

# ***Le Manuel Permanent du Droit des Affaires***

## *tunisien*

---

**FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES**

**N° 191**

**SOMMAIRE**

**Juin 2011**

### **PREMIERE PARTIE**

#### **Baux commerciaux :**

**Montant du dépôt de garantie lors de la signature d'un bail commercial**

La loi limite-t-elle le montant du dépôt de garantie ? **P. 4**

#### **Chèque :**

**L'opposition au paiement du chèque et le rôle du banquier**

L'établissement de crédit sur lequel a été tiré un chèque frappé d'opposition n'a pas à vérifier la réalité du motif d'opposition invoqué. **P. 4**

#### **Fiscalité de l'entreprise**

**Cession d'une entreprise pour cause d'invalidité :**

Lorsqu'il est obligé de céder son entreprise en raison de son invalidité, l'entrepreneur peut bénéficier de multiples exonérations fiscales. **P. 5**

#### **Les exonérations fiscales possibles**

**Traitements, salaires, pensions et rentes viagères versés aux résidents :**

Les déductions opérées au titre de l'assurance groupe sont-elles déductibles de l'assiette imposable à l'IRPP et échappent-elles en conséquence à la retenue à la source ? **P. 6**

**Sort fiscal des déductions opérées au titre de l'assurance groupe**

#### **Fonds de commerce :**

**Location gérance du fonds de commerce : La distinction du contrat de location gérance et contrat de bail commercial**

La location-gérance doit être scrupuleusement distinguée du bail portant sur les locaux où le fonds de commerce est exploité. **P. 7**

#### **Obligations sociales de l'entreprise**

#### **Accidents du travail : L'accident de trajet :**

**Quels accidents sont considérés comme des accidents de trajet ?**

La définition de l'accident de trajet pose une série de questions auxquelles la loi et la

---

**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.

---

	jurisprudence donnent des réponses souvent incomplètes. <b>P. 7</b>
<b>Contrat de travail :</b>	
<b>Contrat de travail à durée déterminée : Avantages et inconvénients</b>	Le CDD (contrat à durée déterminée) est un contrat de travail dont la durée d'exécution est fixée à l'avance, contrairement au CDI (contrat à durée indéterminée). Voici un aperçu de ses avantages et inconvénients. <b>P. 8</b>
<b>Clause de non-concurrence :</b>	
<b>La clause de non-concurrence en droit du travail : La liberté de travail est-elle compromise ?</b>	La clause de la non-concurrence constitue-t-elle une entrave à la liberté de travail ? Sous quelles conditions faut-il accepter des restrictions à ce droit ? <b>P. 9</b>
<b>Contrat de travail :</b>	
<b>I/ La modification du contrat de travail en droit tunisien</b>	L'employeur a-t-il le droit de modifier le contrat de travail ? <b>P. 10</b>
<b>II/ Preuve du contrat de travail : Le contrat de travail doit-il être écrit ?</b>	Le contrat de travail est un contrat consensuel. Le législateur n'exige pas l'établissement d'un écrit. <b>P. 11</b>
<b>Emploi de la main-d'oeuvre étrangère en Tunisie :</b>	
<b>La requalification du contrat de travail à durée déterminée du travailleur étranger</b>	Le renouvellement du contrat du travailleur de nationalité étrangère entraîne-t-il sa qualification en contrat à durée indéterminée ? <b>P. 11</b>
<b>Lieu du travail :</b>	
<b>Mutation du lieu de travail : Droits et obligations de l'employeur</b>	L'employeur n'a pas le droit absolu d'exercer son pouvoir de muter un salarié du lieu de travail sans prendre en compte certaines considérations. <b>P. 12</b>
<b>Période d'essai :</b>	
<b>La cessation du travail au cours de la période d'essai</b>	La liberté de l'employeur de mettre fin à la période d'essai est-elle sans limites ? <b>P. 12</b>
<b>Travail à temps partiel :</b>	
<b>I/ Les lacunes du cadre légal du travail à temps partiel</b>	Pourquoi le recours au travail à temps partiel est resté limité ? <b>P. 14</b>
<b>II/ Mise en place du temps partiel dans l'entreprise</b>	Comment le travail à temps partiel est-il mis en place ? <b>P. 15</b>
<b>Travail de nuit :</b>	
<b>La rémunération du travail de nuit : Salaire majoré si une convention collective sectorielle de travail le prévoit</b>	La rémunération du travail de nuit en question. <b>P. 15</b>
<b>DEUXIEME PARTIE</b>	
<b>Associé :</b>	
<b>Validité d'une clause d'exclusion des associés</b>	Les clauses d'exclusion d'associés sont-elles licites ? <b>P. 16</b>

**Dissolution, Liquidation et Partage :****Dissolution pour justes motifs : Sociétés concernées par la dissolution pour justes motifs**Une société de capitaux peut-elle être dissoute pour justes motifs ? **P. 17****Conventions réglementées dans les sociétés anonymes :****Conventions conclues entre une société et un dirigeant ou un actionnaire**La procédure d'information des conventions libres **P. 18****Dirigeants sociaux : La rémunération du dirigeant social****La rémunération excessive du dirigeant social : Quelle qualification pénale ?**Si la rémunération du dirigeant social est libre, elle doit cependant être équilibrée et prendre en compte l'intérêt général de l'entreprise. Dans le cas contraire, l'intéressé s'expose à des sanctions pénales **P. 19**

## PREMIERE PARTIE

### Baux commerciaux :

#### Montant du dépôt de garantie lors de la signature d'un bail commercial

La plupart des baux commerciaux prévoient le versement d'un dépôt de garantie qui assure au bailleur la bonne exécution du bail et plus spécialement le paiement de tout ce qui pourra lui être dû en cours de bail (loyers, charges, etc.) ou lors de la restitution des lieux (loyers, réparations, dommages-intérêts, etc.).

Le dépôt de garantie est donc une somme versée lors de la conclusion du contrat et restituée en fin de bail après apurement des comptes.

Lors de la cession du bail, le dépôt de garantie est remboursé par le bailleur au locataire sortant, tandis que l'acquéreur du fonds, qui devient le nouveau locataire verse à son propriétaire son dépôt de garantie.

La loi du 25 mai 1977 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux d'immeubles ou de locaux usage commercial, industriel ou artisanal ne prévoit pas de disposition particulière à propos du dépôt de garantie en matière de baux

commerciaux.

En l'absence de règle spécifique dans le statut des baux commerciaux, le principe qui s'applique est celui de la libre volonté des parties au contrat de bail commercial.

Ainsi, le montant et les modalités de versement du dépôt de garantie en matière de bail commercial sont donc laissés à la libre appréciation des parties au contrat.

Toutefois, il paraîtrait équitable qu'une des parties au contrat de bail commercial revendique que le montant du dépôt de garantie soit limité à un mois de loyer, mais, cela relève de la négociation contractuelle.

### Chèque :

#### L'opposition au paiement du chèque et le rôle du banquier

Le chèque est un moyen de paiement par lequel l'émetteur (le tireur) donne l'ordre à un établissement bancaire (le tiré) de verser une somme déterminée au profit d'un bénéficiaire (le porteur).

Le code de commerce a permis d'encadrer le paiement par chèque et en a précisé l'usage ainsi que les cas d'opposition.

L'article 374 dudit code dispose : "Il n'est admis d'opposition au paiement du chèque par le tireur qu'en cas de perte ou de vol du chèque ou de faillite du porteur".

L'article 374 du code de commerce autorise donc cette procédure en cas de perte, de vol ou de faillite du porteur.

Perte ou vol : Le premier cas visé par les dispositions du code de commerce concerne la perte ou le vol d'un chèque qu'il soit parfait, vierge ou incomplètement rédigé.

Le critère déterminant qui est utilisé, est la dépossession involontaire, qu'elle ressorte d'une soustraction frauduleuse ou d'une extorsion.

Ainsi, l'opposition pratiquée par une personne, qui n'a pas été involontairement dépossédée de son chèque, n'est pas licite.

Faillite du porteur : Ce deuxième cas est prévu pour éviter que le paiement qui aurait dû être fait entre les mains du syndic et non du porteur failli, puisse être considéré comme non-valable et refusé par le syndic.

Très logiquement, l'opposition sera écartée s'il est établi que le titre en cause a été remis au syndic.

Rôle du banquier : Comme on l'aura compris, l'opposition fait obstacle à l'exécution de l'ordre de payer qui a été donné au tiré.

Elle agit donc directement sur l'action de

l'établissement bancaire en qualité d'intermédiaire de règlement du porteur.

L'énumération étant limitative, les banques doivent afin de réduire le nombre d'oppositions abusives, sensibiliser leur clientèle sur les sanctions pénales réprimant l'opposition effectuée dans le but d'empêcher le paiement du chèque en dehors des cas susvisés, en en faisant état par exemple dans la convention d'ouverture du compte ou dans le formulaire établi éventuellement par la banque pour les oppositions.

Le banquier a-t-il le droit pour autant de rejeter les oppositions injustifiées ?

Le banquier n'a pas à se faire juge de l'opposition. Son obligation s'arrête à l'information du porteur sur les sanctions qu'il encourt en cas d'opposition en dehors des cas prévus par la loi.

La jurisprudence française, appliquant un texte similaire, a maintenu cette position selon laquelle le banquier n'est pas juge de l'opposition. Penser le contraire serait générateur de problèmes insolubles de partage de responsabilité en cas de rejet systématique par le banquier d'une opposition n'entrant pas a priori et sur déclaration du client dans le cadre des motifs inventoriés par la loi.

Ainsi, le banquier n'a pas à vérifier la réalité de l'opposition par des investigations personnelles destinées à assurer que le chèque a bien été perdu ou volé, ou bien encore, que le porteur est effectivement l'objet d'une procédure de faillite.

---

## Fiscalité de l'entreprise

### Cession d'une entreprise pour cause d'invalidité :

#### Les exonérations fiscales possibles

Lorsqu'en raison de son départ à la retraite ou pour incapacité de poursuivre la gestion, l'exploitant décide de céder à titre onéreux son entreprise individuelle ou ses droits dans la société de personnes au sein de laquelle il exerce son activité principale, il peut, dans certains cas, bénéficier des exonérations fiscales suivantes.

**1. En matière d'impôts directs :** Le cédant d'une entreprise sous forme d'actifs ou sous forme de participations, pour avoir atteint l'âge de la retraite ou pour incapacité de poursuivre sa gestion bénéficie d'un avantage fiscal au titre de la plus value provenant de la cession, et ce comme suit :

**a) En ce qui concerne les opérations de cession des actifs :** En vertu de l'article 12 de la loi de finances pour l'année 2007 est déductible du bénéfice imposable, la plus value provenant de la cession de l'entreprise par son propriétaire pour avoir atteint l'âge de la retraite ou pour incapacité de poursuivre sa gestion.

La déduction concerne aussi bien les opérations de cession totale des entreprises que les opérations de cessions partielles qui portent sur une unité économique indépendante et autonome.

A ce titre est considérée, unité économique indépendante et autonome, l'ensemble des actifs et passifs d'une partie d'une entreprise qui représente, au niveau de sa structure une exploitation pouvant poursuivre l'activité de façon indépendante et par ses propres moyens.

**b) En ce qui concerne les opérations de cession des participations : exonération de la plus value provenant de la cession des participations :** En vertu de l'article 13 de la loi de finances pour l'année 2007, la plus value provenant de la cession totale des actions ou parts sociales par un dirigeant d'une société qui possède plus de 50% du capital et qu'il cède pour avoir atteint l'âge de la retraite ou pour incapacité de poursuivre la gestion de la société. La déduction pour les opérations de cession des actifs et l'exonération pour les opérations de cession des participations, s'appliquent nonobstant le secteur d'activité de l'entreprise cédée ou de la société dont les participations dans son capital sont cédées.

**c) En ce qui concerne les avantages fiscaux et les dotations remboursables et les crédits immobiliers :** Conformément aux dispositions de l'article 15 de la loi de finances pour l'année 2007, et lorsque la cession porte sur une entreprise régie par le code d'incitation aux

investissement sous forme d'actifs :

- Les avantages fiscaux dont a bénéficié l'entreprise cédée et éventuellement les souscripteurs à son capital en vertu des dispositions du code d'incitation aux investissements ne sont pas remis en cause.

- Les montants restants des dotations remboursables ou des crédits fonciers ne sont pas remboursables à condition que l'acquéreur, qui doit être éligible pour en bénéficier, s'engage à les rembourser.

**2. En matière des droits d'enregistrement :** La transmission des entreprises bénéficie de l'enregistrement au droit fixe de 100 D par acte, si elle se réalise suite au départ à la retraite en raison de l'âge du propriétaire ou pour son incapacité de poursuivre la gestion de l'entreprise. L'application de l'enregistrement au droit fixe nécessite que la transmission doit concerner la totalité de l'entreprise ou une partie qui constitue une unité économique, indépendante et autonome et le respect de certaines conditions.

**3. En matière de TVA :** Dans le cas de la transmission totale des éléments d'actif ou d'une partie représentant une entité économique indépendante et autonome et ce, pour les opérations de cession par le propriétaire qui a atteint l'âge de la retraite ou pour son incapacité de poursuivre la gestion de l'entreprise, l'article 20 de la loi de finances pour l'année 2007 a dispensé de la régularisation de la TVA les cessions des bâtiments, équipements ou

matériels avant la fin de la période de 10 ans à partir de la date d'acquisition s'il s'agit de bâtiments, et de 5 ans à partir de la date d'acquisition s'il s'agit d'équipements ou matériels. Etant noté que ladite mesure ne concerne pas les marchandises et les terrains. En effet, les transmissions de marchandises demeurent soumises à la TVA et la transmission des terrains donne lieu à la régularisation intégrale de la TVA initialement déduite.

Afin de bénéficier de la non régularisation de la TVA au titre de la cession des bâtiments, avant l'expiration de la période de 10 ans à compter de la date d'acquisition des bâtiments et 5 ans pour les équipements ou matériels dans les cas précités, l'entreprise cédante doit communiquer au bureau de contrôle des impôts compétent pendant le mois qui suit celui au cours duquel la cession a eu lieu un état comportant notamment les mentions suivantes :

- la désignation des bâtiments, équipements et matériels objet de la cession,
- la date de leur acquisition,
- le prix d'acquisition hors TVA,
- le taux et le montant de la TVA ayant fait l'objet de déduction ou de suspension au titre desdits biens,
- le pourcentage de déduction pour les entreprises partiellement soumises à la TVA.

## Traitements, salaires, pensions et rentes viagères versés aux résidents :

### Sort fiscal des déductions opérées au titre de l'assurance groupe

Aux termes du paragraphe I de l'article 26 du code de l'IRPP et de l'IS, le salaire net catégoriel imposable est déterminé en déduisant du montant brut les retenues obligatoires effectuées par l'employeur en vue de la constitution de rentes, de pensions de retraite ou pour la couverture des régimes obligatoires de sécurité sociale.

Selon la doctrine administrative (BODI - Texte DGI n° 90/07, Note commune n° 2 ; pages 49 à 65), seules les retenues sociales à caractère obligatoire sont admises en déduction.

L'adhésion au régime de l'assurance groupe étant facultative, c'est-à-dire dépendant de la seule volonté de l'assuré, les déductions

opérées à ce titre ne sont pas déductibles de l'assiette imposable à l'IRPP et supportent la retenue à la source.

Lorsqu'une telle contribution est obligatoire dans le cas spécifique de l'entreprise, elle devient déductible de l'assiette imposable à l'IRPP. En effet, selon une prise de position (1450) de l'année 2000, la cotisation des salariés des compagnies d'assurance à l'assurance groupe étant obligatoire en vertu de la convention collective régissant le secteur, elle est en conséquence déductible de l'assiette soumise à la retenue à la source au titre de l'IR.

## Fonds de commerce :

### Location gérance du fonds de commerce : La distinction du contrat de location gérance et contrat de bail commercial

Il est fréquent que le terme de location peut-être utilisé dans le cas de contrat de location gérance que dans le cas d'un contrat de bail commercial. Toutefois, il ne faut pas confondre ces deux concepts.

Il est d'autant plus nécessaire de bien distinguer les deux types de contrats que l'un et l'autre sont soumis, chacun en ce qui le concerne à des législations spécifiques qui poursuivent des finalités et sont animées de logiques différentes.

Notamment la législation des baux commerciaux cherche à assurer au locataire une stabilité du lien contractuel, ce qui n'est absolument pas le cas du droit de la location-gérance qui admet le caractère temporaire ou transitoire de la relation, et donc ne reconnaît aucun droit au renouvellement au locataire-gérant.

La location gérance, encore appelée parfois gérance libre (par opposition à la gérance salariée) est définie comme une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce en concède la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls (articles 229 et 230 du code de commerce).

Si bien que, la location-gérance porte sur un fonds de commerce, bien meuble incorporel, alors que le bail porte sur un immeuble dans lequel le fonds est exploité.

Cette forme d'exploitation est une solution adaptée lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce ne souhaite pas ou ne peut plus, momentanément ou définitivement, exploiter le fonds lui-même<sup>20</sup>. Mais le plus souvent la location-gérance peut également être utilisée à des fins d'organisation de l'entreprise.

Elle peut être utilisée alors comme une technique d'organisation d'un réseau de distribution. Le producteur de biens crée plusieurs fonds de commerce destinés à écouler

sa production auprès du public. Il réduit les coûts de distribution et s'assure des débouchés sans assumer la charge de l'exploitation qu'il confie à des locataires-gérants.

Le code commerce soumet la formation du contrat de location gérance à un certain formalisme dont l'inobservation peut être sanctionnée.

Du fait de la particularité du bien loué (le fonds de commerce), ce contrat est soumis dans la législation tunisienne à plusieurs conditions particulières. La première est que le contrat pour être valable doit être écrit. Ensuite, il doit être enregistré et inscrit au registre de commerce. Si ces conditions, ne sont pas respectées, le contrat est nul ou plus exactement est requalifié en contrat de bail commercial.

La publication du contrat de location gérance au registre du commerce est d'importance à l'égard des tiers car il existe une solidarité des dettes entre le locataire du fonds et son bailleur, pendant une certaine période qui suit la publication dans le journal d'annonce légale.

Le strict respect de la loi justifierait donc l'accomplissement d'une formalité tendant à établir un écrit et procéder à son enregistrement.

Classiquement, en effet, il appartient aux tribunaux de rétablir la véritable nature de l'acte sans être liés par la dénomination que les parties lui ont donné, tel est le cas d'un bail commercial, déguisé sous forme de location gérance ou d'une sous-location déguisée en contrat de location gérance. Pour qualifier une convention de location gérance, les juges vérifient souvent si une clientèle existe au moment de la conclusion du contrat. A défaut de clientèle propre au loueur, l'on se trouve dans le cas d'une location d'un local dans lequel un locataire crée un fonds et devient propriétaire.

## Obligations sociales de l'entreprise

### Accidents du travail : L'accident de trajet :

#### Quels accidents sont considérés comme des accidents de trajet ?

D'après l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi n° 94-28 du 21 février 1994 portant régime de réparation

des préjudices résultant des accidents du travail et des maladies professionnelles, est considéré

comme accident du travail, l'accident survenu au travailleur alors qu'il se déplaçait entre le lieu de son travail et le lieu de sa résidence pourvu que le parcours n'ait pas été interrompu ou détourné par un motif dicté par son intérêt personnel ou sans rapport avec son activité professionnelle.

La définition de l'accident de trajet pose une série de questions aux quelles la loi et la jurisprudence donnent des réponses souvent incomplètes.

### 1. Qu'entend t-on par "lieu de travail" ?

Le législateur n'a pas défini d'une manière claire le lieu du travail d'autant plus que dans plusieurs cas, le travail peut être effectué dans un endroit autre que celui du travail habituel.

Ainsi, et en l'absence d'une définition légale de l'accident survenu au travailleur qui se trouve en congé et qui s'est rendu sur le lieu de travail pour accomplir des formalités administratives, ou pour percevoir sa paie n'a pas été considéré par la jurisprudence comme accident de trajet parce qu'il n'y a aucun lien entre l'accident et les circonstances du travail (Cassation pénal, arrêt n° 30016 du 13 juin 1989. Revue de la cour de cassation 1989. P. 236).

### 2. Qu'entend t-on par "résidence" ?

De même le législateur n'a pas défini le terme résidence. S'agit-il de la résidence principale ou secondaire ? Sur ce point le législateur tunisien contrairement au législateur français n'a pas défini la notion de résidence secondaire et a laissé le soin à la jurisprudence pour apprécier cette notion en fonction des cas qui se posent.

### 3. Quid cas de détournement ou d'interruption du trajet ?

De même, il ne suffit pas que l'accident

surviene entre le lieu de travail et la résidence mais encore faut-il que le chemin n'ait pas été interrompu par la victime pour des motifs d'intérêt personnel ou n'ayant aucun lien avec l'activité professionnelle.

Ainsi, la jurisprudence tunisienne a refusé de considérer l'accident survenu à un travailleur alors qu'il se rendait chez un médecin comme un accident de trajet, au motif que cette mission n'a aucun lien avec le travail et que cet accident est considéré plutôt comme un accident de la circulation ((cour de cassation, civil, arrêt n° 4801 du 3 janvier 1981).

Le détournement du chemin qui entraîne la privation de l'indemnisation au titre du régime de réparation des préjudices résultant des accidents du travail doit être volontaire.

Il en résulte que s'il est prouvé que la victime a été obligée de détourner ou d'interrompre son chemin, la réparation au titre de ce régime reste passible. Tel est le cas par exemple, d'un accident survenu à un travailleur qui a été obligé d'interrompre son chemin par suite à des inondations (Cour de cassation, civil, arrêt n° 10790 du 20 février 1975).

### 4. La reconnaissance du caractère professionnel d'un accident de trajet.

La victime d'un accident de trajet ne bénéficie pas de la présomption d'imputabilité. Elle doit donc apporter la preuve que son accident réunit les éléments caractérisant l'accident de trajet. Elle doit donc apporter la preuve que l'accident est survenu au temps et au lieu du trajet ou que celui-ci n'a pas été interrompu pour un motif d'intérêt personnel. Toutefois, cette preuve est réputée établie lorsque l'enquête permet à la caisse de disposer de présomptions suffisantes.

---

## Contrat de travail :

### Contrat de travail à durée déterminée : Avantages et inconvénients

Aux termes de l'article 6-2 du code du travail, le contrat de travail à durée déterminée peut comporter une limitation de la durée de son exécution ou l'indication du travail dont l'accomplissement met fin au contrat. Ainsi, il y a CDD lorsque :

- la durée ou la date exacte de la fin du contrat est préalablement arrêtée par les parties (exemple : contrat conclu pour un an ; contrat dont la fin est prévue pour le 30 novembre 2011) ;

- le contrat de travail est conclu pour l'exécution d'un ouvrage déterminé ou pour la réalisation d'une entreprise dont la durée ne peut être préalablement évaluée avec précision (exemple : construction d'un bâtiment, d'un barrage, etc.) ;

- le terme du contrat est subordonné à la survenance d'un événement futur et certain dont la date n'est pas exactement connue (exemple : contrat de travail avec un intérimaire à qui il est précisé que le contrat prendra fin avec le retour

du titulaire du poste en congé maladie).

### 1. Quels sont les avantages pour l'employeur de recourir au CDD ?

Eu égard à sa nature juridique même, le CDD présente un avantage très relatif pour l'employeur, dans la mesure où le terme est connu d'avance, toute chose qui permet à l'employeur, à la fin du contrat, de se séparer de son travailleur sans préavis, sauf si les parties ont expressément prévu un préavis de non renouvellement.

A la fin du CDD, l'employeur n'a pas l'obligation de justifier le motif d'un non renouvellement du contrat, ce qui le met à l'abri d'un abus quelconque. En d'autres termes, le non renouvellement d'un CDD n'expose pas l'employeur au paiement de dommages-intérêts.

Sur le plan pécuniaire, à la fin du CDD, l'employeur ne doit au travailleur que la rémunération prévue.

Par ailleurs, aux termes de l'article 6-4, alinéa 2 du code du travail, le contrat de travail à durée déterminée peut être conclu sur accord entre l'employeur et le travailleur et à condition que la durée de ce contrat n'excède pas quatre ans y compris ses renouvellements; tout recrutement du travailleur, concerné après l'expiration de cette période sera effectué à titre permanent et sans période d'essai. Dans ce cas, le contrat est conclu par écrit en deux exemplaires, l'un est conservé par l'employeur et l'autre délivré au travailleur.

Au regard de ce qui précède, on peut relever que le CDD présente pour l'employeur un certain avantage. Toutefois, cet avantage est à relativiser, dans la mesure où le recours au CDD présente également des inconvénients pour l'employeur, et non des moindres.

### 2. Quels en sont les inconvénients pour l'employeur ?

Le premier inconvénient apparaît même dans l'article 6-4, alinéa 2 susvisé qui apporte une limite au recours illimité au CDD. Ainsi,

l'employeur qui en use n'est pas à l'abri d'une requalification en CDI de la part du juge, et ce, dans la mesure où l'abus est laissé à l'appréciation de celui-ci, ce qui pourrait être considéré comme une source d'insécurité juridique.

Par ailleurs, le CDD est caractérisé par sa rigidité, ce qui empêche qu'on puisse le rompre avant le terme convenu, sauf cas de force majeure ou de faute lourde laissée à l'appréciation du juge.

En outre, le CDD paraît être une source d'insécurité sociale pour le travailleur, dans la mesure où le travailleur a conscience qu'il ne peut faire carrière au sein de l'entreprise, ce qui est de nature à faire échec au sentiment d'appartenance du travailleur à l'entreprise.

Enfin, le CDD peut être une source de démotivation du travailleur, dans la mesure où avec cette situation, il lui est quasiment impossible de jouir de certains avantages du salariat, comme la possibilité d'obtenir un prêt bancaire, toute chose qui pourrait se déteindre sur le rendement du travailleur.

En conclusion...

Nous pensons que si l'article 6 du code du travail semble venu soulager, un tant soit peu, les salariés, du fait de la transformation systématique du CDD en CDI aux termes d'un contrat de quatre ans avec le même employeur, il n'en constitue pas pour autant la panacée pour l'employeur.

En tout état de cause, le recours au CDD ne devrait être envisagé par l'entreprise que dans les cas où elle doit faire face à un accroissement temporaire d'activité, ou bien encore lorsqu'il faudrait parer au remplacement urgent d'un salarié.

En France par exemple, peu importe le motif du recours au CDD, il "ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise" (article L1242-1 du code du travail).

---

## Clause de non-concurrence :

### La clause de non-concurrence en droit du travail : La liberté de travail est-elle compromise ?

L'employeur a-t-il le droit d'entraver le choix d'un salarié de travailler pour une société concurrente ? Et quelles sont les conséquences de la clause

de non-concurrence sur son choix ?

L'article 118 du code des obligations et des

contrats dispose que : "Est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend, toute condition ayant pour effet de restreindre ou d'interdire l'exercice des droits et facultés appartenant à toute personne humaine telles que celles de se marier, d'exercer ses droits civils. Cette disposition ne s'applique pas au cas où une partie s'interdirait d'exercer une certaine industrie, pendant un temps ou dans un rayon déterminé".

Dans l'article 118 du code des obligations et des contrats, le législateur lève tout soupçon sur la légalité de la clause de non-concurrence. Il la considère comme une obligation conventionnelle des parties contractantes. Reste à savoir si la

légalité de la clause de non-concurrence permet à l'employeur d'interdire au salarié d'exercer son métier dans un temps et espace illimité. Le code des obligations et des contrats fixe, à la fin de l'article 118, la condition suivante

" .... Pendant un temps ou dans un rayon limité". La doctrine a ajouté une autre condition liée à la nature de l'activité.

Une clause de non-concurrence n'est valable que si elle désigne pour le salarié une zone géographique limitée, un temps limité et si elle ne porte pas sur une activité subalterne.

---

## Contrat de travail :

### I/ La modification du contrat de travail en droit tunisien

La modification ou le changement du contrat de travail est l'une des questions les plus délicates et les plus problématiques dans la relation de travail, car ce changement peut créer une situation inconfortable pour le salarié.

Le chef d'entreprise peut recourir à la modification du contrat de travail dans les cas de figure suivants : La sanction d'un salarié qui a commis une faute grave, cette sanction peut prendre la forme d'une modification de contrat en prononçant à son encontre une mutation ou une rétrogradation disciplinaire ; l'inaptitude du salarié à tenir son emploi à la suite d'une maladie ou un accident ; la réorganisation de l'entreprise en raison des difficultés économiques, d'innovations technologiques.

La modification du contrat suppose l'accord des deux parties pour devenir effective mais l'acceptation ou le refus par le salarié de la modification obéissent à des règles différentes selon l'origine de celle-ci.

Reste à savoir si l'acceptation ou le refus du salarié est nécessaire pour opérer des changements dans les obligations contractuelles. À cet effet, il incombe de faire la différence entre les modifications substantielles qui portent sur un élément essentiel du contrat de travail et les modifications non substantielles qui n'affectent pas profondément la relation de travail.

Maintenant, est-il besoin de définir les modifications non substantielles dans le contrat de travail ?

Les éléments substantiels et non substantiels du contrat de travail ne font pas l'objet d'une définition légale.

Deux critères sont à retenir : d'abord, ces modifications n'ont pas des conséquences importantes pour les salariés en termes matériel et moral, ensuite, elles s'inscrivent dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur qui lui permet d'organiser son entreprise (modification de l'horaire, organisation du travail, lieu d'activité, changement de mode ou de modalité de paiement du salaire).

Dans ce cas, le salarié n'a pas le droit de refuser ces modifications, le non respect desdits modifications peut être assimilé à un acte d'insubordination susceptible de sanction.

Les modifications substantielles du contrat de travail engendrent, quant à elles, une nouvelle situation lourde de conséquences pour le salarié. À cet égard, il est nécessaire d'obtenir l'acceptation sans équivoque du salarié (modification de salaire, changement de poste, etc).

Tout bien considéré, l'employeur n'a pas le droit absolu de modifier le contrat de travail. Il est soumis à certaines conditions, notamment s'il s'agit de modifications substantielles. Le juge exerce un rôle de contrôle important dans l'étude de la décision du chef d'entreprise.

### II/ Preuve du contrat de travail : Le contrat de travail doit-il être écrit ?

Les salariés posent souvent la question de la rédaction écrite du contrat de travail et son effet sur sa validité et les preuves à établir en cas d'absence de l'écrit pour montrer l'existence de la relation de travail.

Selon l'article 6, alinéa 1er, du code du travail, "Le contrat de travail est une convention par laquelle l'une des parties appelée travailleur ou salarié s'engage à fournir à l'autre partie appelée employeur ses services personnels sous la direction et le contrôle de celle-ci, moyennant une rémunération."

La lecture attentive de l'article 6 précité, nous permet de dégager les éléments et les caractères constitutifs d'un contrat de travail à savoir prestation de service, lien de subordination et rémunération.

Au point de vue du législateur tunisien, la conclusion du contrat de travail ne nécessite pas un contrat écrit dans la mesure où l'employeur est tenu de fournir au salarié au moment de son recrutement une carte de travail et par la suite un bulletin de paie qui contient des précisions et des informations contractuelles (nom et prénom du salarié, rémunération, date d'embauche, numéro d'affiliation à la CNSS....).

Dans de très rares cas, l'écrit constitue une condition sine qua non pour la validité du contrat de travail. Le défaut d'écrit entraîne la nullité dudit contrat de travail : le cas du contrat

de travail d'étranger en Tunisie ou le contrat du voyageur, représentant ou placier de commerce et d'industrie.

L'absence de l'écrit dans le contrat indéterminé et dans le contrat déterminé ne signifie pas pour autant que le salarié a perdu tous moyens pour prouver l'existence de la relation de travail, l'alinéa 2 de l'article 6 du code de travail lui permet de rapporter la preuve de cette relation par tous les moyens. Ce droit reconnu au salarié de rapporter la preuve du contrat de travail par tous moyens ne doit pas dissimuler les difficultés que le salarié rencontrera pour établir effectivement l'étendue de ses droits.

Le non établissement du contrat écrit n'entache pas la validité du contrat de travail, il peut toutefois entraîner la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, dans l'intérêt du salarié.

A noter, enfin, que le contrat de travail à durée déterminée qui se poursuit après une durée de quatre ans ainsi que le contrat à temps partiel doivent être rédigés par écrit selon les articles 6-4-2 et 94-3 du code de travail.

Tout contrat écrit doit être établi en deux exemplaires, signés et légalisés par les parties. Il est exonéré des droits d'enregistrement.

### Emploi de la main-d'oeuvre étrangère en Tunisie :

#### La requalification du contrat de travail à durée déterminée du travailleur étranger

Selon l'article 258-2 du code du travail, le contrat de travail d'un travailleur de nationalité étrangère est conclu pour une durée n'excédant pas une année renouvelable une seule fois. Toutefois, le contrat de travail peut être renouvelé plus d'une fois lorsqu'il s'agit d'emploi d'étrangers dans leurs entreprises exerçant en Tunisie dans le cadre de la réalisation de projets de développement agréés par les autorités compétentes.

Cependant, le législateur n'a pas précisé si le renouvellement en l'absence d'écrit du contrat du travailleur de nationalité étrangère entraîne ou non sa qualification de contrat à durée indéterminé.

Dans un arrêt en date du 21 avril 1994, l'impossibilité de renouvellement de l'autorisation de travail a été sanctionnée par la nullité du contrat de travail.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une salariée de nationalité étrangère qui travaillait en Tunisie en vertu d'un contrat renouvelé plusieurs fois auparavant. En 1987, après avoir renouvelé son contrat, l'autorité compétente lui refusait d'y apposer le visa exigé ; ce qui a obligé son employeur de mettre fin à la relation de travail.

Suite à la rupture de son contrat, la salariée étrangère demandait en justice le paiement des dommages et intérêts pour licenciement abusif. La demanderesse a obtenu gain de cause en

première instance.

Cependant, la juridiction de l'appel l'a débouté en considérant que la rupture du contrat de travail est légitime et qu'elle ne constitue pas un licenciement abusif.

La cour de cassation tunisienne a approuvé la décision de la juridiction d'appel. Elle a considéré que le contrat de travailleur étranger est toujours d'une durée déterminée qui ne dépasse pas une année et que l'exécution de ce contrat au-delà de la durée légale ne le

transforme pas en un contrat à durée indéterminée en application de l'article 17 du code du travail.

Et la cour d'ajouter que la poursuite des rapports de travail au-delà de la validité de l'autorisation est nulle et elle n'ouvre pas le droit aux indemnités de rupture.

Ainsi, en droit tunisien le contrat de travail d'un travailleur étranger est forcément à durée déterminée. Le contrat à durée indéterminée est inconcevable.

---

### Lieu du travail :

#### Mutation du lieu de travail : Droits et obligations de l'employeur

Quelles retombées peut engendrer la mutation dans un autre lieu de travail ? L'une des formes les plus illustratives en est le changement des conditions de travail. Par ce changement, il faut entendre la mobilité géographique, avec ce que cela implique en termes d'avantages et d'inconvénients.

Il s'agit d'une mobilité horizontale, à l'opposé de la mobilité verticale qui consiste en une promotion de carrière. Il va sans dire que l'employeur use de son droit et de son pouvoir de gestion et d'organisation de l'entreprise en réaffectant le salarié dans un autre poste de travail ou dans un autre lieu de travail.

Reste à savoir si cet employeur exerce ce droit pleinement ou sous certaines conditions.

Pour y répondre, il convient de lever une confusion très courante entre la mutation qui implique un changement de lieu de travail et la mutation comme mesure disciplinaire.

Notre propos sera consacré notamment à la mutation en tant que changement de lieu de travail dans la même entreprise ou à l'intérieur du même établissement sans aucune modification de la qualification et du niveau salarial de l'employé.

Cela étant, force est de constater que la

mutation varie selon les situations. Il incombe de faire la différence entre une mutation occasionnelle et une mutation définitive.

L'employeur, dans le cadre de l'organisation de son entreprise ou pour faire face à un surcroît d'activité, peut ordonner la mutation temporaire d'un ou de plusieurs salariés sans avoir besoin de leur accord.

La mutation définitive d'un ou de plusieurs salariés nécessite, quant à elle, leur accord préalable avant la prise de décision car il s'agit ici d'une modification substantielle du contrat de travail. A cet effet, il est nécessaire de réunir deux conditions : d'abord, l'acceptation sans équivoque par le salarié de la mutation dans le contrat de travail ou dans la convention collective. Puis, le paiement des indemnités de déplacement par l'employeur s'avère obligatoire.

Pour conclure, l'employeur n'a pas le droit absolu d'exercer son pouvoir de muter un salarié du lieu de travail sans prendre en compte certaines considérations. Il est soumis à certaines conditions, notamment s'il s'agit de modifications substantielles. Le juge social exerce un rôle de contrôle important dans l'étude de la décision du chef d'entreprise.

---

### Période d'essai :

#### La cessation du travail au cours de la période d'essai

Le trait dominant de la période d'essai réside dans le fait que la rupture des relations contractuelles sur l'initiative de l'une ou l'autre des parties peut intervenir sans qu'il y ait

indemnisation de la partie qui la subit. Cependant, la jurisprudence française a posé des limites à cette liberté de rompre qui n'emporte aucune conséquence indemnitaire.

**1. La liberté de rompre : contenu du principe**

: Selon l'article 10, alinéa 2 de la convention collective cadre, le travailleur peut donner ou recevoir congé sans préavis, sur simple signification.

En effet, la liberté de rompre le contrat au cours de la période d'essai se manifeste par la possibilité de se libérer sans avoir à fournir d'autre justification que ce désir de reprendre sa liberté, par le choix du moment de la rupture, par la non-soumission à l'accomplissement des formalités relatives à la cessation du travail et, enfin, par la non-obligation au paiement d'une indemnité résultant de cette rupture.

Il convient de préciser que la mise à l'écart des règles du licenciement a pour effet de permettre en principe la libre rupture à l'intérieur ou à l'issue de la période d'essai. Cependant, si le salarié peut à tout moment se retirer de l'entreprise, c'est généralement l'employeur qui met fin à l'essai sans avoir à justifier des raisons qui dictent sa décision. Mais la mauvaise intégration dans l'équipe, la connaissance insuffisante du matériel et de l'outillage, le manque d'énergie, les absences répétées sans justification, les retards non motivés et même les révélations faites par le premier employeur... constituent autant de motifs de rupture unilatérale du lien contractuel. C'est le lieu d'insister sur le caractère discrétionnaire de ce pouvoir ; en effet, selon une jurisprudence française de 1932, donc patrimoine juridique tunisien, "l'employeur est seul juge de la question de savoir si le salarié a fait preuve des capacités nécessaires pendant la durée de l'épreuve, et, le congédiement faisant présumer le grief d'incapacité, il n'a point à énoncer d'autre motif ". C'est dire que toute décision de rupture constitue la preuve d'un essai jugé désastreux, d'une inaptitude à l'emploi. Il n'est pas nécessaire que la décision de rupture qui se fonde vaguement sur un essai non concluant puisse faire l'objet d'un contrôle du juge.

La prérogative reconnue à l'employeur de ne pas justifier sa décision de rupture se retrouve aussi dans le choix du moment. En effet, la rupture peut intervenir à tout moment. Mais le contrat doit avoir fait l'objet d'un commencement d'exécution. La chambre sociale de la cour française de cassation a ainsi condamné, en 1972, l'employeur qui a rompu le contrat avant même le début de l'essai. De même, lorsque l'emploi pourvu est d'un haut niveau de qualification, la rupture du contrat intervenue peu de jours après la conclusion de celui-ci constitue un abus de pouvoir de la part de l'employeur.

Mais l'initiative de cessation peut intervenir jusqu'à la veille de l'expiration du délai.

Par ailleurs, la cessation de l'emploi au cours de la période d'essai n'entraîne pas la mise en oeuvre des garanties instituées par le législateur et qui tendent à obliger l'employeur à respecter un certain formalisme. L'on notera que l'entretien préalable et le préavis constituent le dispositif essentiel de ce formalisme institué pour assurer la protection du salarié. Ainsi, l'entretien préalable, destiné à permettre au salarié de connaître le motif de la rupture et de se défendre, n'existe pas dans le cadre d'une séparation intervenue pendant la période d'essai. Même une rupture verbale peut être valable à la seule condition de pouvoir en rapporter la preuve. En ce qui concerne le préavis, il faut dire que la jurisprudence a écarté, dès 1929, toute obligation de respect du délai. Cependant, si la convention collective le prévoit, les parties peuvent s'accorder sur un délai dit de prévenance.

Enfin, la rupture en période d'essai ne peut donner lieu au versement d'une quelconque indemnité, à moins que la convention collective en prévoit. Il ne peut en être autrement quand on sait que l'octroi des indemnités de rupture du contrat est conditionné par l'ancienneté dans l'entreprise. Il en est ainsi de l'indemnité de licenciement. En revanche, en ce qui concerne l'indemnité compensatrice de congés payés, il serait judicieux qu'elle puisse être versée dès lors que le salarié remplit les conditions posées par la loi.

Mais l'employeur n'est pas à l'abri d'une condamnation au paiement des dommages et intérêts dès lors que le salarié rapporte la preuve de l'abus de droit, venant de l'employeur, dans l'exercice de son droit.

**2. Les limites à la liberté de rompre :** La période d'essai, faut-il le rappeler, vise prioritairement à donner à l'employeur les moyens de vérifier aussi bien les compétences du salarié que son expérience et ses facultés d'adaptation à un milieu professionnel nouveau pour lui. Cependant, l'exclusion des garanties en cas de rupture ne signifie pas que l'employeur bénéficie d'une impunité totale lorsqu'il commet une faute dans l'exercice de cette prérogative. Certes, le code du travail est muet sur cette question ; mais comme toute liberté, la libre résiliation peut être source d'abus qui ne saurait échapper à toute sanction. Aussi, tout en admettant que les parties n'ont aucune obligation de faire connaître les motifs de la cessation de

leur lien contractuel, le juge, lorsqu'il est saisi, est-il en droit de dire si la rupture n'est pas arbitraire. Le juge social tunisien, à l'exemple du juge social français, se doit de condamner tout détournement de la période d'essai de sa finalité, toute violation des principes généraux ou encore tout comportement qui dénote d'une légèreté blâmable de la part de l'employeur.

D'abord, l'essai ne doit pas être utilisé dans le seul but de précariser la situation du salarié. Ainsi, la jurisprudence française a condamné l'employeur au paiement de dommages et intérêts au profit du salarié dans les cas suivants : lorsque l'employeur engage le salarié à l'essai pour pourvoir momentanément au remplacement d'un salarié absent, quand le salarié dont la période d'essai a été jugée non concluante est recruté presque aussitôt par le même employeur dans le cadre d'un contrat à durée déterminée pour accomplir la même tâche.

Il en est de même lorsque l'employeur a utilisé les potentialités de la période d'essai à titre de technique de gestion peu onéreuse de l'emploi temporaire. Par ailleurs, la rupture de la période d'essai est décriée tant que le contrat d'apprentissage ou l'engagement temporaire ont permis à l'employeur de se faire une idée précise de la valeur de l'intéressé. Il faut aussi noter que toute période d'essai ne saurait être acceptée dans l'hypothèse où un second contrat à durée déterminée a été conclu avec le même salarié pour tenir le même emploi.

Ensuite, la liberté de rompre ne doit pas fournir l'occasion à l'employeur de violer les principes généraux du droit. Ainsi, le fait pour l'employeur de ne pas confirmer l'embauche d'un salarié à

l'issue de la période d'essai pour des raisons de divergences politiques constitue une violation flagrante de la liberté d'opinion. De même, la rupture du contrat en période d'essai comme mesure de rétorsion contre une réclamation du salarié à voir ses droits contractuels respectés est sans fondement. On notera aussi que toute décision de rompre motivée par des considérations anti-syndicales ou reposant sur une discrimination prohibée constitue un cas d'atteinte aux libertés et aux droits fondamentaux du salarié.

Enfin, la légèreté blâmable de la part de l'employeur dans la décision de rompre le contrat peut entraîner la condamnation au paiement de dommages et intérêts. La légèreté blâmable est un comportement anormal de l'employeur qui agit avec désinvolture à l'égard du salarié, lui causant ainsi un préjudice qu'un minimum de bonne foi aurait suffi à éviter. On observe que les cas de condamnation de l'employeur pour légèreté blâmable sont nombreux dans la jurisprudence française.

Il ressort de cette étude que les dispositions relatives à la période d'essai, malgré l'apport de la convention collective cadre, ne sont pas assez étoffées ; beaucoup de zones d'ombre subsistent.

Aussi, face à cette situation en matière de normes, c'est à la jurisprudence tunisienne de juguler certains excès émanant des employeurs qui tentent de limiter l'emploi à la durée de l'essai.

## **Travail à temps partiel :**

### **I/ Les lacunes du cadre légal du travail à temps partiel**

Les articles 94-2 à 94-14 du code du travail ont organisé, de manière relativement détaillée, le recours au travail à temps partiel supposée avoir un effet incitatif en matière d'embauche.

Deux principes essentiels se dégagent de ce régime de travail à temps partiel.

D'une part, le recours à ce régime est un choix contractuel qui suppose toujours l'accord écrit des deux parties. L'employeur n'est pas en mesure donc d'imposer unilatéralement à un salarié le passage du régime de travail à plein temps à celui du travail à temps partiel.

D'autre part, la loi consacre le principe d'égalité de traitement des salariés à temps partiel et des salariés à plein temps, sous réserve des dispositions particulières relatives au régime du travail à temps partiel, notamment la règle de proportionnalité en matière de rémunération.

Cependant, le recours au régime du travail à temps partiel est resté dans la pratique très limité. Cette situation semble s'expliquer, entre autres, par certaines lacunes au niveau de la loi.

En effet, le législateur n'a prévu aucune incitation financière pour les entreprises qui adoptent cette formule. Pour les employeurs, il

existe un certain nombre de coûts fixes liés à l'emploi d'une personne, quel que soit le nombre de ses heures de travail, donc qui sont accrus en cas de recours au temps partiel; il s'agit par exemple des coûts de recrutement et de formation, sans compter certains problèmes de réorganisation du travail. Or, l'expérience de plusieurs pays européens montre que le régime du travail à temps partiel a souvent été accompagné de certaines mesures qui visent à le rendre économiquement et socialement acceptable en exonérant l'entreprise, qui utilise cette formule, totalement ou partiellement, des charges sociales.

Bien souvent les travailleurs à temps partiel sont désavantagés par rapport à leurs collègues qui occupent un emploi équivalent à temps plein : salaire horaire inférieur, privation de certaines

prestations sociales, limitation des perspectives de carrière. Or, le législateur tunisien n'a pas prévu des garanties ou des mécanismes de compensation en faveur des salariés disposés à travailler à temps partiel, pour éliminer ou neutraliser les implications négatives au niveau de leurs droits, particulièrement en matière de sécurité sociale.

Toutes ces lacunes ayant marqué le régime du travail à temps partiel expliquent pourquoi le recours à ce régime est toujours limité dans la pratique et son impact positif sur la politique de l'emploi, comme instrument de partage du travail, n'est pas très développé.

## II/ Mise en place du temps partiel dans l'entreprise

Selon l'article 94-2 du code du travail, "Est considéré comme travail partiel le travail effectué selon une durée de travail ne dépassant pas 70% de la durée normale de travail applicable à l'entreprise.

1. Si le passage à temps partiel est à l'initiative de l'employeur : Le projet de modification (sous forme de proposition d'avenant au contrat de travail, par exemple) doit être soumis au salarié qui doit donner son accord expressément.

L'accord du salarié étant obligatoire, son refus de la transformation de son emploi à temps partiel ne peut constituer un motif de licenciement.

L'employeur peut-il imposer à des salariés qui travaillent à temps plein de passer à temps partiel ?

La réduction de la durée du travail constitue toujours une modification du contrat de travail du salarié. L'employeur ne pourra donc procéder à la réduction du temps de travail du salarié qu'avec son accord. Il devra proposer le passage à temps partiel individuellement à chaque salarié concerné. Si le motif de la

réduction du temps de travail est économique, la proposition doit être obligatoirement formulée conformément aux dispositions de l'article 21 du code du travail.

En cas de refus du salarié, le contrat doit se poursuivre dans les conditions initiales.

2. Si le passage à temps partiel est à la demande du salarié : Le salarié doit faire une demande écrite, précisant la durée du travail souhaitée ainsi que la date de mise en œuvre.

Si sa demande est acceptée par l'employeur, elle prend effet à la date que le salarié a fixée.

L'employeur peut refuser la demande du salarié :

- s'il justifie de l'absence d'emploi disponible ressortissant de sa catégorie professionnelle ou de l'absence d'emploi équivalent,

- ou s'il démontre que le changement d'emploi demandé aurait des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise.

## Travail de nuit :

### La rémunération du travail de nuit : Salaire majoré si une convention collective sectorielle de travail le prévoit

Le travail de nuit ne fait pas l'objet d'une définition à portée générale dans le code du travail.

De même il n'est pas interdit en général, quoique pour certaines catégories (femmes et jeunes) il soit étroitement réglementé.

S'agissant de la rémunération du travail de nuit, aucune disposition légale à caractère général ne prévoit que les heures de nuit seront payées à un tarif majoré.

Toutefois, l'article 26 de la convention collective cadre prévoit que les horaires de travail de nuit et les majorations de salaire y afférentes seront déterminés dans les conventions collectives particulières.

En l'absence de convention collective particulière, la question de la rémunération du travail de nuit doit être réglée librement entre

l'employeur et ses salariés.

En effet, bien qu'il n'existe aucune disposition légale en la matière, le travail de nuit est rémunéré sur un tarif plus élevé que le travail de jour par suite des nombreux inconvénients qu'il comporte. Ces majorations sont fixées par les conventions collectives sectorielles.

En l'absence de convention collective particulière, la question de la rémunération du travail de nuit doit être réglée librement entre l'employeur et ses salariés.

---

## DEUXIEME PARTIE

### Associé :

#### Validité d'une clause d'exclusion des associés

La clause d'exclusion peut être définie comme celle qui donne le droit aux associés d'une société d'exclure l'un d'entre eux si certains événements surviennent ou si certaines qualités justifiant sa présence disparaissent (manquement à des obligations, fin d'un partenariat exclusif, objectifs non atteints,...).

L'utilité d'une telle clause apparaît indéniable en présence d'une mésentente entre les associés susceptible de conduire à la paralysie de l'activité de la société. En effet, celle-ci trouve souvent une issue dans la dissolution judiciaire de la société, autorisée par la loi, laquelle emporte des conséquences hautement préjudiciables pour la société. C'est notamment pour éviter la disparition de la société qui ne serait pas voulue par l'ensemble des associés, et ainsi préserver l'affectio societatis entre ceux des associés prêts à continuer l'exploitation de la société, que la pratique a imaginé l'utilisation des clauses d'exclusion.

Or, la clause d'exclusion à vocation à évincer contre son gré un associé et par là à nier le droit de l'associé de rester dans la société. Le droit de l'associé de faire partie de la société et a contrario celui de ne pas être exclu peut trouver un autre fondement dans l'analyse qui peut être faite de la société en tant que contrat : la clause d'exclusion constituerait un moyen de modifier unilatéralement les droits des associés.

En droit tunisien, aucun texte de portée générale ne régleme la matière en droit tunisien. La jurisprudence tunisienne ne s'est pas encore prononcée, à notre connaissance, sur leur légalité. Mais nous avons vu précédemment

qu'une certaine doctrine les condamne, considérant que la compétence du juge en matière d'exclusion, est d'ordre public.

En France, le législateur français a autorisé expressément les clauses d'exclusion des associés dans les sociétés par actions simplifiées (loi du 3/1/1994) et dans certaines catégories de sociétés d'exercice libéral. La jurisprudence, après une longue hésitation a admis la validité de principe de ces clauses à condition que les statuts les prévoient avec des garanties morales, procédurales et patrimoniales (comme la précision des motifs de l'exclusion, l'exigence d'une décision collégiale, le respect des droits de la défense, une juste indemnisation de l'associé exclu, etc.) (Arrêt de la Cour de cassation du 13/12/1994, RJDA 1995/3, n° 292, Bulletin Joly 1995 p. 152 note LE CANNU.

La clause doit en outre être acceptée par chaque actionnaire. De là, certains auteurs ont déduit que la nature contractuelle de la clause interdit qu'elle puisse être adoptée en cours de vie sociale, sans le consentement unanime des associés, et que l'exclusion ne se justifie que si l'associé visé a inexécuté certaines obligations de faire ou ne pas faire qu'il avait à sa charge<sup>17</sup>. La validité d'une telle clause est donc incertaine tant que les associés n'y ont pas unanimement adhéré et cela quelle que soit la nature de la société concernée<sup>18</sup>.

De cette revue rapide, on peut affirmer que législateur et la jurisprudence en France, sont réservés, voir même méfiants vis à vis de l'exclusion, du fait que le premier, c'est-à-dire le législateur a omis jusqu'à présent de promulguer

un texte réglementant cette clause en tant que principe général, et aussi du fait que la seconde, c'est-à-dire la jurisprudence exige pour accepter

l'exclusion des conditions strictes et rigoureuses.

### Dissolution, Liquidation et Partage :

#### Dissolution pour justes motifs : Sociétés concernées par la dissolution pour justes motifs

Le droit de l'associé de provoquer unilatéralement la dissolution de la société lui est reconnu par le législateur. C'est ainsi que l'article 26 du code des sociétés commerciales dispose, dans son alinéa 3, que "tout associé peut conformément aux dispositions spécifiques à chaque société, saisir la juridiction compétente en vue de faire prononcer la dissolution de la société pour justes motifs". De son côté, l'article 1323 du code des obligations et des contrats dispose, dans son alinéa 1er, que "tout associé peut poursuivre la dissolution de la société, même avant le terme établi, s'il y a de justes motifs,...".

Parmi les circonstances qui peuvent conduire typiquement à une dissolution pour justes motifs, il faut citer tout d'abord l'abus de la position dominante qui amène une majorité à décider systématiquement à l'encontre des intérêts de la société ou des droits ou intérêts légitimes des actionnaires minoritaires. Mais d'autres cas de figure sont aussi concevables, par exemple une mauvaise gestion constante de nature à entraîner la ruine de la société, une violation persistante des droits des actionnaires minoritaires, une attitude qui rend impossible l'atteinte du but social, des décisions poursuivant un but étranger au but social, une situation de blocage des organes, des décisions qui vident la société de sa substance économique etc.

Mais la question qui nous intéresse ici est de savoir si la dissolution d'une société pour justes motifs peut être demandée par un associé quelle que soit la forme de celle-ci ou si, au contraire, elle est réservée à certaines sociétés à l'exclusion d'autres.

Dans son arrêt du 12 janvier 2001, la cour de cassation tunisienne a jugé que les dispositions de l'article 1323 du code des obligations et des contrats sont générales et s'appliquent à toutes les sociétés sans exception eu égard à la généralité des termes du texte. Par conséquent, ces termes doivent être pris dans leur généralité conformément à l'article 533 du code des obligations et des contrats (Cour de cassation tunisienne, arrêt n° 4216 du 12 janvier 2001, R.J.L. décembre 2001, p. 131 et s. spéc. p. 137).

Eu égard à l'intuitu personae qui les domine, les sociétés de personnes sont les sociétés les plus exposées au risque de dissolution pour justes motifs.

Les sociétés à responsabilité limitée peuvent également être dissoutes pour justes motifs. Plusieurs décisions ont prononcé la dissolution de sociétés à responsabilité limitée pour justes motifs. Il en est ainsi, par exemple, de l'arrêt rendu par la cour de cassation en date du 12 janvier 2001.

Mais qu'en est-il en matière de sociétés de capitaux ? Une société de capitaux peut-elle être dissoute pour justes motifs ?

Par un arrêt du 27 avril 1994, la cour d'appel de Monastir a jugé qu'il ne saurait y avoir de dissolution sur le fondement de l'article 1323 du code des obligations et des contrats dans les sociétés de capitaux (Cour d'appel, Monastir, arrêt n° 5715 du 27 avril 1994 (inédit), cité par Taoufik BEN NASR, Commentaire du droit des sociétés commerciales (en arabe), p. 128.). Il s'agissait, en l'espèce, d'une société anonyme dont la dissolution a été demandée sur la base de cet article. Mais la cour d'appel a rejeté cette demande aux motifs que la société anonyme est une société de capitaux dans laquelle la considération de la personne est négligeable et que les actionnaires peuvent sortir de la société par voie de cession de leurs actions, sans avoir à demander la dissolution de celle-ci.

En effet, dans une société anonyme, les décisions les plus importantes sont prises par l'assemblée générale selon le principe majoritaire. Lorsque des divergences ou des conflits apparaissent entre les actionnaires, les décisions doivent être prises selon la volonté de la majorité ; que les conflits entre actionnaires subsistent ou soient susceptibles de se répéter ne suffit en principe pas pour justifier une dissolution de la société, puisqu'il appartient à la majorité de trancher et que la minorité doit en principe se soumettre à la décision valablement prise.

En cas de conflit personnel entre deux actionnaires, on ne doit pas perdre de vue que la

société anonyme est une société de capitaux et non une société de personnes, de sorte que les intérêts financiers sont déterminants.

La possibilité d'une dissolution ne doit pas conduire à battre en brèche le principe majoritaire; il ne saurait être question de dissoudre une société du seul fait qu'une minorité n'accepte pas la décision prise par la majorité.

Cela signifie-t-il qu'une telle action ne trouve pas application dans les sociétés de capitaux ?

On peut aussi invoquer le fait que certaines décisions aient prononcé la dissolution de sociétés de capitaux pour justes motifs. Il en est ainsi du jugement du tribunal de première instance de Ben Arous datant du 4 juin 2003 qui a prononcé la dissolution d'une société anonyme sur la base des articles 1323 du code des obligations et des contrats et 26 du code des sociétés commerciales (T.P.I. Ben Arous, jugement n° 12572 du 4 juin 2003, cité par Salma KHALED SLAMA, L'exclusion d'un

associé dans les sociétés commerciales, thèse).

Il est donc possible pour une minorité qualifiée, de demander la dissolution de la société pour justes motifs et ce, pour tempérer la rigueur du principe majoritaire. Toutefois, la dissolution demeure une mesure de dernier recours, lorsque l'application du principe majoritaire aboutit à une situation intolérable, essentiellement parce que la majorité agit systématiquement à l'encontre des intérêts de la société ou à l'encontre des droits et intérêts légitimes des actionnaires minoritaires.

Enfin, la dissolution est une mesure subsidiaire; elle ne sera pas prononcée s'il apparaît, à la suite d'un examen concret en fonction des circonstances du cas d'espèce, que l'actionnaire minoritaire peut défendre ses intérêts légitimes par une voie moins lourde de conséquences, par exemple en demandant l'annulation d'une décision de l'assemblée générale ou en s'adressant au juge pour obtenir des renseignements.

## Conventions réglementées dans les sociétés anonymes :

### Conventions conclues entre une société et un dirigeant ou un actionnaire

Les conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales étaient auparavant soustraites à toute procédure d'autorisation préalable ou d'information.

La difficulté résidait alors dans la qualification d'une opération "courante" conclue à des conditions "normales".

Cette appréciation était alors laissée à l'intéressé qui n'était même pas obligé d'en préciser l'existence.

Désormais, et dans un souci de transparence, ces conventions, bien que portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales, sont soumises à une procédure obligatoire d'information (article 200-IV du code des sociétés commerciales).

#### 1. Nécessité de révéler la convention au président de la société

Si de telles conventions continuent d'échapper à toute procédure d'autorisation préalable, elles doivent désormais être communiquées par la personne intéressée au président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société.

#### 2. Nécessité d'informer le conseil, les commissaires aux comptes et les actionnaires de la société

Une fois informé, le président doit établir une liste des conventions courantes conclues avec indication de leur objet.

Cette liste doit ensuite être communiquée par le président aux membres du conseil d'administration ou de surveillance et aux commissaires aux comptes de la société. De même, cette liste doit être tenue à disposition des actionnaires préalablement à la tenue de l'assemblée générale ordinaire.

Il convient de noter que seule la liste et l'objet de ces conventions doivent être communiqués (et non les conventions par elles-mêmes).

Il n'est pas expressément prévu que ces conventions figurent dans le cadre du rapport spécial établi par le commissaire aux comptes, ce qui constituerait une procédure lourde.

Dans ce nouveau cadre, le président devra veiller à requérir spontanément la communication de ces conventions courantes, afin de pouvoir attester de ses diligences, sauf à

engager sa responsabilité éventuelle en cas de non révélation de conventions et de manquement à son obligation d'information.

Une mesure de simple information

Les actionnaires n'ont pas à approuver les conventions courantes conclues à des conditions normales, il s'agit simplement d'une mesure d'information.

Toutefois, l'absence de définition de la notion

d'opérations "courantes" conclues à des conditions "normales" rend plus pesante pour le président de la société cette nouvelle obligation. En effet, faut-il faire figurer sur la liste de ces conventions aussi bien des contrats d'une grande importance que des conventions aux enjeux modiques ?

Rien n'est moins sûr, d'autant plus que cela risque d'aboutir à un excès d'information pouvant nuire à un contrôle efficace du conseil d'administration.

## **Dirigeants sociaux : La rémunération du dirigeant social**

### **La qualification excessive du dirigeant social : Quelle qualification pénale ?**

La rémunération des dirigeants sociaux est plus que jamais au coeur des débats, son montant parfois excessif apparaissant - dans le contexte actuel - comme une véritable provocation. Or, il faut le rappeler, la rémunération excessive du dirigeant social constitue une anomalie dans la gestion d'une société. Aussi, un contrôle, tant du montant de la rémunération que de ses modalités d'attribution, doit être imposé.

Le droit pénal des affaires propose deux qualifications: l'une - principale - est le délit d'abus de biens sociaux (ABS), l'autre - dérivée - est le délit de banqueroute par détournement d'actifs.

Le délit d'abus de biens sociaux sanctionne le dirigeant social qui, dans son intérêt personnel, fait un usage des biens sociaux contraire à l'intérêt de la société ("l'intérêt social"). Il a, concrètement, vocation à sanctionner le versement de rémunérations qui, par leur montant excessif, constituent des détournements de fonds ou font courir un risque anormal à la société. Il a été jugé en France que constitue un délit d'abus des biens et du crédit de la société le fait par le président de s'attribuer, de son propre chef, une rémunération qu'il savait excessive eu égard aux ressources et à la situation de la société (Cass. crim. 9 mai 1973, D. 1974.271 note Bouloc ; Cass. crim. 26 juin 1978, Bull. n° 212 ; Cass. crim. 6 octobre 1980, Rev. soc. 1981.133 note Bouloc ; Rapportés in *Mémento pratique, sociétés commerciales*, op. cit., § 1444).

Pour définir "l'excès", on peut dégager deux critères principaux, tenant compte, d'une part, de la situation de la société et, d'autre part, de celle du dirigeant social. En pratique, les deux critères sont souvent retenus en même temps.

S'agissant de la situation de la société, la rémunération est jugée excessive - et ce même si elle trouve une contrepartie dans le travail du dirigeant - lorsqu'elle dépasse la capacité financière de l'entreprise, dont elle met la santé en péril. On dit alors que la dépense est contraire à l'intérêt social. L'appréciation du caractère excessif de la rémunération peut porter à la fois sur les éléments de ressources de la société (bénéfices, capital social ou chiffre d'affaires) et l'évolution défavorable de sa situation. La preuve d'une rémunération excessive sera d'autant plus facile à établir que la situation de la société est dégradée. Dans ce cas, une bonne gestion exige du dirigeant qu'il adapte le montant de sa rémunération aux difficultés de la société. Ce dernier peut alors être amené à ne percevoir aucune rémunération ou, tout au moins, à se contenter d'une rémunération moindre. Son maintien, voire son augmentation, seront, en revanche, jugés disproportionnés, faisant courir à la société un risque anormal. La preuve d'une rémunération excessive est sans doute plus délicate lorsque la société se porte bien. Mais elle reste possible. En effet, il est possible d'apprécier le montant de la rémunération en fonction des conditions de sa fixation et de la capacité financière de la société, y compris au moment de sa création.

Selon le second critère, le caractère excessif de la rémunération s'apprécie au regard du travail effectivement fourni par le dirigeant. Concrètement, la part excessive de la rémunération est celle dépourvue de toute contrepartie. Indûment versée au chef d'entreprise, elle s'apparente à un "détournement de fonds", constitutif d'un délit d'abus de biens sociaux. On peut se prononcer dans ce cas en considération du travail effectif du dirigeant, de ses responsabilités, ces éléments étant également appréciés en fonction

de son âge, de sa compétence et de sa qualité professionnelle.

Le droit pénal des affaires propose également une autre qualification : le délit de banqueroute par détournement d'actifs. Celui-ci intervient lorsque les faits de délit d'abus de biens sociaux sont réalisés dans une société en état de cessation de paiement. Il convient de noter que les deux qualifications - abus de biens sociaux et délit de banqueroute - peuvent être simultanément retenues dans la même affaire, dès lors que la rémunération délictueuse a été versée avant et après la date de cessation des paiements.