Le Manuel Permanent du Droit des Affaires tunisien

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 180 Juin 2010

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Droit de la propriété littéraire et artistique :

Droit d'auteur. La détermination du titulaire du droit de la propriété : Cas des logiciels réalisés par les salariés. — A qui appartient le logiciel réalisé par le salarié ? **P. 4**

Experts judiciaires :

La réforme du statut des experts judiciaires — La loi n° 2010-33 du 21 juin 2010 est venue réformer la loi n° 93-61 du 23 juin 1993 relative aux experts judiciaires. **P. 4**

Facture - Facturation :

I/ Mentions obligatoires : Obligation d'insérer le numéro du matricule fiscal par les huissiers notaires dans les exploits qu'ils établissent. — Les huissiers notaires sont tenus de mentionner le matricule fiscal dans les exploits qu'ils établissent dans le cadre de l'exercice de leur profession. **P. 5**

II/ Vente sans facture : L'acheteur peut-il être poursuivi s'il achète sans facture ? — La délivrance de la facture incombe certes au fournisseur mais l'acheteur est tout autant responsable s'il ne la réclame pas. **P. 6**

Fiscalité de l'entreprise

Avantages fiscaux et financiers :

Réduction de l'impôt sur les sociétés au titre de l'introduction en bourse — Commentaire de la loi n° 2010-29 du 7 juin 2010 relative à la réduction du taux de l'impôt sur les sociétés, en faveur des sociétés qui procèdent à l'admission de leurs actions ordinaires à la cote de la bourse des valeurs mobilières de Tunis. **P. 6**

Droit d'enregistrement et timbre :

Droit complémentaire pour défaut d'origine : La justification de l'origine de la propriété — La justification de l'origine de la propriété par les partages **P. 8**

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

Fonds de commerce :

La vente du fonds de commerce : La protection des créanciers du vendeur lors de la cession d'un fonds de commerce

L'acheteur d'un fonds de commerce est-il tenu de régler les dettes du vendeur ? **P. 8**

Franchise :

Publication des clauses minimales obligatoires des contrats de franchise et des données minimales du document d'information l'accompagnant.

Le décret n° 2010-1501 du 21 juin 2010 a fixé les clauses minimales obligatoires des contrats de franchise ainsi que les données minimales du document d'information l'accompagnant. **P. 10**

Obligations sociales de l'entreprise

Congés :

Préavis et congés payés : La prise de congés payés pendant le préavis

Est-il possible de prendre des congés payés pendant un préavis ? **P. 12**

Durée du travail :

I/ Heures supplémentaires - accord tacite - absence d'opposition - paiement

Si l'employeur ne s'oppose pas à l'accomplissement d'heures supplémentaires, il donne implicitement son accord à leur réalisation. Dès lors, il doit les rémunérer. **P. 13**

II/ Le passage du travail du régime à plein temps au régime à temps partiel ou vice-versa

Le bénéfice du passage du travail du régime à plein temps au régime à temps partiel ou vice-versa est-il soumis à l'accord préalable de l'employeur ? **P. 13**

Tickets restaurants

Questions-réponses sur les tickets restaurants **P. 14**

Professions pharmaceutiques :

Don des médicaments : La nouvelle loi sur la collecte de médicaments

La loi n° 2010-30 du 7 juin 2010, modifiant la loi n° 73-55 du 3 août 1973 portant organisation des professions pharmaceutiques élargit le domaine d'application du mécanisme de la collecte des médicaments objet de dons, provenant des associations, des organisations caritatives et des institutions pour l'étendre au public. **P. 15**

Ventes commerciales :

Droit de la concurrence : Discriminations entre professionnels et contrepartie réelle

Les professionnels peuvent échapper à l'infraction de procéder à des discriminations s'ils sont en mesure de justifier d'une contrepartie réelle **P. 16**

DEUXIEME PARTIE

Minoritaires :

Le droit d'alerte des actionnaires minoritaires prévu par l'article 284 bis du code des sociétés commerciales.

L'efficacité du droit d'alerte des actionnaires minoritaires. **P. 17**

Parts sociales :

Cession des parts sociales : Conditions de forme dans les contrats de cession des parts de SARL. Nécessité d'un écrit. Portée

L'écrit exigé dans les cessions des parts sociales est-il une condition de validité, de preuve ou de publicité ? **P. 18**

SUARL :

Transformation de la SUARL en SARL

Pourquoi et comment transformer une SUARL en SARL ? **P. 20**

PREMIERE PARTIE

Droit de la propriété littéraire et artistique :

Droit d'auteur. La détermination du titulaire du droit de la propriété : Cas des logiciels réalisés par les salariés.

En principe, le salarié auteur est titulaire des droits. Cette solution découle de l'article 4 de la loi sur la propriété intellectuelle qui dispose que "lorsque l'œuvre est produite par des agents d'une personne morale publique ou privée dans le cadre de leurs fonctions, le droit d'auteur revient auxdits agents, sauf stipulation contraire découlant d'un contrat existant entre les deux parties… "

Mais en matière de logiciels, l'article 43 de la loi la propriété intellectuelle prévoit une solution différente. Selon cet article : " 43. Sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs salariés d'un organisme dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'organisme employeur, auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs.

Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'État, des collectivités publiques locales et des établissements publics.

Toute contestation sur l'application du présent article est soumise à la juridiction compétente du siège social de l'organisme employeur.

En conséquence, dès lors que le logiciel a bien été créé dans les conditions prévues par cet article, le salarié n'est plus titulaire des droits patrimoniaux et notamment du droit de reproduction sur le logiciel.

Experts judiciaires :

La réforme du statut des experts judiciaires

Les experts judiciaires sont des professionnels habilités chargés de donner aux juges un avis technique sur des faits afin d'apporter des éclaircissements sur une affaire. Ce sont des spécialistes de disciplines très variées (médecine, architecture, gemmologie, économie et finance, etc.).

Leurs avis ne s'imposent pas aux juges qui restent libres.

Elaboration de la loi n° 2010-33 du 21 juin 2010 :

D'une manière générale, les professions judiciaires et juridiques ont connu d'importantes modifications tenant à la technicité du droit, au développement des activités de conseil.

S'agissant du statut des experts, l'objectif est de définir le cadre juridique réglementant l'activité des experts judiciaires dans l'objectif de pallier certaines lacunes de la loi actuellement en vigueur.

Les nouveautés de la loi sont donc les suivantes :

1. La division de la liste des experts en deux sections selon le niveau d'enseignement de l'expert et de l'expérience qu'il a acquise dans le domaine, tout en permettant aux personnes morales de s'inscrire sur la liste des experts judiciaires à condition que les missions d'expertise judiciaire dont elles s'acquittent soient leurs activités principales.

2. La limitation de la durée d'inscription sur la liste des experts judiciaires à cinq ans, non renouvelable sauf s'il y a réinscription : Auparavant, le renouvellement de l'expert dans ses fonctions avait, dans la pratique, un caractère d'automaticité préjudiciable à la qualité du recrutement. Les listes d'experts agréés étaient dressées tous les trois ans mais les réinscriptions des experts étaient, sauf cas exceptionnels, systématiques. Ce fonctionnement était bien évidemment préjudiciable à la qualité du recrutement.

Afin de remédier à cette situation, la nouvelle loi organise une inscription initiale sur les listes des cours d'appel d'une durée de cinq ans, au terme de laquelle l'expérience de l'intéressé et l'acquisition des connaissances juridiques nécessaires sont évaluées dans la perspective d'une réinscription éventuelle sur présentation d'une nouvelle candidature. L'expert est ensuite réinscrit pour une durée de cinq ans, renouvelable.

3. L'interdiction de l'inscription de l'expert

judiciaire à plus d'une spécialité ou d'une circonscription de première instance : en effet, l'expert ne peut être inscrit que dans une seule spécialité et au ressort d'un seul tribunal de première instance. Toutefois, plusieurs experts peuvent être inscrits dans une même discipline.

4. La fixation des délais d'exercice effectif : La nouvelle loi dispose que l'expert judiciaire, doit, après la prestation du serment, notifier par écrit, au premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle il exerce, son domicile élu, et ce, dans un délai ne dépassant pas trois mois à compter de la date de publication de la liste des experts au Journal Officiel de la République Tunisienne.

Est considéré comme défaillant et son nom sera radié par arrêté du ministre de la justice, tout expert n'ayant pas prêté serment ou n'ayant pas notifié son domicile élu, et ce, à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la notification par lettre recommandée avec accusé de réception d'une mise en demeure restée infructueuse.

5. L'obligation, pour chaque expert, de tenir un registre où il inscrit les données relatives à la mission qui lui a été confiée par la justice : La nouvelle loi institue l'obligation pour chaque expert judiciaire de tenir un registre numéroté conformément à un modèle fixé par arrêté du ministre de la justice, dans lequel sont mentionnés sans blanc, ni rature ou surcharge, le numéro de l'affaire ou de l'ordonnance de sa désignation, la date de sa réception, son objet, ainsi que les parties, et le cas échéant, le délai imparti à la réalisation de l'expertise, sa prorogation, la date du dépôt de son rapport au greffe du tribunal, la date des missions complémentaires et leur objet.

6. Consolidation des mécanismes de contrôle sur les experts judiciaires : Le contrôle de l'expert judiciaire est assuré par le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel l'expert exerce ou par son délégué, et ce, une fois au moins durant l'année judiciaire afin de s'assurer qu'il continue à remplir les conditions d'exercice de l'expertise judiciaire.

Mention sera faite de l'accomplissement du contrôle, de sa date, des observations formulées et le cas échéant, du rapport distinct qui sera rédigé concernant ce contrôle.

7. La création d'un mécanisme propre permettant aux experts judiciaires de se recycler et d'accéder à une formation continue : La nouvelle loi dispose que l'expert judiciaire est tenu d'assister aux sessions de formation organisées dans le but d'approfondir son expertise dans le domaine de sa spécialité ou dans les aspects juridiques en relation avec l'accomplissement des missions qui lui sont attribuées.

Quant aux personnes morales inscrites sur la liste des experts judiciaires, elles sont tenues de désigner des représentants parmi leurs experts chargés de réaliser des expertises pour assister aux sessions de formation.

Facture - Facturation :

I/ Mentions obligatoires : Obligation d'insérer le numéro du matricule fiscal par les huissiers notaires dans les exploits qu'ils établissent.

La question s'est posée de savoir si l'huissier notaire est dans l'obligation de mentionner le matricule fiscal dans les exploits portant ses honoraires et qu'il dresse dans le cadre des attributions qui lui sont confiées en vertu de la législation en vigueur.

Selon l'administration fiscale (Texte n° DGI 2010/27; Note commune n° 20/2010), conformément aux dispositions de la législation fiscale en vigueur, toute personne physique ou morale soumise à l'obligation de la déclaration d'existence en vertu de l'article 56 du code de l'impôt sur les revenus des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés, est tenue de respecter les obligations relatives à la facturation prévues par l'article 18 du code de la TVA.

En conséquence, et en application des dispositions de l'article 56 sus-visé et du paragraphe II de l'article 18 du code de la TVA, les personnes physiques ou morales soumises à l'obligation de la déclaration d'existence, sauf dans le cas où le contrat fait foi, sont tenues d'établir des factures au titre des opérations qu'elles effectuent comportant notamment la mention du matricule fiscal du fournisseur ou du prestataire de services, du prix hors TVA, du montant et du taux de ladite taxe.

Sur la base de ce qui précède, et étant donné que les exploits dressés par les huissiers notaires portant leurs honoraires sont réputés être des contrats faisant foi et pouvant tenir lieu de facture, les huissiers notaires sont tenus de

respecter les mentions obligatoires de la facture telles que prévues par l'article 18 sus-visé et dont notamment la mention du matricule fiscal dans les exploits qu'ils établissent dans le cadre de l'exercice de leur profession.

II/ Vente sans facture : L'acheteur peut-il être poursuivi s'il achète sans facture ?

L'obligation d'établir une facture est affirmée par l'article 25 de la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix qui dispose : "Toute vente d'un produit ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facturation".

Le législateur impose au vendeur de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation de service et il doit la délivrer à son client même si ce dernier ne la lui réclame pas.

De son côté, l'acheteur doit selon l'article précité réclamer la facture. Il a donc l'obligation de la réclamer.

Il en résulte que la loi met à la charge du vendeur et de l'acheteur des obligations réciproques et indivisibles. Il existe donc une solidarité entre les obligations des deux parties qui sont tenues à des obligations complémentaires et réciproques.

En effet, une transaction sans trace écrite et donc sans preuve permet un profit occulte tant pour le fournisseur que pour le client.

Mais cette solidarité des obligations entre les deux parties peut-elle aboutir à sanctionner l'une des parties pour des manquements réalisés par l'autre ? Autrement dit y a-t-il solidarité financière du client pour le paiement de l'amende qui pourrait être infligée au vendeur en de défaut de facturation ?

A notre avis, cette co-responsabilité tend à prévenir toute collusion entre le vendeur et l'acheteur. Toutefois, en ce qui concerne la période postérieure à la réalisation de la vente, on admet que même si cette co-responsabilité est maintenue pendant la durée de conservation obligatoire des factures, elle n'entraîne pas, pour autant, des poursuites à l'encontre de l'acheteur. L'acheteur n'a pas généralement la maîtrise de la facture, il ne saurait être condamné pour défaut de facturation. Seule la personne responsable de la délivrance de la facture, c'est-à-dire le fournisseur, est redevable des sanctions applicables en matière de facturation.

Le législateur n'est pas allé jusqu'à prévoir la solidarité financière du client pour le paiement de l'amende en cas de vente sans facture.

Fiscalité de l'entreprise

Avantages fiscaux et financiers :

Réduction de l'impôt sur les sociétés au titre de l'introduction en bourse

Dans le but de dynamiser le marché financier et d'impulser l'offre des titres émis sur ledit marché, les articles 1 et 2 de la loi n° 2010-29 du 7 juin 2010 relative à l'encouragement des entreprises à l'admission de leurs actions à la bourse, ont prévu la réduction du taux de l'IS à 20% pour les sociétés qui s'introduisent à la cote de la bourse.

1. Sociétés concernées : Le bénéfice de la réduction de l'impôt sur les sociétés à 20% concerne les entreprises passibles de l'impôt sur les sociétés au taux de 30% ou de 35%.

Toutefois, le bénéfice de la réduction de l'impôt sur les sociétés à 20% ne s'applique pas :

- aux opérateurs de réseaux des télécommunications prévus par le code des télécommunications promulgué par la loi n° 2001-1 du 15 janvier 2001 tel que modifié et complété par la loi n° 2002-46 du 7 mai 2002,

- aux sociétés de services dans le secteur des hydrocarbures prévues par le code des hydrocarbures promulgué par la loi n° 99-93 du 17 août 1999 tel que modifié et complété par les textes subséquents et notamment par la loi n° 2004-61 du 27 juillet 2004,

- aux entreprises exerçant dans le secteur de production et de transport des hydrocarbures et soumises à un régime fiscal dans le cadre de conventions particulières et les entreprises de transport des produits pétroliers par pipe-line,

- aux es entreprises exerçant dans le secteur de

raffinage du pétrole et de vente des produits pétroliers en gros prévues par la loi n° 91-45 du 1er juillet 1991 relative aux produits pétroliers.

2. Conditions requises pour le bénéfice du taux réduit de l'IS : Le bénéfice du taux réduit de l'I.S. est subordonné à la satisfaction de certaines conditions.

a) Taux d'ouverture minimum du capital au public : Le taux d'ouverture du capital social varie selon que la société est nouvellement admise à la cote de la bourse ou qu'elle est déjà admise.

- Sociétés nouvellement admises à la cote de la Bourse : Les sociétés qui procèdent à l'admission de leurs actions ordinaires à la cote de la Bourse des Valeurs Mobilières de Tunis (B.V.M.T) bénéficient du taux réduit de l'IS de 20%, lorsque le taux d'ouverture de leur capital au public à l'introduction est au moins égal à 30%.

- Sociétés déjà admises à la cote de la Bourse : Les sociétés dont les actions sont admises à la cote de la B.V.M.T mais dont le taux d'ouverture du capital au public est inférieur à 30% bénéficient également de la réduction du taux de l'IS, dans la mesure où lesdites sociétés procèdent à une ouverture additionnelle de leur capital au public à un taux au moins égal à 20% et sans que le taux d'ouverture global soit inférieur à 30%.

Sont donc exclues de l'avantage, les sociétés déjà admises à la cote de la bourse et dont le taux d'ouverture du capital au public est égal ou supérieur à 30% antérieurement à la date du 7 juin 2010.

b) Nature des actions donnant droit à l'avantage : Seule est concernée par la réduction de l'impôt, l'opération d'ouverture du capital par l'introduction ou l'émission des actions ordinaires, soient les actions représentant les titres de propriété accordant généralement le droit de vote ainsi que celui de participer aux bénéfices de la société et à l'excédent de son actif sur son passif en cas de liquidation.

Il s'ensuit que toute opération d'ouverture du capital au public autre que par des actions ordinaires, telles que les actions à dividendes prioritaires sans droit de vote, les certificats d'investissement ne peut donner lieu au bénéfice du taux réduit de l'IS de 20% et ce, même si la condition d'ouverture du capital au public au taux de 30 % est remplie.

c) Appréciation de la limite de 30% : La proportion de l'ouverture du capital au public de 30% s'applique au montant global du capital. C'est ainsi que dans le cas d'une introduction accompagnée d'augmentation de capital, le taux de 30% s'apprécie par rapport :

- au montant global du capital, y compris celui augmenté,
- au nombre total des droits de vote existants dans la société.

Il s'ensuit que l'ouverture du capital au public par l'émission d'actions avec des droits de vote réduits par rapport aux actions existantes, ne donne pas droit à l'avantage même si le taux d'ouverture au public atteint 30%.

d) Notion de public : En vertu du règlement général de la bourse des valeurs mobilières de Tunis approuvé par l'arrêté du ministre des finances du 13 février 1997, le terme " public " désigne les actionnaires détenant individuellement au plus 0,5 % du capital et les institutionnels détenant individuellement au plus 5 % du capital.

e) Délai limite pour l'ouverture du capital au public : Pour bénéficier de la réduction du taux de l'IS à 20%, les sociétés concernées sont tenues de réaliser l'opération d'ouverture du capital au public au cours de la période allant du 1er janvier 2010 au 31 décembre 2014.

3. Période couverte par le taux réduit de l'IS : La réduction du taux de l'IS à 20% couvre une période de cinq ans à compter de l'année de l'admission en bourse ou de l'ouverture additionnelle du capital.

La période de cinq ans commence à courir donc à partir de l'exercice au cours duquel est remplie la condition d'introduction des actions ordinaires à la cote de la bourse au taux de 30% ou la condition de l'ouverture additionnelle du capital au public à un taux additionnel de 20% aboutissant à un taux global d'ouverture de 30% à raison d'actions ordinaires.

4. Déchéance de l'avantage : Afin d'inciter les sociétés ayant procédé à l'admission de leurs actions à la bourse ou celles ayant procédé à l'ouverture additionnelle requise de leur capital au public à assurer la continuité de leur cotation à la bourse, l'article 2 de la loi précitée a prévu la déchéance de l'avantage en cas de radiation des actions de la bourse que les motifs de radiation

soient imputables à la société ou non imputables à celle-ci.

a) Déchéance de l'avantage pour radiation des actions de la bourse pour des motifs imputables à la société : Dans le cas où la société ayant ouvert son capital au public serait radiée de la bourse pour des motifs considérés imputables à la société par le conseil du marché financier, elle sera déchue de l'avantage.

Dans ce cas, l'opération de radiation entraîne pour la société l'obligation de payer la différence entre l'impôt dû au taux de 30% ou de 35% acquitté au taux de 20% majorée des pénalités de retard et éventuellement de contrôle calculées selon la législation fiscale en vigueur, et ce à raison des résultats de toute la période antérieure à l'année de la radiation et ayant bénéficié du taux réduit de l'IS.

L'article 2 de la loi précitée a prévu que la différence entre l'IS dû au taux de 30% ou de 35% et l'IS payé au taux de 20% majoré des pénalités de retard et éventuellement de contrôle restent exigibles jusqu'à l'expiration de la 4ème année qui suit celle au cours de laquelle la radiation a eu lieu.

En cas d'omission totale, l'IS au taux de 30% ou de 10% majoré des pénalités de retard et des pénalités de contrôle, le cas échéant, calculées selon la législation fiscale en vigueur demeurent exigibles, jusqu'à l'expiration de la dixième année qui suit celle au cours de laquelle la radiation a eu lieu.

b) Déchéance de l'avantage pour radiation des actions de la bourse pour des motifs non imputables à la société : Au cas où les raisons de la radiation des actions d'une société de la cote de la bourse ne lui seraient pas imputables ; celle-ci ne sera pas déchue de l'avantage dont elle a bénéficié au titre des années antérieures à celle de la radiation.

Dans ce cas et à l'appui d'une attestation délivrée par le conseil du marché financier, justifiant que les motifs de la radiation ne sont pas imputables à la société, la déchéance de l'avantage n'aura pas d'effet rétroactif et l'IS au taux de 30% ou de 35% sera dû à compter de l'année de la radiation.

Droit d'enregistrement et timbre :

Droit complémentaire pour défaut d'origine : La justification de l'origine de la propriété

Conformément aux dispositions du n° 10 du tarif prévu par l'article 20 du code des droits d'enregistrement et de timbre, les actes emportant mutation à titre onéreux d' immeubles ou touchant à la situation juridique des immeubles sont soumis à un droit d'enregistrement complémentaire fixé à 3% du prix de la mutation s'ils ne font pas mention de la justification du paiement des droits d'enregistrement afférents à la dernière mutation à titre onéreux ou par décès.

La question posée est de savoir si les partages peuvent justifier l'origine de propriété des actes portant mutations d'immeubles à titre onéreux, afin de les exonérer du paiement du droit dû pour défaut d'origine ?

Dans une note commune l'administration fiscale a estimé que la mention dans les actes portant mutations d'immeubles à titre onéreux des références de l'enregistrement de l'acte de partage ne peut constituer l'origine fiscale permettant d'éviter le paiement du droit complémentaire fixé à 3%, puisque les partages n'entrainent pas la transmission de propriété, mais elles mettent fin à l'indivision de l'immeuble.

Par conséquent, les mutations à titre onéreux de propriété et en général tous les actes touchant à la situation juridique des immeubles comportant, au titre de l'origine de propriété, les références de l'enregistrement des partages, demeurent soumises au paiement du droit dû pour défaut d'origine fixé à 3% , leur exonération dudit droit nécessite la mention des références de l'enregistrement de la dernière mutation à titre onéreux ou par décès.

Fonds de commerce :

La vente du fonds de commerce : La protection des créanciers du vendeur lors de la cession d'un fonds de commerce

En principe, l'acheteur n'est pas tenu de régler les dettes du vendeur. Cependant, le fonds de commerce constituant une valeur patrimoniale importante, le législateur a souhaité protéger les

créanciers du vendeur. Grâce aux procédures dites d'opposition et de surenchère, tous les créanciers sont protégés. Il existe aussi une protection spécifique pour les créanciers privilégiés et nantis sur le fonds de commerce. L'acheteur qui règlerait directement le prix du fonds de commerce entre les mains du vendeur sans tenir compte de l'existence des créanciers de ce dernier s'exposerait à devoir leur régler une deuxième fois le prix du fonds.

I. Protection de tous les créanciers : Les créanciers disposent de deux moyens pour obtenir le paiement de leur créance : l'opposition et la surenchère.

A. Opposition

1. Conditions

La créance, justifiant l'opposition, doit au moins être certaine dans son principe. Elle peut être conditionnelle, peu importe qu'elle soit exigible.

L'opposition peut être pratiquée par tous les créanciers du vendeur, qu'ils soient titulaires de sûretés ou non. Elle peut également être exercée par le titulaire d'une créance née après la vente du fonds de commerce sous réserve qu'elle ait existé au jour de la publicité de la cession.

Remarque : le créancier qui n'a pas fait opposition perd :

- le droit de critiquer le paiement du prix au vendeur ;
- le droit de faire surenchère.

2. Délai

Les créanciers du vendeur doivent faire opposition dans un délai de dix jours qui court à partir de la dernière des publications imposées à l'acheteur. Il s'agit en l'occurrence de la publicité de la vente du fonds de commerce effectuée au journal officiel.

Le calcul du délai s'effectue de la façon suivante : le jour de la parution de l'avis ne compte pas. Le délai expire le dixième jour, à moins qu'il ne tombe un dimanche ou un jour férié, auquel cas, il y a prorogation jusqu'au lendemain.

Par exemple, l'avis de cession du fonds est publié le mardi 5 juin 2010, les créanciers du vendeur ont donc 10 jours pour faire opposition au paiement du prix c'est à dire jusqu'au vendredi 15 juin 2010 2005 (puisque le 5 juin, jour de la parution, n'est pas pris en compte dans le calcul).

Au-delà de ce délai, le créancier peut seulement recourir aux voies d'exécution de droit commun (saisie attribution, saisie conservatoire, etc.).

3. Formalisme

L'opposition doit être réalisée par un exploit d'huissier signifié au domicile élu par l'acheteur dans ses publications. Elle doit contenir à peine de nullité :

- le chiffre et la cause de la créance ;
- une élection de domicile dans le ressort du tribunal de la situation du fonds (article L 141-14 du Code de commerce).

4. Effets de l'opposition

L'opposition n'est qu'un acte conservatoire qui a pour effet :

- de bloquer le prix du fonds de commerce ;
- d'empêcher le vendeur de consentir une réduction du prix ;
- de permettre au créancier de surenchérir.

5. Recours du vendeur

Le vendeur peut demander, par l'intermédiaire d'un avocat, en référé, devant le président du tribunal de première instance :

- soit la mainlevée d'une opposition irrégulière ;
- soit le cantonnement d'une opposition fondée.

a) Mainlevée

Si l'opposition a été faite sans titre et sans cause ou est nulle en la forme, le vendeur peut demander l'autorisation d'encaisser le prix de vente malgré l'opposition.
La charge de la preuve pèse sur le créancier opposant qui doit justifier d'une créance de nature à lui permettre d'immobiliser le prix. À défaut, la mainlevée est ordonnée.

b) Cantonnement

En cas d'opposition fondée et après l'expiration du délai de dix jours, le vendeur peut demander au président du tribunal de grande instance l'autorisation de recevoir une partie du prix, sous réserve de consigner à la Caisse des dépôts et consignations la somme correspondant au montant de l'opposition. Le juge saisi ne peut statuer qu'en présence de l'acquéreur.

B. Surenchère

La surenchère prévue par l'article L.141-19 du Code de commerce permet à certains créanciers du cédant, non satisfaits du prix d'acquisition proposé, d'exiger que le fonds soit vendu aux enchères publiques à un prix supérieur d'un sixième du prix des éléments incorporels du fonds tel qu'il est porté dans l'acte de cession. Sont admis à surenchérir les créanciers privilégiés et nantis ainsi que ceux qui ont fait opposition dans le délai de dix jours.

Elle doit être effectuée dans le délai de vingt jours qui suit la dernière en date des publications et n'est admise que si le prix proposé par l'acquéreur est insuffisant pour désintéresser les créanciers inscrits ou opposants.

La procédure est introduite par assignation devant le tribunal de commerce du lieu de situation du fonds de commerce.

Afin d'éviter la surenchère, le vendeur ou l'acquéreur peuvent, pour désintéresser les créanciers opposants, faire des offres réelles de paiement. Celles ci doivent alors être consignées et validées par un jugement.

À défaut d'offres réelles, le tribunal, s'il juge recevable l'action en surenchère, décide la mise aux enchères publiques du fonds. Si personne ne se porte acquéreur au prix proposé, le surenchérisseur doit acquérir le fonds au prix majoré du sixième.

II. Protection des créanciers privilégiés et nantis : La procédure de purge

Cette procédure, à l'initiative de l'acquéreur, permet de s'assurer que les créanciers privilégiés du vendeur ont été désintéressés. Elle consiste pour le repreneur à régler directement le prix, en totalité ou en partie, entre les mains des créanciers inscrits sur le fonds.

Avant toute poursuite des créanciers ou dans les quinze jours de la sommation de payer qu'il a reçue par un créancier, l'acquéreur doit adresser une notification à tous les créanciers inscrits, au domicile désigné par eux dans leur inscription.

Cette sommation doit contenir les éléments suivants :

- les nom, prénoms et domicile du vendeur, la désignation précise du fonds vendu, non compris le matériel et les marchandises, les charges, les frais et les coûts exposés par l'acquéreur ;
- un tableau sur trois colonnes contenant : la date des ventes ou nantissements antérieurs et inscriptions prises (première colonne). les noms et domiciles des créanciers inscrits (deuxième colonne) ;
- le montant des créances inscrites, avec déclaration qu'il est prêt à acquitter sur le champ, les dettes inscrites jusqu'à concurrence de leur prix, sans distinction des dettes exigibles ou non (troisième colonne).La notification contiendra élection de domicile dans le ressort du tribunal de commerce de la situation du fonds.

Dans le cas où parmi les divers éléments du fonds de commerce, tous ne sont pas grevés d'inscription, le prix de chaque élément sera déclaré dans la notification, avec ventilation, s'il y a lieu, du prix total exprimé dans l'acte de cession.

Si tous les créanciers sont d'accord, un acte notarié est rédigé et le prix est réparti entre eux et le vendeur. À défaut, la notification fait courir un délai de quinze jours pendant lequel les créanciers en désaccord doivent requérir, par assignation devant le tribunal de commerce du lieu de situation du fonds, sa mise aux enchères publiques en offrant le prix principal, non compris le matériel et les marchandises, plus un dixième (ne pas confondre cette surenchère avec celle du sixième).

En l'absence d'enchères, le créancier demandeur et surenchérisseur est déclaré adjudicataire et doit donc acquérir le fonds au prix de sa surenchère.

Franchise :

Publication des clauses minimales obligatoires des contrats de franchise et des données minimales du document d'information l'accompagnant.

Conformément à l'article 15 de la loi n° 2009-69 du 12 août 2009, relative au commerce de distribution, le franchiseur est tenu dans un délai minimum de vingt jours avant la signature du contrat de mettre à la disposition du franchisé un projet de contrat et un document mentionnant des informations relatives au franchiseur et à son secteur d'activité.

Les clauses minimales obligatoires faisant partie du contrat et les données minimales que doit contenir le document d'information seront fixés par décret.

A cet effet, effet, le décret n° 2010-1501 du 21 juin 2010 a fixé les clauses minimales obligatoires des contrats de franchise ainsi que les données minimales du document d'information accompagnant le contrat et relatives au franchiseur et de son secteur d'activité.

1. Clauses minimales obligatoires des contrats de franchise : Selon l'article 2 du décret précité, le contrat de franchise doit inclure les droits et les obligations du franchiseur et du franchisé et notamment les mentions suivantes :

- les services rendus par le franchiseur au franchisé notamment en ce qui concerne le transfert de l'expérience acquise, du savoir faire et de l'exploitation des droits de la propriété intellectuelle,

- les royalties exigées du franchisé,

- la durée du contrat et les conditions de son renouvellement,

- les conditions d'exploitation de la marque ou de l'enseigne commerciale,

- les conditions de résiliation du contrat,

- les clauses d'exclusivité d'approvisionnement,

- les clauses de non concurrence,

- la délimitation de la zone géographique exclusive d'exploitation de la marque ou de l'enseigne commerciale,

- l'obligation du franchisé à la confidentialité des données divulguées par le franchiseur,

- le plan d'investissement à exécuter par le franchisé,

- Les conditions de répartition des dépenses de publicité,

- la communication au franchiseur des données relatives à la vente et à la situation financière du franchisé,

- les procédures d'autorisation du franchiseur ou de ses délégués pour accéder aux locaux du franchisé,

- la possibilité pour le bénéficiaire d'un contrat d'exclusivité de représentation couvrant tout le territoire de la République Tunisienne, de conclure avec des franchisés des contrats d'exploitation couvrant des zones géographiques limités.

2. Mention du document d'information accompagnant le contrat de franchise : Aux termes de l'article 3 du décret précité, le document d'information accompagnant le contrat de franchise inclut des données relatives au franchiseur et son secteur d'activité et notamment les mentions suivantes :

- la forme juridique de l'entreprise et la nature de son activité,

- l'identité du franchiseur et son adresse pour les personnes physiques,

- l'identité du représentant légal, l'adresse du siège social, la liste des dirigeants et le capital pour les personnes morales,

- l'historique de l'entreprise,

- le numéro d'inscription dans le registre de commerce ou toute donnée équivalente,

- la preuve des droits de propriété de la marque ou de l'enseigne commerciale,

- les données relatives à l'inscription au registre national des marques,

- les données sur le réseau des franchisés,

- listes du réseau des franchisés en Tunisie, leurs adresses, la date de leur adhésion au réseau et la liste des franchisés exclus du réseau,

- les données sur le secteur d'activité de l'entreprise et les opportunités de développement du secteur dans les zones où la marque est représentée ainsi qu'en Tunisie,

- la spécification de la nature, du montant des dépenses et des investissements spécifiques de la marque ou de l'enseigne commerciale,

- les états financiers de l'entreprise.

3. Les clauses de prix dans le contrat de franchise : L'article 4 du décret précité prévoit que les contrats de franchise ne doivent pas comporter des clauses anticoncurrentielles relatives à :

- l'imposition des prix de revente ou de prestation de service,

- la fixation d'un chiffre d'affaires minimum.

Les contrats de franchise peuvent prévoir que le franchisé doit s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur et/ou de fournisseurs autorisés par le franchiseur. Toutefois, le franchiseur ne peut pas imposer au franchisé une liste de prix pour la vente des biens et/ou services. Cette clause est illégale en vertu de la loi sur la concurrence. Une telle pratique constitue une infraction et il peut y avoir des amendes imposées.

De façon concrète, le franchiseur ne peut pas imposer des prix de vente fixes et obligatoires des biens et/ou services offerts par ses franchisés.

En revanche, malgré la loi sur la concurrence, le franchiseur peut fixer en toute légalité un prix de revente maximum pour un bien et/ou un service offert par ses franchisés. Cette pratique ne serait pas une infraction à la loi sur la concurrence, sauf que le fait de vendre à un prix très en dessous du prix coûtant peut devenir une infraction à la loi en certaines circonstances.

4. Autorisation ministérielle de certaines activités de franchise : L'un des obstacles majeurs au développement de la franchise en Tunisie est celui posé par le droit de la concurrence au nom de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles. Par son principe, la franchise est une technique contractuelle permettant d'une part, l'organisation d'un réseau de distribution intégré, c'est à dire une concentration dite verticale, et d'autre part un cloisonnement géographique du marché par le biais des clauses d'exclusivité, ôtant ainsi toute possibilité de concurrence entre les membres d'un même réseau. Or, d'après l'article 5 de la loi n°91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix, les contrats de concession ou de représentation commerciale exclusive sont interdits. L'exclusivité, qui est la base de tout contrat de franchise, aussi bien pour le franchiseur que pour le franchisé, est ainsi prohibée par la loi.

Toutefois, le droit de la concurrence prévoit des aménagements à cette interdiction de principe, et ce à l'article 6 de la loi n°91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix, lequel dispose : " Ne sont pas considérées comme anticoncurrentielles, les ententes et les pratiques dont les auteurs justifient qu'elles ont pour effet un progrès technique ou économique et qu'elles procurent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Ces pratiques sont soumises à l'autorisation du ministre chargé du commerce après avis du conseil de la concurrence ".

La réglementation européenne, par exemple, prévoit une exemption en bloc de certains types de contrats de représentation exclusive, exemption justifiée par le progrès économique permis par ce genre de contrats.

En Tunisie, les demandes son traitées une à une et les exemptions sont accordées non pas en bloc mais au cas par cas, dès lors que le promoteur désirant ouvrir une franchise démontre que son projet est profitable pour l'économie du pays et procure un effet positif pour les consommateurs

Dans ce cadre, l'article 5 du décret précité prévoit que les activités objet de contrats de franchise qui bénéficient systématiquement de l'autorisation prévue par l'article 6 de la loi sur la concurrence seront fixées au cas par cas par arrêté du ministre chargé du commerce.

Obligations sociales de l'entreprise

Congés :

Préavis et congés payés : La prise de congés payés pendant le préavis

Pendant le préavis, la législation du travail accorde au salarié le droit de s'absenter en vue de lui permettre de chercher un autre emploi.

Selon l'article 16 de la convention collective cadre, pendant la période de délai-congé et jusqu'au moment où un nouvel emploi aura été trouvé, les travailleurs en période de préavis seront autorisés à s'absenter chaque jour ouvrable pendant trois heures pour leur permettre de chercher un autre travail.

Dans ces conditions, le salarié peut-il prendre des congés payés pendant son préavis ?

En l'absence de dispositions légales ou conventionnelles en la matière, nous nous référons à la jurisprudence française qui estime

que les congés payés pris pendant le préavis ne reportent la fin de celui-ci que si les dates de congés ont été fixées par l'employeur avant la rupture (démission ou licenciement notamment).

Lorsqu'un salarié part en congé pendant son préavis, celui-ci est suspendu pendant la durée des congés (et la date de fin de préavis est reportée d'autant) seulement si les dates de congés ont été arrêtées avant la rupture.

En revanche, si la décision de prendre les congés est prise pendant le préavis et à la demande du salarié, la durée du congé s'impute sur celle du préavis. Dans ce cas, l'échéance du préavis n'est pas affectée par la prise du congé (Chambre sociale, Cour de cassation, 14 décembre 2006 n° 05-42846).

Durée du travail :

I/ Heures supplémentaires - accord tacite - absence d'opposition - paiement

Aux termes de l'article 90 du code du travail, sont considérées comme heures supplémentaires les heures de travail effectuées au-delà de la durée hebdomadaire normale.

Ces heures sont rémunérées par référence au salaire de base horaire majoré selon les taux suivants :

- pour le régime de travail à plein temps de 48 heures par semaine : 75%
- pour les régimes de travail à plein temps inférieurs à 48 heures par semaine : 25% jusqu'à 48 heures et 50% au delà de cette durée.
- pour les régimes de travail à temps partiel : 50%.

En principe, le salarié qui souhaite effectuer des heures supplémentaires doit obtenir l'accord préalable de son employeur. La demande du salarié ne suffit pas ; il faut aussi l'accord de l'employeur. Cependant, la loi ne prévoit aucune procédure et n'apporte aucune précision sur les formalités pour finaliser l'accord entre le salarié et l'employeur.

Dans ces conditions, l'absence d'une autorisation préalable de l'employeur fait-elle échec au paiement des heures supplémentaires effectuées par le salarié ?

En principe, l'absence d'autorisation préalable n'exclue pas en soi un accord tacite de l'employeur. Dès lors que l'employeur a eu connaissance, par les fiches de pointage, des nombreuses heures supplémentaires effectuées par le salarié à l'exécution desquelles il ne s'était pas opposé, il a par son attitude consenti à leur réalisation, ce qui l'oblige à les payer.

En conséquence, même si l'employeur subordonne le paiement des heures supplémentaires à son accord préalable, le fait qu'il ne s'oppose pas à leur accomplissement a posteriori, implique qu'il consent à leur réalisation et donc à leur paiement.

II/ Le passage du travail du régime à plein temps au régime à temps partiel ou vice-versa

Conformément à l'article 94-9 du code du travail, En cas de recrutement pour pourvoir des postes de travail à plein temps vacants ou créés, la priorité est donnée aux travailleurs à temps partiel désirant passer au régime à plein temps et ayant les même qualifications professionnelles et aptitudes requises.

La priorité est également donnée, lors du recrutement pour pourvoir des postes de travail à temps partiel vacants ou créés, aux travailleurs à plein temps désirant passer au régime du travail à temps partiel et ayant les mêmes qualifications et aptitudes requises.

Le passage du travail du régime à plein temps au régime à temps partiel ou vice-versa ne peut avoir lieu qu'avec l'accord écrit de ce travailleur.

L'exigence d'un accord écrit prévu par l'article 94-9 du code du travail, s'applique t-il également dans la situation inverse, c'est-à-dire lorsque le salarié demande le passage du travail du régime à plein temps au régime à temps partiel ou vice-versa ?

L'exigence d'un accord préalable ne s'applique que si la demande émane de l'employeur. En revanche, la demande du salarié de bénéficier d'un horaire à temps plein ou d'un horaire partiel n'est en revanche soumise à aucun accord préalable de l'employeur.

En effet, si l'entreprise dispose de postes de travail à plein temps ou de postes de travail à temps partiel, le salarié concerné bénéficie de droit d'une priorité pour l'attribution d'un emploi à temps plein ou à temps partiel de sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent.

Cela étant, il est toutefois recommandé aux salariés désirant bénéficier du passage d'un régime de travail à un autre d'obtenir l'accord de leur employeur.

Tickets restaurants

Les tickets restaurant peuvent être définis comme des titres spéciaux de paiement remis par les employeurs à leur personnel salarié pour lui permettre d'acquitter en tout ou en partie le prix d'un repas consommé au restaurant.

En l'absence d'un cadre juridique réglementant les tickets restaurants, la question des tickets restaurants suscite de nombreuses interrogations auxquelles nous allons essayer de répondre.

1. Qui peut bénéficier des tickets restaurants ?

L'employeur ne peut attribuer des tickets restaurants qu'à son personnel, soit l'ensemble des salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail.

- Les salariés à contrat à durée déterminée ou indéterminée.
- Les salariés à temps partiel si la pause déjeuner est incluse dans leur temps de travail.

2. Le titre-restaurant constitue-t-il un droit " acquis " ? Peut-il être supprimé unilatéralement par l'employeur après avoir été instauré ?

Le titre-restaurant ne constitue pas " un droit acquis " dans la mesure où il est mis en place à l'initiative et sous la responsabilité du seul employeur. En conséquence, il peut être supprimé sans que le bénéficiaire puisse faire valoir un droit acquis.

3. Un gérant salarié, actionnaire minoritaire ou égalitaire, peut-il prétendre aux tickets restaurant ?

Le titre-restaurant ne peut être attribué par l'employeur qu'à son personnel, c'est-à-dire à l'ensemble des salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail. Le lien de salariat est déterminé par un lien de subordination juridique du titulaire du contrat vis-à-vis de l'entreprise qui l'emploie et le rémunère. Un gérant minoritaire de même qu'un gérant égalitaire peut bénéficier de titres-restaurant dès lors qu'il dispose d'un contrat de travail, traduisant l'existence d'un véritable lien de subordination juridique du titulaire du contrat vis-à-vis de l'entreprise qui l'emploie et le rémunère. Un gérant majoritaire, quant à lui, ne peut prétendre aux titres-restaurant, dans la mesure où, par définition, il ne se trouve pas dans un état de subordination.

4. Peut-on n'octroyer des titres qu'à certains salariés d'une même entreprise et non aux autres ? Sur quels critères ?

L'employeur peut octroyer des tickets restaurants qu'à certains salariés et mettre en place des critères d'attribution à condition que ces critères soient objectifs et ne conduisent pas à discriminer des salariés.

5. Qui finance les titres-restaurant ?

Les titres-restaurant sont financés conjointement par l'employeur qui décide de mettre en place dans son entreprise ce dispositif et qui prend à sa charge une partie de la valeur libératoire des titres qu'il accorde à son personnel, et les salariés de l'entreprise auxquels ces titres sont "vendus" contre paiement d'une somme inférieure à leur valeur nominale.

6. Y a-t-il une obligation pour un employeur d'accorder des titres-restaurant à son personnel ?

Non. La décision d'octroyer ou non des titres-restaurant relève de la seule responsabilité de l'employeur, aucune disposition de la législation n'imposant une obligation en ce domaine. L'employeur peut opter pour d'autres modalités de prise en charge de la restauration de son personnel (mise à disposition d'un restaurant d'entreprise, octroi d'une prime de déjeuner, d'une prime de panier …).

7. L'employeur peut-il déterminer librement la valeur des titres-restaurant accordés à son personnel ?

L'employeur détermine librement le montant de la valeur libératoire des titres-restaurant qu'il octroie à son personnel : aucune disposition de la réglementation en vigueur n'impose de valeur minimale ou maximale des titres.

8. Un employeur peut-il accorder des titres-restaurant à son personnel s'il dispose d'un restaurant d'entreprise ou inter-entreprise ?

Non. Les titres-restaurant ont été institués pour permettre de pallier à l'absence de restauration

d'entreprise sur le lieu de travail du salarié.

9. Que peut-on régler au moyen d'un ticket restaurant ?

La pratique en vigueur permet d'utiliser exclusivement le ticket restaurant pour acquitter le prix d'un repas ou l'achat de préparations alimentaires immédiatement consommables.

10. Peut-on rendre la monnaie sur la valeur d'un ticket restaurant ?

Le rendu de monnaie est interdit sur les Titres restaurants.

11. Peut-on utiliser plusieurs tickets restaurants pour régler un repas ou un achat de préparations alimentaires destinées à remplacer le repas ?

Conformément à la pratique applicable, un seul ticket restaurant est admis pour le règlement d'un repas consommé. Cependant, l'utilisation de deux tickets restaurant est tolérée.

12. Les jours d'absence du salarié ouvrent-ils droit à l'attribution de tickets restaurant ?

Un même salarié ne peut recevoir qu'un ticket restaurant par jour de travail effectué. Seuls les jours de présence effective du salarié à son poste de travail ouvrent droit, en conséquence, à attribution d'un nombre correspondant de tires-restaurant. L'employeur ne peut donc attribuer des titres-restaurant à ses agents pour les jours d'absence de ces derniers, quel que soit le motif de cette absence (congé maladie, congés annuels, …)

13. Les horaires de travail du salarié conditionnent-ils l'attribution de titres-restaurant ?

OUI - Si la durée du contrat dont est titulaire le salarié - CDI, CDD - n'affecte pas l'attribution éventuelle de titres-restaurant, celle-ci est, par contre, directement dépendante des horaires de travail du salarié : le salarié ne peut se voir attribuer un titre-restaurant que pour les jours où il est effectivement présent à son poste de travail. La journée de travail du salarié, quelle que soit son amplitude, doit être entrecoupée d'une pause consacrée à son repas.

Professions pharmaceutiques :

Don des médicaments : La nouvelle loi sur la collecte de médicaments

La loi du 8 mai 2008 modifiant et complétant la loi n° 73-55 du 3 août 1973 portant organisation des professions pharmaceutiques a mis en place de deux mécanismes.

Le premier habilite le pharmacien à remplacer les médicaments de référence prescrits par les médecins par des médicaments génériques. Ces derniers, réputés pour être moins chers, doivent obligatoirement avoir la même composition qualitative et quantitative en principe actif, la même forme pharmaceutique, et dont la bioéquivalence avec la spécialité de référence doit être démontrée par des études de biodisponibilité appropriées.

Toutefois, il est interdit au pharmacien de recourir aux génériques lorsque le médecin inscrit, en toutes lettres, sur l'ordonnance la mention manuscrite "médicament non substituable".

Le second mécanisme autorise le pharmacien à collecter les médicaments fournis par le biais de dons afin de les distribuer au profit des catégories démunies et à faible revenu.

A cet effet, ladite loi autorise exclusivement l'Union tunisiennes de solidarité sociale (UTSS) à collecter les médicaments tandis que les établissements hospitaliers et les centres de santé de base seront chargés de la distribution des médicaments collectés au profit des patients nécessiteux et des catégories aux besoins spécifiques.

La loi n° 2010-30 du 7 juin 2010 vient élargir le domaine d'application du mécanisme de la collecte des médicaments objet de dons, en permettant aux associations légalement constituées, de recevoir des dons de médicaments provenant des associations, des organisations caritatives, des établissements locaux ou étrangers ou du public, et ce, sous la responsabilité d'un pharmacien.

Ventes commerciales :

Droit de la concurrence : Discriminations entre professionnels et contrepartie réelle

L'article 29-2 de la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix interdit les pratiques discriminatoires de vente à l'égard des partenaires économiques, non justifiées par des contreparties réelles, dès lors qu'elles créent un avantage ou un désavantage dans la concurrence.

La discrimination consiste à traiter différemment deux partenaires concurrents placés dans une situation identique. Dès lors que les partenaires sont dans des situations différentes, il n'y a pas pratique discriminatoire.

Mais les professionnels peuvent échapper à l'interdiction de procéder à des discriminations s'ils sont en mesure de justifier d'une contrepartie réelle.

Les situations dans lesquelles les discriminations peuvent être justifiées peuvent se regrouper sous trois catégories : celles qui sont dues à l'importance des quantités vendues, celles qui résultent des services rendus, par les clients ou par les fournisseurs, enfin, à un moindre degré, celles qui se rattachent à une coopération commerciale durablement établie entre les partenaires en présence.

L'importance des quantités vendues :

Les gains de productivité justifiant les discriminations : Il est certain que le coût unitaire de production et même, à certains égards, le coût de commercialisation varient en proportion inverse du volume des commandes. C'est pourquoi la principale justification qui peut être donnée à une discrimination de prix est bien l'importance des quantités vendues en raison des gains de productivité qui peuvent en résulter. En effet, le service le plus important qu'un fournisseur attende de son client est qu'il fasse vendre la plus grande quantité possible de marchandises. Mais encore faut-il qu'il s'agisse de quantités réellement et fermement commandées.

De même, la quantité de marchandises achetée ne peut constituer une contrepartie réelle lorsque le fournisseur a revendu cette marchandise à perte au distributeur.

Les barèmes d'écarts et les remises de quantités : Les barèmes d'écarts et les remises de quantité peuvent également constituer une justification de la discrimination.

Les barèmes d'écarts correspondent aux livraisons effectuées en une seule fois, en un seul point, qui fixent des prix unitaires allant en diminuant, en même temps que s'accroissent les quantités vendues.

Les remises de quantité qui peuvent être majorées à proportion de l'économie du prix de revient si les acheteurs, pris individuellement ou en groupe, ont pris des engagements fermes permettant au fournisseur une meilleure programmation de ses activités.

Toutefois, deux catégories de remises peuvent être admises : les remises ou ristournes immédiates ou périodiques (en fin d'année par exemple) et les remises ou ristournes dites de potentiel ou d'objectif. Les remises calculées en fonction du chiffre d'affaires réalisé auprès de tous les membres d'une même profession sont considérés comme illicites.

Les services rendus par les clients ou les fournisseurs.

Les services rendus par les clients : Lorsque les clients rendent certains services à leurs fournisseurs, ceux-ci peuvent les rémunérer en leur accordant une réduction supplémentaire de prix. Cette cause de justification est généralement admise.

Parmi les services rendus par les clients et susceptibles d'être rémunérés on peut citer : le risque commercial élevé, les prises de commandes, la facturation, l'entreposage, la livraison, les services avant-vente et après-vente, la participation des clients à des opérations de promotion. Mais d'autres avantages peuvent encore être envisagés, tels que un paiement comptant, un échelonnement de commandes, la tenue d'un stock permanent…

Cependant, les services rendus par les clients doivent, pour justifier une réduction supplémentaire de prix, répondre à un certain nombre de conditions :

- ils doivent être effectivement rendus par les clients;
- ils doivent se traduire par un allégement des charges du fournisseur;
- ils doivent déterminer une remise proportionnée

à l'importance des transferts réels de charges du fabricant au client.

Les services rendus par les fournisseurs : La même solution est également applicable lorsque les fournisseurs rendent certains services à leurs clients, à cette différence que, cette fois, leur rémunération se traduit par une augmentation du prix, acceptée par ces derniers. Il peut s'agir, par exemple, de la gestion de certains rayons de vente par le fournisseur.

L'appréciation de ces services : L'appréciation des services rendus par les clients ou les fournisseurs n'est pas susceptible d'une traduction mathématique dans les prix aussi rigoureuse que celle des quantités vendues. Mais cela n'autorise pas une estimation excessive, sans correspondance réelle avec l'économie réalisée.

La coopération commerciale : La coopération commerciale peut être définie comme l'accord contractuel conclu entre un fournisseur et un distributeur qui, dans le cadre de leur politique respective, décident de collaborer pour augmenter, à un moindre coût, leur efficacité commerciale.

La coopération commerciale peut le plus souvent se justifier par les services spécifiques rendus au fournisseur par le distributeur. Cependant, elle demeure une source importante de discrimination dans la mesure où, dans de nombreux cas, il n'y a pas de définition précise de service rendu par le distributeur et donc une difficulté certaine à établir une relation entre le service et la rémunération qui y est afférente.

DEUXIEME PARTIE

Minoritaires :

Le droit d'alerte des actionnaires minoritaires prévu par l'article 284 bis du code des sociétés commerciales.

A l'instar des commissaires aux comptes, la loi accorde aux actionnaires d'une société anonyme de demander des explications aux dirigeants lorsqu'ils relèvent des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. C'est le droit d'alerte des associés prévus à l'article 284 bis du code des sociétés commerciales. Aux termes de l'article précité, "tout associé ou associés détenant au moins 5 % du capital d'une société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne, ou 3 % du capital d'une société anonyme faisant appel public à l'épargne ou détenant une participation au capital d'une valeur au moins égale à un million de dinars, sans être membre ou membres au conseil d'administration, peuvent poser au conseil d'administration, au moins deux fois par année, des questions écrites au sujet de tout acte ou fait susceptible de mettre en péril les intérêts de la société.

Le conseil d'administration doit répondre par écrit dans le mois qui suit la réception de la question. Une copie de la question et de la réponse sont obligatoirement communiquées au commissaire aux comptes. Ces documents sont mis à la disposition des actionnaires à l'occasion de la première assemblée générale suivante".

Cependant, la possibilité de mise en œuvre de ce droit d'alerte a été largement restreinte par le législateur. En effet, il se caractérise par son caractère facultatif et limitatif.

1. Le caractère facultatif : De l'article précité, il ressort que les associés ont simplement la faculté et non le devoir de déclencher l'alerte. Cette faculté se traduit clairement par l'utilisation dans ces articles du verbe "pouvoir" et non "devoir". C'est dire qu'à la différence des commissaires aux comptes, les associés ne sont pas obligatoirement tenus, en cas de constat des indices de difficulté, de mettre en branle la procédure d'alerte. On peut alors penser qu'ils ne se préoccuperont véritablement de l'alerte que lorsqu'ils sentiront leurs intérêts véritablement menacés.

La conséquence logique de cette faculté est que les associés ne pourront en aucun cas voir leur responsabilité engagée en cas d'abstention. Tout au plus pourraient-ils, en cas de dégâts, subir personnellement des remords sur le plan moral. Inversement, leur responsabilité ne pourra être engagée pour alerte non fondée. Aussi peut-on craindre des actions menées par simple complaisance ou de manière irresponsable. C'est certainement pour éviter des actions superflues que le législateur a limité les possibilités d'alerte par les associés, ce qui n'est pas de nature à favoriser son efficacité.

2. Le caractère limité : Les difficultés peuvent apparaître dans l'entreprise à tout moment de sa

vie. Tout comme les faits "susceptibles de mettre en péril les intérêts de la société" peuvent se manifester toutes les fois qu'un acte inopportun est posé par les dirigeants, ou encore lorsque l'environnement juridique ou économique de la société est négativement influencé. Ils ne sont donc pas a priori appelés à être numériquement limités. Or contrairement aux commissaires aux comptes qui doivent déclencher l'alerte toutes les fois que la situation de l'entreprise est préoccupante, les associés ne peuvent exercer leur pouvoir d'alerte que deux fois par exercice. Au-delà, l'associé n'est plus recevable à poser par écrit des questions aux dirigeants, sauf à l'occasion des assemblées générales.

Les associés n'ont donc pas "les mains libres" comme les commissaires aux comptes en matière d'alerte. A la différence de ces derniers qui ont le pouvoir d'inviter les dirigeants de la société anonyme à faire délibérer le conseil d'administration à se prononcer sur les faits relevés en cas d'insatisfaction, les associés n'ont nullement cette possibilité. Bien plus, le commissaire aux comptes peut établir un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale en cas d'inobservation par les dirigeants de leurs obligations face à l'alerte, ou si en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation reste compromise. Toutes choses que l'associé ne peut décider dans le cadre de l'exercice de son droit d'alerte. Tout au plus, devra-t-il obligatoirement passer par le commissaire aux comptes s'il veut aboutir à de tels résultats. Ceci résulte de ce qu'il est tenu d'adresser une copie de la question et de sa réponse au commissaire. On peut donc penser que les commissaires aux comptes ont un droit de regard sur les résultats de l'alerte obtenus par les associés dans la mesure où ils ne convoqueront le conseil d'administration ou l'assemblée générale qu'après s'être assurés de la réalité de la menace.

En définitive, la procédure d'alerte par les associés est d'une efficacité limitée. Il est à craindre qu'elle ne permette en fin de compte à l'associé que de prendre date, en montrant qu'il a eu connaissance des difficultés qu'a rencontré l'entreprise à un moment donné. L'efficacité de l'alerte est donc finalement très restreinte au même titre que l'expertise de gestion.

Parts sociales :

Cession des parts sociales : Conditions de forme dans les contrats de cession des parts de SARL. Nécessité d'un écrit. Portée

Aux termes de l'article 110 alinéa premier du code des sociétés commerciales, "La cession des parts sociales doit être constatée par un écrit comportant une signature légalisée des parties".

Le législateur pose donc l'obligation de constater la cession des parts sociales par écrit. L'importance des incidences de cet acte sur la situation des parties, de la société et des tiers justifie pleinement cette exigence qui constitue un facteur de sécurité juridique à plusieurs titres.

D'abord, la rédaction d'un écrit permet d'éviter les contestations futures entre les parties. Ensuite, un écrit est de rigueur parce qu'il donne la possibilité aux tiers de connaitre les changements survenus dans la société avec laquelle ils traitent.

L'écrit est aussi un support nécessaire aux formalités de publicité. Enfin, l'écrit est nécessaire pour accomplir la formalité d'enregistrement auprès de la recette des finances.

Malgré l'importance de l'écrit lors de la cession des parts sociales, sa qualification reste incertaine. Le législateur n'indique pas s'il s'agit d'une condition de validité, de preuve ou de publicité (premier paragraphe). La qualification est pourtant importante car c'est seulement si l'écrit est une condition de validité que son absence entrainera la nullité de la cession. De plus, le législateur précise, depuis la promulgation du code des sociétés commerciales que cet écrit doit comporter une signature légalisée des parties (deuxième paragraphe). Cette nouvelle exigence mérite d'être analysée pour en déterminer la portée.

L'écrit : condition de validité, de preuve ou de publicité ?

L'article 110 du code des sociétés commerciales prévoit que "la cession des parts sociales doit être constatée par un écrit... ". Mais à quels desseins cet écrit est- il exigé ? Est-ce une condition de validité ou de preuve ou peut être une simple mesure préalable aux formalités de publicité ?

La lecture des dispositions du code des sociétés commerciales peut nous amener à déduire que

l'écrit exigé pour la cession des parts sociales est une condition de validité de celle-ci. En effet, le défaut d'écrit entraine la nullité de la cession puisqu'il fait obstacle à l'accomplissement de la formalité de publicité prévue par l'article 17 du code des sociétés commerciales.

Cette ampleur que le législateur risque d'attribuer à l'écrit n'est pas justifiée. En effet, l'écrit ne peut être conçu comme une condition de validité de la cession des parts sociales, et ce, pour deux raisons au moins : la première est que la cession est un contrat consensuel. En effet, selon l'article 60 du code des obligations et des contrats : "La cession contractuelle d'une créance, ou d'un droit ou d'une action, est parfaite par le consentement des parties, et le cessionnaire est substitué de droit au cédant, à partir de ce moment ". En tant que vente, elle est parfaite entre les parties dès l'accord des volontés sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat. L'article 580 du code des obligations et des contrats dispose : "La vente est parfaite entre les parties, dès qu'il y a consentement des contractants, l'un pour vendre, l'autre pour acheter, et qu'ils sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat".

La deuxième raison est que l'article 110 du code des sociétés commerciales prévoit que la cession est seulement " constatée " par écrit et non " conclue " ou " passée " par écrit. On en déduit que cet article se réfère seulement à une condition probatoire ou de publicité. L'écrit constate un accord de volontés préalable ou concomitant, qui seul réalise la cession.

Il faut noter cependant que l'écrit devient une condition de validité si la cession s'opère en tant que donation (article 204 du code du statut personnel) ou si une des parties est analphabète (article 454 du code des obligations et des contrats.

La thèse de la nullité de la cession des parts sociales pour défaut d'écrit, pourtant soutenable, est rejetée. Elle cède sa place à celle envisageant l'écrit comme étant une condition de preuve de la cession. Il importe de noter que cet écrit est de rigueur pour la preuve de la cession et qu'aucune mesure supplétive ne peut en dispenser. C'est ce qu'affirme le législateur en prévoyant que " lorsque la loi prescrit une forme déterminée, la preuve de l'obligation ou de l'acte ne peut être faite d'aucune autre manière, sauf dans les cas spécialement exceptés par la loi". Cette règle est rigoureusement appliquée par la Cour de cassation tunisienne selon laquelle la preuve de la cession des parts sociales ne peut résulter que de l'écrit exigé par la loi. C'est pour cette raison qu'elle a écarté le recours aux moyens de preuve édictés par l'article 598 du code de commerce pour prouver la cession des parts sociales d'une SARL.

Contrairement à la jurisprudence tunisienne, la jurisprudence française estime que la formalité de l'écrit n'est pas exigée pour la preuve de l'opération. En effet, il a été jugé que la preuve de la cession peut être rapportée par un acquéreur à l'égard du cédant suivant les règles ordinaires de la preuve68. Elle peut notamment résulter d'un simple échange de correspondances. De plus, si la cession est de nature commerciale elle peut être prouvée contre l'une des parties qui a la qualité de commerçant par tous les moyens.

Une autre thèse se profile et semble être pertinente. Selon cette thèse, l'écrit se justifie seulement pour l'opposabilité de la cession étant donné qu'il est le support nécessaire aux formalités de publicité. Encore faut-il observer que les tribunaux français ont une conception très large de l'écrit. Ainsi, il a été jugé que le procès- verbal constatant l'accord de tous les associés à une cession de parts d'une SARL constitue l'écrit requis.

On pourrait soutenir cette thèse en se référant au contexte dans lequel l'exigence de l'écrit a été édictée. En effet, on remarque que cette exigence figure dans le cadre de l'article 110 du C.S.C. qui traite de l'opposabilité de la cession ce qui semble une raison suffisante pour estimer que l'écrit n'est pas une condition de validité, ni une condition de preuve, mais juste une exigence préalable aux formalités de publicité.

En se basant sur cette interprétation, on pourrait déduire que la cession des parts sociales obéit à deux règles distinctes. Entre les parties, la cession est soumise au principe du consensualisme et au droit commun de la preuve, y compris la liberté de la preuve en matière commerciale. À l'égard des tiers et de la société, l'opposabilité de la cession requiert l'accomplissement des formalités de publicité dont l'écrit est un préalable nécessaire. En adoptant une telle interprétation, on libère partiellement le régime de la cession des parts sociales du formalisme qui l'accable tout en s'inclinant aux impératifs de sécurité juridique.

SUARL :

Transformation de la SUARL en SARL

Par principe, une société unipersonnelle à responsabilité limitée (SUARL) est créée par un associé unique pour exploiter seul son activité.

Toutefois, au cours de la vie de la SUARL, il peut arriver que l'associé souhaite faire entrer d'autres personnes dans sa société. Dans d'autres cas, l'arrivée de nouveaux associés pourra être indépendante de sa volonté d'ouverture.

Quoi qu'il en soit, la SUARL deviendra SARL en raison de l'accroissement du nombre d'associés.

1. Causes du passage à la SARL

Plusieurs situations peuvent être à l'origine du passage de la SUARL à la SARL. Mais, dans chacune de ces situations, c'est toujours l'entrée d'associé(s) nouveau(x) qui entraînera la transformation en SARL.

- Ouverture volontaire du capital de la SUARL : L'associé unique peut souhaiter faire entrer un ou plusieurs associés dans sa société (par exemple : ses enfants…).

Mais l'exploitation de l'activité sociale par plusieurs associés modifie la nature de la société : cette dernière devient une SARL.

L'arrivée des associés nouveaux passera par l'acquisition de parts sociales par ces derniers. Du point de vue de l'associé unique, soit il cédera une partie de ses parts, soit il augmentera le capital pour céder des parts créées à cet effet.

- Décès de l'associé unique : Au cours de la succession, s'il existe plusieurs héritiers, ces derniers peuvent se voir attribuer des parts de la SUARL et ainsi entrer dans le capital de la société.

La multiplication des associés entraîne le passage à une forme de SARL.

Toutefois, les statuts sont susceptibles d'aménager l'octroi des parts sociales à un ou plusieurs héritiers. Il est même possible de maintenir un associé unique pré-désigné, ce qui empêcherait le passage à la forme de SARL.

2. Modalités du passage à la SARL

Toute entrée, d'au moins un nouvel associé, transforme la SUARL en SARL mais cette entrée peut se réaliser de différentes manières.

- Cession de parts sociales : La cession de l'intégralité des parts sociales appartenant à l'associé unique ne transforme la SUARL que si les parts sont acquises par plusieurs personnes.

La transformation va de paire avec l'acquisition des parts par un seul acquéreur lorsque son conjoint revendique la moitié des parts achetées grâce à leur argent commun.

- Augmentation de capital : Une augmentation du capital de la SUARL peut servir de cadre à une cession des parts spécialement créées pour être cédées à, au moins, un autre associé. Cela est également possible en rémunération de l'apport d'un bien par un tiers à la société.

L'entrée des associés par ce biais entraînera le passage à la forme SARL.

- Attribution de parts sociales : Le décès de l'associé unique peut aboutir à une distribution " gratuite " des parts sociales de la SUARL dans les mains de plusieurs personnes. Le passage à la forme SARL sera alors inévitable, comme lors d'une cession volontaire.

3. Formalités du passage à la SARL

Une fois l'entrée des nouveaux associés décidée par l'associé unique et les statuts mis à jour, il sera nécessaire de modifier les mentions relatives à la forme de la société auprès du Greffe.

- Prise de décision de l'associé unique

De même que pour les délibérations des associés de SARL modifiant les statuts, l'associé unique de l'EURL est tenu de prendre des décisions unilatérales qui seront reproduites dans un registre spécial, côté et paraphé.

Ainsi, le passage de la forme EURL à celle de SARL fera l'objet d'une décision d'approbation et de modification des statuts en conséquence.

- Mise à jour des statuts : Suite à la décision unilatérale, l'associé unique devra mettre à jour les statuts, et plus particulièrement les articles concernant le capital social et la répartition des parts sociales.
- Modification au registre du commerce : L'associé unique devra modifier les mentions figurant au registre du commerce.

En cas d'apport d'un bien en nature, il faudra préparer le rapport du commissaire aux apports.