES MOYENS DONT DISPOSE L'ADMINISTRATION FISCALE POUR LE CONTROLE DES PRIX DE TRANSFERT

Par vocation, les sociétés d'un même groupe entretiennent des relations commerciales et financières entre elles; on peut citer entre autres l'approvisionnement des filiales de commercialisation auprès des unités de production, facturation des services communs assumés par la société mère... Le fisc redoute les manipulations des prix de transfert au sein des groupes caractérisées le plus souvent par la minoration de l'assiette de l'impôt.

Comme nous l'avions évoqué un peu plus haut, l'article 117 du code général des impôts bien que n'étant pas explicite en dispose comme suit : « *Pour les sociétés qui sont sous la dépendance, de droit ou de fait d'entreprises ou groupes d'entreprises situées hors de Guinée ou pour celles qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de Guinée, les paiements effectués par quelque moyen que ce soit, assimilables à des actes anormaux de gestion, constituent des transferts de bénéfices passibles d'impôt sur les sociétés.*

Il s'agit entre autre:

- *des versements sous forme de majoration ou minoration d'achats ou de ventes;*
- *de paiements de redevances excessives ou sans contrepartie;*
- *de prêts sans intérêts ou à des taux injustifiés;*
- *de remise de dettes;*
- *d'avantages hors de proportion avec le service rendu.*

A défaut d'éléments précis pour opérer les redressements prévus à l'alinéa précédent, les produits imposables seront déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement en Guinée ».

Cette disposition était la seule à régir le prix de transfert en Guinée. Malgré que sa mise en application soit difficile à appréhender. Dans la pratique le fisc, lors des vérifications de comptabilité, exige la présentation d'une convention dans laquelle la rémunération est clairement définie ainsi que le détail de l'ensemble des services rendus par la société mère à la filiale établie en Guinée.

Cette méthode issue de la pratique a récemment fait l'objet d'une consécration à travers la loi de finances pour 2014 qui, désormais exige un ensemble de documentation pour justifier la rémunération des transactions intragroupe bien qu'elle ne définit pas avec précision la nature de la documentation que doit fournir une filiale ou membre de groupe de sociétés à titre justificatif de sa pratique de transfert des prix.

C'est dans ce sillage que le législateur a renforcé son arsenal juridique en ces termes : « *Les entreprises établies en Guinée dont le chiffre d'affaires annuel hors taxe ou l'actif brut figurant au bilan est supérieur à 175 000 000 000 de GNF ;*

- *Ou qui détiennent ou contrôlent à la clôture de l'exercice directement ou indirectement, plus de la moitié du capital ou des droits de vote d'une entreprise dont le chiffre d'affaires annuel hors taxes ou l'actif brut figurant au bilan est supérieur à 175 000 000 000 de GNF ;*
- *Ou qui sont détenues ou contrôlées, à la clôture de l'exercice directement ou indirectement, pour plus de la moitié de leur capital ou de leurs droits de vote par une entreprise dont le chiffre d'affaires annuel hors taxes ou l'actif brut figurant au bilan est supérieur à 175 000 000 000 de GNF **doivent tenir à la disposition de l'administration, une documentation permettant de justifier leur politique de prix de transfert pratiquée dans le cadre des transactions de toute nature réalisées avec des entreprises établies hors de Guinée avec lesquelles elles sont liées.***
- *Sont considérées comme établies en Guinée les entreprises exploitées par une personne domiciliée en Guinée (au sens de l'article 4 du présent code) ou les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés exploitées en Guinée au sens de l'article 223 du code général des impôts.*

Par ailleurs, l'administration peut exiger des entreprises qui ne remplissent pas les conditions du premier paragraphe toute information ou tous documents sur les relations qu'elle entretient avec des entreprises étrangères et sur la méthode de détermination des prix des transactions si, au cours d'une

vérification de comptabilité l'administration a réuni des éléments faisant présumer que ces entreprises ont opéré un transfert de bénéfices ».

C'est avec ces exigences légales que l'administration compte dorénavant obstruer les transferts illicites de bénéfice. Autrement dit toute entité se retrouvant dans les critères énumérés ci-haut devra se soumettre à ces exigences légales pour admettre la déductibilité des charges y afférentes.

Aussi, il faut noter que la sanction qui sera liée à l'inobservation de ces exigences ne se limitera pas à la réintégration des charges afférentes dans le bénéfice imposable; mais aussi à leurs soumissions à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM) au titre des revenus distribués ce qui par conséquent engendrerait une double fiscalisation.

Dans l'optique de renforcer davantage les moyens de l'administration fiscale pour sanctionner de façon concrète le transfert indirect de bénéfice à l'étranger, la loi de finances pour 2014 en son article 14 met à la charge des entreprises établies en Guinée au sens de l'article 117 A du code général des impôts, une obligation de réintégration dans le résultat imposable :

- Les bénéfices indirectement transférés par voie de majoration ou de diminution des prix d'achats ou de vente ou par tout autre moyen à des entreprises au sens de l'article 97 du présent code, établies hors de Guinée.
- Les bénéfices indirectement transférés par voie de majoration ou de diminution des prix d'achats ou de vente ou par tout autre moyen à des entreprises établies dans un Etat étranger dont le régime fiscal est privilégié.

Ces mesures sont de nature à démontrer non seulement la réticence de l'administration fiscale vis à vis des opérations réalisées entre entreprises liées par un lien de contrôle de droit ou de fait et celles traitant avec les entreprises installées hors de Guinée. Aussi, elles confortent également le fisc dans ses moyens de contrôle et de détermination des transferts indirect de bénéfices surtout lorsque ces entreprises sont établies dans les pays à fiscalité privilégiée.

Toutefois, l'administration devrait en principe prouver le caractère illicite ou anormal des prix de transfert bien qu'il y va aussi dans l'intérêt et de la responsabilité de l'entreprise de préconstituer la justification de son prix de transfert par une documentation adéquate et sincère.

Après avoir décrit les moyens dont dispose l'administration pour assurer le contrôle des prix de transfert, voyons à présent les recommandations pratiques destinées à aider les groupes à mettre en place leur politique de prix de transfert.

II/- LES RECOMMANDATIONS PRATIQUES

L'hostilité de l'administration fiscale face aux prix de transfert n'est plus à démontrer d'autant plus que leurs justifications font l'objet de débats houleux lors des contrôles fiscaux.

C'est dans ce sillage que nous tenterons d'émettre certaines recommandations en vue d'une meilleure optimisation fiscale.

Ce faisant, pour limiter les risques fiscaux, les groupes doivent mettre en place des procédures qui permettront d'expliquer leurs méthodes de fixation des prix entre entités liées. Il s'agit d'un véritable travail processuel consistant pour une première phase à la mise en place de conventions qui devraient être autorisées par le conseil d'administration et approuvées par l'assemblée générale de l'entité guinéenne ; ce qui mettrait l'administration dans une situation moins favorable pour remettre en cause le principe de la facturation même si le risque de contestation ne peut être exclu. Aussi, la mise en place d'une documentation permettant de justifier la politique de transfert en cas de contrôle fiscal.

En effet, certains vérificateurs réclament des justifications à l'appui de la facturation des services intragroupe et la description du cheminement du processus de négociation intragroupe des prix de transfert. Les entreprises doivent donc mettre en œuvre une procédure pour vérifier ou établir leur politique de transfert et préparer un dossier, de manière à être en mesure de répondre à toutes tentatives de remise en cause par l'administration fiscale.

Les contribuables non préparés et surtout ceux dont la facturation est strictement forfaitaire se verraient en cas de vérification dans une position de faiblesse ne leurs permettant pas de fournir une justification appropriée.

Dans la pratique, une bonne partie des prix de transfert est incarnée par les assistances techniques des maisons mères, lesquelles se résument en un ensemble de services rendus par ces dernières à ses différentes filiales et généralement facturés en commun. Face à une telle situation, il ne serait pas évident d'apporter des justificatifs permettant d'établir la réalité des services et le besoin correspondant du bénéficiaire du service lors d'une vérification de comptabilité d'autant plus qu'il peut s'agir de services soumis à différents régimes fiscaux qui en eux peuvent être des conditions spécifiques de déductibilité.

C'est pourquoi, il serait nécessaire de rédiger plusieurs conventions lorsque des régimes fiscaux différents sont applicables selon les services rendus bien qu'en Guinée le seul régime fiscal dans ce cadre demeure la retenue à la

source sur les revenus non salariaux conformément aux dispositions de l'article 198 et suivants du code général des impôts. Mais aussi les dispositions de l'article 363 alinéa 3 au titre de la TVA sur les prestations étrangères.

Par ailleurs cette TVA ne constitue pas en elle une condition de déductibilité des charges liées aux prix de transfert si l'on s'en tient à l'article 100 du CGI qui conditionne la déductibilité desdites charges à leur assujettissement à la retenue à la source conformément à l'article 198 du CGI en sus de leur justification.

En définitive, nous pouvons retenir que les prix de transfert peuvent consister en des charges normales déductibles et non assimilées à des transferts illicites de bénéfices lorsque l'entreprise a pu :

- justifier ces charges à travers une convention dûment autorisée par le conseil d'administration et approuvée par l'assemblée générale qui ressort clairement la rémunération ainsi que le détail des services rendus ;
- conserver une documentation permettant de justifier la politique transactionnelle avec la maison mère ;
- assujettir les prestations rendues à la retenue à la source sur les revenus non salariaux.

Toute entité qui ne se conformerait pas à ces exigences pourrait se voir remettre en cause ses prix de transfert lors d'un contrôle fiscal ; ce qui par conséquent engendrerait une lourde sanction fiscale puisque qu'en sus du refus du caractère normal de la charge, elle sera soumise à l'impôt sur les revenus de valeurs mobilières au titre des revenus distribués.

❖ Chronique sociale

- **La sous-traitance**

Le nouveau code de travail dans sa récente rédaction a apporté de multiples innovations qui ont eu pour effet de combler soit un vide juridique ou lacunaire soit renforcer les règles préexistantes. Parmi ces réformes, figurent la réglementation du travail temporaire communément appelé mise à disposition de personnel, le travail des enfants, la sécurité et la santé au travail, le chômage technique ou économique ainsi que la sous-traitance.

Dans le cadre du présent article, la sous-traitance fera l'objet de notre réflexion.

Par définition, *la sous-traitance est l'activité qui est effectuée par une entreprise ou une société dite sous-traitante, pour le compte d'une entreprise ou une société dite entreprise principale et qui concourt à la réalisation de l'objet social de cette entreprise ou de cette société, ou à l'exécution d'un ou plusieurs éléments d'un contrat de l'entreprise principale.*

L'activité de sous-traitance porte sur la réalisation ou l'accomplissement d'une mission au sein de l'entreprise principale soit dans le cadre de l'exécution de son objet social soit dans celui d'un contrat dont cette dernière a la charge d'exécuter.

Pour qu'elle soit valable, la sous-traitance nécessite la rédaction d'un contrat ou convention qui définirait les obligations réciproques des parties et les conditions générales dans lesquelles le contrat doit être exécuté. Pour mieux appréhender la notion de sous-traitance, il serait judicieux de connaître qu'est-ce qu'une entreprise de sous-traitance ?

Selon le nouveau code de travail Guinéen du 10 janvier 2014, « *une entreprise ou une société est dite sous -traitante lorsque son activité, à titre habituel, temporaire ou occasionnel, est lié, par un contrat ou une convention, à la réalisation de l'objet social ou à l'exécution d'un contrat d'une entreprise principale.* ». (Art 135. 3 du code travail).

La conclusion d'un contrat de sous-traitance ne dépossède pas l'entreprise donneuse d'ordre (entrepreneur principal) de sa responsabilité économique finale. Elle consiste pour elle de confier tout simplement la prestation de service ou l'exécution des travaux qui sont destinés à lui être fournis ou exécutés pour son compte.

Ainsi, nous verrons pour un premier temps la nature juridique de la sous-traitance avant de nous pencher sur les obligations qui peuvent lier les deux parties à un contrat dit de sous-traitance.

I/- LA NATURE JURIDIQUE DE LA SOUS TRAITANCE ET DE CERTAINS CONTRATS VOISINS

La sous-traitance est une typologie des contrats d'entreprise qui se manifeste par le fait pour l'entrepreneur de procéder à une prestation de services répondant aux implications souhaitées par le client. La sous-traitance ne peut être assimilée aux prestations de services lorsqu'elles ne se rattachent pas à la réalisation de l'objet social de l'entreprise principale ou à l'exécution de certains de ses contrats.

Bien que le contrat de sous-traitance se caractérise par la présence d'une prestation à fournir pour le compte d'une autre personne moyennant une rémunération, il en demeure toutefois des nuances quant à son assimilation au contrat de travail. Le lien de subordination qui caractérise principalement le contrat de travail fait défaut. Ce qui exclut tout rapport employeur et employé entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant.

A noter que toute personne physique ou morale peut recourir à la sous-traitance et dans tous les secteurs d'activités économiques sauf ceux pour lesquels la loi prévoit expressément une restriction légale. Il s'agit des professions réglementées dont l'exercice est subordonnée à une autorisation préalable.

Par ailleurs, il serait important de signaler que des entrepreneurs dans l'intention de se soustraire aux obligations d'un employeur fassent recours à la sous-traitance. C'est pour quoi bien avant la conclusion du contrat de

sous-traitance, l'entrepreneur principal doit s'assurer que son cocontractant est en parfaite harmonie avec la législation ou les réglementations en vigueur notamment : par son enregistrement au registre du commerce et son acquittement régulière de ses obligations fiscales et sociales. Cette vérification épargnerait l'entrepreneur principal de toute complicité de travail dissimilé.

Autre notion voisine à la sous-traitance est le prêt de main d'œuvre communément appelé la mise à disposition qui fait tout de même l'objet de réglementation par le nouveau code de travail. Elle consiste à mettre à la disposition d'une entreprise, du personnel dont la gestion relève d'une autre entreprise. Tandis que dans la sous-traitance, l'exécution d'une tâche est nettement définie, correspondant au savoir-faire ou à une technique particulière du sous-traitant, que l'entrepreneur principal ne veut ou ne peut accomplir lui-même avec son personnel, pour des raisons d'opportunité économique ou de spécificité technique. La rémunération du sous-traitant est fixée au départ et forfaitairement en fonction de l'importance objective des prestations à réaliser sans tenir compte du nombre de salariés et du nombre d'heures qui seront travaillées, le sous-traitant devra ainsi prendre le risque de l'opération.

Le personnel qui exécute la tâche est employé par le sous-traitant qui le gère et le rémunère, l'encadre et le dirige dans l'exécution des prestations et demeure sous la seule autorité du sous-traitant qui répond de toutes les obligations d'employeur. En principe les matériels nécessaires à l'exécution des prestations doivent être fournis par le sous-traitant à ses salariés à moins que pour des raisons spécifiques liées à la prestation, le sous-traitant utilise les matériels ou installations de l'entrepreneur principal.

Il est aussi important de distinguer la sous-traitance du tâcheronnat ou sous entreprise (prévu par les dispositions des articles 134.1 à 134.5 du code de travail) bien qu'ils relèvent tous des contrats d'entreprise leurs régimes juridiques sont différents. L'une des différences réside au niveau des conditions de formation et aux statuts des parties. Le tâcheron est une personne physique, un maître ouvrier qui doit être inscrit au Registre du

commerce et du crédit mobilier et doit être agréé pour pouvoir conclure avec d'autres personnes et dont le contrat doit être forcément constaté par écrit. Tandis que le sous-traitant peut être toute personne physique ou morale constituée dans l'une des formes de sociétés régies par le droit OHADA et n'est soumis à aucune formalité d'agrément.

Puisque l'activité de sous-traitance se matérialise par la conclusion d'un contrat ou d'une convention liant les parties, il y a lieu alors de définir l'étendue des obligations de celles-ci.

II/- LES OBLIGATIONS DES PARTIES

❖ Les obligations du sous-traitant

Dans le cadre de la conclusion d'un contrat de sous-traitance, le sous-traitant s'engage à réaliser les différentes prestations mentionnées dans le contrat. A défaut, l'entrepreneur principal sera dans la possibilité d'engager sa responsabilité contractuelle ou lui demander de respecter la clause résolutoire stipulée dans son contrat de sous-traitance ou la clause pénale qui l'obligerait à compenser son inexécution par le versement d'un montant forfaitaire. D'autre part, si l'entrepreneur principal constate des malfaçons ou de sérieux manquements au contrat, il est en droit de ne pas payer le montant prévu. Il peut également saisir la justice afin d'obliger son sous-traitant à lui rembourser le versement des pénalités de retard qu'il a dû verser à son maître d'ouvrage.

❖ Les obligations de l'entrepreneur principal

De son côté, l'entrepreneur principal aura pour principale obligation, le versement des sommes prévues par le contrat de sous-traitance. Ce versement peut s'effectuer en une ou plusieurs fois selon les modalités convenues par les parties concernées. En cas de non-paiement, le sous-traitant peut ne pas livrer le produit ou le service qui a fait l'objet du contrat. C'est ce qu'on appelle le droit de rétention. Comme tout autre contrat, en cas de défaillance de l'une des parties dans l'exécution des clauses contractuelles, les parties peuvent faire recours à l'arbitrage si auparavant

elles ont prévu une clause à cet effet ou une action en justice peut également être intentée par le sous-traitant pour forcer l'entrepreneur principal à le rétribuer pour son travail. La signature d'un contrat de sous-traitance ne se substitue pas à la responsabilité du donneur d'ordre dans l'exécution du contrat envers un éventuel maître d'ouvrage. L'entrepreneur principal est tenu responsable envers le maître d'ouvrage de tout incident ou défaillance résultant du non ou de la mauvaise exécution des travaux pour lesquels il a fait recours à un sous-traitant.

Autres obligations incombant à l'entrepreneur principal sont celles relatives aux exigences imposées par la loi sociale en matière de priorisation des entreprises ou sociétés de droit guinéen. Suivant les dispositions de l'article 135. 9 du code du travail révisé qui dispose : « *l'entrepreneur principal réserve chaque fois que cela est possible, la priorité des contrats de sous-traitance aux entreprises ou aux sociétés de droit Guinéen, promues et dirigées par les guinéens et dont le personnel technique et d'encadrement est constitué d'au moins 80 % de guinéens* ».

Cette disposition exprime clairement la position du législateur guinéen par rapport à la protection des intérêts des entreprises et sociétés guinéennes à concurrence de toutes autres. Plus loin, la loi exige de l'entrepreneur principal la mise en œuvre d'une politique de formation conséquente en vue de permettre aux guinéens d'acquérir la technicité et la qualification nécessaires à l'accomplissement de certaines activités.

En ce qui concerne les collectivités locales, les services publics, les entreprises et les établissements publics dans la passation des marchés publics, ils se doivent l'obligation d'accorder aux nationaux 60% de la sous-traitance.

En somme, la sous-traitance est une activité que toute forme de société ou entreprise peut effectuer librement au compte d'une ou plusieurs autres sociétés. Ces dernières restent néanmoins soumises à de nombreux contrôles de nature administrative, fiscale et douanière, sociale, commerciale et aussi suivant le secteur d'activité du sous-traitant. Les contrôles peuvent

porter également sur les conditions d'installation et de fonctionnement des entreprises de sous-traitance à la diligence des autorités nationales.

La sous-traitance est donc une activité réglementée en ce sens que toute infraction constatée lors d'un contrôle administratif peut donner lieu à une poursuite judiciaire à l'encontre des contrevenants. Un arrêté du Ministre en charge du travail fixera le montant des amendes encourues.

Contact Chez Nimba Conseil

Adresses	Téléphone & Fax
<p style="text-align: center;">Nimba Conseil SARL</p> <p>Cabinet de Conseil Juridique & fiscal, GRH & Formation</p> <p>Résidence 2000 du 2 octobre, 3ème étage Bureau 3A BP : 5099 Conakry-République de Guinée</p> <p style="text-align: center;">(Face du jardin 2 octobre)</p> <p>BP : 5099 Conakry République de Guinée</p>	<p>Téléphone : +224 662 55 55 00</p> <p>Télécopie : +224 30 43 42 89</p> <p>Email : info@nimba-conseil.com</p>
Nom	E-mail
<p style="text-align: center;">Aminata BAH TALL</p> <p style="text-align: center;">Adama SOUARE</p> <p style="text-align: center;">Mariama Ciré KEITA</p> <p style="text-align: center;">Djakaria DIAKITE</p>	<p style="text-align: center;">tallaminata@nimba-conseil.com</p> <p style="text-align: center;">adamasouare@nimba-conseil.com</p> <p style="text-align: center;">mariamakeita@nimba-conseil.com</p> <p style="text-align: center;">zakariadiakite@nimba-conseil.com</p>