

Cours de Droit Bancaire

Avant-propos

Nous ne prétendons ici, pas vouloir traiter de tous les aspects et différents problèmes du droit bancaire. Ce cours est conçu, essentiellement, pour traiter de l'introduction au Droit et pour être une initiation au droit bancaire et à la législation commerciale qui sont des branches de Droit indissociables, et faisant partie du Droit privé.

Introduction.

Depuis l'année 2011, le Droit tunisien n'a eu de cesse de se développer.

Ce développement a concerné tous les domaines, y compris le Droit constitutionnel puisqu'une nouvelle Constitution a pris lieu et place de celle 1959.

D'autres grandes mutations ont eu lieu et ont touché en l'année 2016 le Droit bancaire. Deux lois d'une grande importance ont, en effet, vu le jour : un premier texte sur les Statuts de la Banque Centrale de Tunisie et un deuxième régissant les banques et les établissements financiers.

Ce faisant, c'est une partie non négligeable, sinon importante, du droit bancaire qui a connu une mutation.

Section 1 : Présentation du Droit

Aussi loin que l'on remonte aux confins de l'humanité, on trouve la trace d'une organisation et de règles de conduite que l'on appelle, aujourd'hui, dans les sociétés modernes, le Droit

A – Définition du Droit

Le droit est communément défini comme étant « l'ensemble des règles de conduite concernant les membres de la société, règles générales et impersonnelles gouvernant leur vie morale, sociale, et politique dont l'inobservation entraîne l'application de sanctions ».

La règle de droit s'applique ainsi à toutes les personnes, physiques et morales, et dans tous les domaines.

Elle n'est, non plus, ni un conseil ni une prière de faire ou de ne pas faire. La règle de droit est donc aussi, par essence, obligatoire. D'ailleurs si elle ne l'était pas et qu'elle était dépourvue donc de sanction, la règle ne serait pas juridique.

B – Les branches du Droit.

Le Droit est, d'une façon générale, scindé en deux grandes catégories, y compris en Tunisie.

1 – Le Droit public : Il régit les relations entre Etats et institution publiques (l'administration, les établissements publics, les collectivités publiques locales, les organisations publiques internationales) et les relations entre les personnes physiques et morales avec ces institutions (gestion des grands services publics).

Parmi les branches du Droit public, l'on peut citer le droit constitutionnel qui s'applique au fonctionnement des

Institutions de l'Etat et de l'organisation des pouvoirs publics, le Droit administratif qui comprend les règles applicables entre l'Administration et les usagers du service public, le Droit fiscal qui s'applique au domaine de l'impôt et le Droit international public qui concerne les relations entre les Etats et les organisations internationales, essentiellement intergouvernementales.

- 2 – Le droit privé : IL régit les relations entre les personnes physiques et morales ainsi que les activités économiques et sociales. Cette catégorie de droit comprend le Droit civil qui englobe le droit des obligations (c'est-à-dire des relations contractuelles), le droit réel (le droit des biens) , le droit de la famille (relations matrimoniales, filiation, succession, etc...).

Cette catégorie comprend aussi le droit pénal (droit pénal général, procédure pénale) et qui s'applique aux personnes qui portent atteinte à l'ordre et à la sécurité publiques. Elle comprend également le droit commercial qui régit les règles applicables aux commerçants et aux actes de commerce, sachant notamment que les opérations de banque sont des actes de commerce.

Nous noterons, cela dit, que le Droit bancaire fait partie du Droit des affaires, lequel emprunte à, quasiment toutes les branches du Droit privé et, parfois même, au Droit public.

C – Droit et normes voisines

La règle de droit est différente de la règle morale. Celle-ci est en effet un devoir moral (être aimable, ne pas ridiculiser ni blesser son prochain, ne pas rater un rendez-vous, etc ...).

Cependant, cette règle n'est pas obligatoire et la seule sanction qui peut découler de son manquement est la réprobation sociale ou le remord alors que la règle de droit,

suppose une sanction qui implique l'intervention des pouvoirs publics.

La règle de droit est différente également de la règle religieuse, laquelle concerne les rapports entre Dieu et les Hommes et non les relations entre les Hommes entre eux.

Il n'en demeure pas moins vrai que dans certaines sociétés, il peut y avoir confusion entre les deux règles. La règle religieuse devient ainsi en même temps une règle juridique.

Elle est, par suite, obligatoire et accompagnée d'une sanction.

Le Droit, enfin, n'est pas une science exacte car celle-ci concerne l'étude de matières ou d'organes vérifiés en général en laboratoire.

La règle de Droit, quant à elle, se rapproche des sciences humaines et sociales. Sa valeur n'est ainsi qu'approximative et non exacte du fait qu'elle évolue dans le temps et qu'elle concerne non pas les matières mais les rapports entre les Hommes.

Section 2 : Fondements du Droit

Le Droit est une discipline juridique difficile et passionnante à la fois. Il reflète les grandes orientations des études juridiques et les différents systèmes juridiques.

Etant donné que ce cours est consacré au Droit bancaire en Tunisie, nous nous contenterons, ici, d'une présentation sommaire des principales doctrines du Droit.

A – Droit naturel.

Le droit naturel peut être défini comme étant l'ensemble des règles juridiques, que l'on appelle aussi les principes généraux du droit, non écrites et établies par Dieu ou par la nature et qui s'imposent au législateur et au juge.

Ces règles sont universelles, éternelles et immuables.

Partant de cette définition, la raison humaine s'inspirera du droit naturel dans tous les domaines, y compris celui des rapports des Hommes entre eux.

C'est sous l'influence du Droit naturel qu'est ainsi née la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en France.

Des droits subjectifs sont également nés de certaines doctrines du droit naturel et inspirées de la nature ou des religions, comme le droit à la propriété privée, les libertés individuelles, etc...

Il reste que du fait de la diversité des systèmes juridiques qui varient d'un pays à un autre, de la diversité des religions et des divers degrés de développement des pays, l'on est devant une évidence : Il n'y a pas de droit universel immuable et imprescriptible étant donné que le Droit est propre à chaque civilisation et qu'il varie en fonction des facteurs économiques et culturels.

Ainsi, par exemple, le Droit des Etats européens a évolué au fil des temps surtout celui des pays membres de l'Union européenne.

Le Droit tunisien, pour sa part, a également connu des mutations profondes qui transcendent le Droit musulman et même le Droit français du fait de certaines normes nées des organisations internationales, de la mondialisation (commerce

international) et de la conjoncture internationale actuelle (terrorisme, révolution, blanchiment d'argent, etc.).

Il apparaît donc clairement que le droit naturel n'est qu'une simple morale. Il se réduit à des principes vagues, non obligatoires et, en tout cas, guères universels et encore moins immuables.

B – Droit positif

Le Droit positif est l'ensemble des règles juridiques posées par un Etat, en vigueur et non encore abrogées.

Ce droit qui régit les relations des hommes entre eux est obligatoire, non universel et assorti de sanctions.

Il n'est ni idéal ni idéal et s'oppose en ce sens au droit naturel.

Il est l'œuvre des hommes et s'impose par la volonté et l'autorité de l'Etat.

Tel avait, par exemple, été le cas du Code du Statut du Personnel, promulgué en 1956 en Tunisie.

Ce code, en supprimant notamment la polygamie, avait transcendé et supplanté une règle de droit naturelle d'origine religieuse, à savoir la religion musulmane.

Dans certains pays européens, la notion de mariage inspirée de la nature et de la religion chrétienne a également évolué.

En effet, et selon le Droit positif, pour de nombreux pays européens membres de l'U.E., le mariage n'est plus réservé aujourd'hui aux personnes de sexe différent, en dépit des préceptes de la religion chrétienne et de la doctrine du Vatican.

C – Droit musulman.

Le Droit musulman est l'ensemble des règles juridiques applicables à une société du monde musulman.

Ce Droit constitue l'une des grandes familles juridiques et il régit les relations des hommes de la plupart des pays musulmans.

Il est original par rapport aux autres systèmes juridiques, notamment par ses sources :

1 – Le Coran est la source la plus importante et celle qui est au sommet de la hiérarchie du fait que c'est la parole de Dieu.

Ce texte sacré contient de nombreux passages consacrés à la religion et à la morale mais aussi des versets juridiques qui sont de véritables règles de droit qui régissent la vie en société et qui ont un caractère obligatoire.

2 – La Sunna qui est constituée des paroles du prophète et des récits sur sa conduite.

La Sunna complète le Coran et constitue la seconde source du Droit musulman.

3 – Le Kyas est la méthode par laquelle l'on déduit, pour une situation donnée, une solution non prévue par le Coran ou la Sunna, à partir d'une autre règle applicable à une situation analogue.

En droit comparé, le Kyas est le corollaire de l'interprétation par analogie.

4 – L'Ijmaa est l'accord unanime des Ulémas ou docteurs de l'islam.

Avec le Kyas, l'Ijmaa est le moyen de créer des règles juridiques en l'absence de normes issues du Coran et de la Sunna.

Pendant longtemps, la confusion entre droit et religion musulmane a été entretenue avec force. Mais aujourd'hui, et hormis certains pays (Arabie Saoudite), la laïcité, bien que non consacrée, est pratiquée sauf dans le domaine du droit de la famille, sachant, qu'ici, la Tunisie constitue une exception.

D – Droit et laïcité

Auparavant et en Europe, et encore aujourd'hui dans de nombreux pays musulmans, les règles religieuses et juridiques sont indissociables.

Mais devant la montée de nouveaux idéaux de liberté et l'émergence d'Etats modernes, les règles issues des religions ont été, peu à peu, réduites, dans de nombreux pays, surtout en Occident, à la sphère, uniquement religieuse. La séparation entre le « temporel » et le « religieux » avait déjà été pensée par Ibn Sina avant d'être consacrée en France par la loi de 1905.

Certains pays musulmans, ont timidement entamé la séparation entre les règles religieuses et juridiques. Mais c'est la Tunisie qui a opéré cette évolution par sa Constitution de 1959 en disposant que l'Islam est la religion d'Etat du pays.

Cette évolution s'est poursuivie avec la dernière Constitution qui a notamment consacré la liberté de conscience.

Section 3 : Particularités du Droit Tunisien

Cette particularité est indéniable.

En effet, le Droit Tunisien est un miroir où se reflètent différents facteurs, a priori, contradictoires.

La Tunisie est en effet dépositaire de plusieurs héritages issus de civilisations diverses.

Par conséquent, son droit contient plusieurs empreintes : celles du droit romain, du droit musulman et du droit français.

Ces héritages se vérifient au travers de plusieurs textes que sont la Constitution, le code du Statut personnel, le code des obligations et des contrats (COC), le code de commerce et la loi bancaire notamment.

Cette particularité ne doit cependant pas signifier que le Droit tunisien est différent de celui des autres pays.

Son objet est le même dans la mesure où il régit et organise la vie en société, résout les conflits et règlemente les libertés, entre autres.

De plus, aujourd'hui, et notamment les législations des différents pays ont tendance à converger. Cela vaut aussi dans le domaine de la lutte contre le blanchiment des capitaux et la lutte contre le terrorisme puisque tous les Etats ont mis en place un dispositif juridique et des structures conformes aux normes fixées par le Groupe d'action Financière (GAFI).

SECTION 4 : Les sources du Droit Tunisien

Il y a, à ce niveau, des sources principales et des sources secondaires :

Paragraphe 1 : Les sources principales

1. La Constitution : c'est la norme la plus importante
2. La loi : Il y a plusieurs sortes de lois qui n'ont pas la même force juridique
Les lois portant ratification de conventions internationales ; étant rappelé qu'une convention bilatérale ou multilatérale n'est introduite dans le droit interne qu'après son approbation par le législateur.
 - Les lois organiques (en matière notamment électorale).
 - Les lois ordinaires
3. Les décrets- lois : Ce sont des textes pris par le Président de la République ou le chef du Gouvernement dans des domaines relevant de l'ARP.
4. Les décrets présidentiels et gouvernementaux
5. Les arrêtés ministériels
6. Les actes des autorités administratives

Paragraphe 2 : Les sources secondaires

- 1 – La jurisprudence ; Elle est composée de l'ensemble des décisions des tribunaux et s'applique en cas de silence des textes.

2 - La doctrine : c'est l'opinion émise par les juristes à propos de l'absence ou de carence du droit positif.
Cette opinion peut influencer les décisions des juges ainsi que le législateur.

3 – La coutume

La coutume se résume en des usages anciens (caractère immémorial) et qui, dans la conscience collective, sont obligatoires (élément moral appelé » opinio juri »).

Cela dit, ces sources sont dominées par le principe dit de « la hiérarchie des normes juridiques ».

Selon ce principe, ces sources du droit constitue une pyramide des normes juridiques appelée aussi « pyramide de Kelsen ». Cela suppose que toute norme doit se conformer à celle qui lui est supérieure et elle ne peut ni la contredire ni la modifier (exemple : un décret doit se conformer à la loi) .

Première Partie : Le Droit bancaire

Préambule :

A – Le droit bancaire : c'est l'ensemble des règles juridiques applicables aux opérations de banque et aux personnes qui les exercent à titre habituel et professionnel. Le caractère habituel et professionnel suppose deux critères :

- La répétitivité en ce sens que l'établissement bancaire ou financier doit exercer son activité de manière répétitive.
- La rémunération vue que l'établissement exerce une profession commerciale.

B – La réforme bancaire de 2016.

L'année 2016 a été riche en rebondissements dans le paysage bancaire.

D'abord, la loi n° 58-90 du 19 septembre 1958, modifiée et amendée à plusieurs reprises, a cédé sa place à une nouvelle loi la loi n° 2016-35 du 25 avril 2016, portant Statuts de la Banque Centrale de Tunisie.

Ensuite, la loi 2016-48 du 10 juillet 2001, laquelle avait remplacé la loi n° 67-51 du 7 novembre 1967 portant réglementation de la profession bancaire, a été abrogée pour donner lieu à la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers.

Mais quels ont été les buts, les finalités et les apports de cette réforme ?

1 – Les nouveaux statuts de la Banque Centrale de Tunisie :

Les nouveaux Statuts de la BCT de la BCT dont le but était de remplacer une loi datant de 1958 pour placer cette dernière du niveau des standards internationaux, ont eu une gestation des plus difficiles.

La nouvelle loi a d'abord été confectionnée à la Banque Centrale de Tunisie même et a été approuvée à l'assemblée des Représentants du peuple (ARP) à une voix près. Cela, car ses enjeux étaient énormes.

La loi N° 2016-35 a, en effet, consacré l'indépendance de la Banque Centrale de Tunisie à deux niveaux :

- D'abord : en mettant l'accent sur sa mission principale, celle inhérente à la politique monétaire.
La nouvelle loi prévoit en effet que c'est la BCT qui conduit et met en œuvre la politique monétaire en toute indépendance.

C'est donc à elle de veiller à la préservation de la stabilité des prix grâce principalement à l'instrument dont elle dispose, à savoir le taux d'intérêt directeur.

A cet égard, il est à rappeler qu'une bonne politique monétaire est de nature à susciter les investissements, la croissance, la richesse, l'emploi et le pouvoir d'achat.

Cette politique est à différencier de la politique économique qui relève des attributions du gouvernement.

Afin de garantir l'autonomie de la Banque Centrale, la loi du 25 avril 2016 prévoit d'ailleurs expressément que « nul ne peut porter atteinte à l'indépendance de la Banque Centrale ni influencer les décisions de ses organes ».

- Ensuite, en renforçant le Statut de son Gouverneur, conformément aux dispositions de la Constitution. Celui-ci est désormais nommé pour un mandat de six ans, renouvelable une seule fois, par décision du Président de la République et proposition du Chef du Gouvernement et après approbation du pouvoir législatif. Et il ne peut être mis fin à ses fonctions, avant le terme de son mandat, que selon les mêmes formes.

2 – La nouvelle loi bancaire

La loi n° 2016-48 a tranché avec la loi de 2011 sur plusieurs points :

- D'abord, son intitulé a été modifié. En effet alors que la loi N° 2011-65 était relative aux établissements de crédit, la nouvelle, celle de

2016, régit les banques et les établissements financiers.

Quant au fond, cela ne change rien puisque les établissements de crédit étaient composés des banques et des établissements de crédit, à l'instar, du reste, des législations comparées. La nouvelle appellation découle en fait de la consécration des banques islamiques, « crédit » faisant référence implicitement à l'intérêt, prohibé par le droit musulman.

Ensuite, et dans ce sillage, par la consécration des banques islamiques et la finance islamique.

- En outre, par la modification des procédures d'agrément : Auparavant, et conformément à la loi de 1967 puis à celle de 2011, l'agrément, condition nécessaire à l'activité bancaire était octroyé par arrêté du ministre des finances sur rapport de la Banque Centrale. Aujourd'hui, cet agrément est accordé par une « commission d'agrément » présidée par le Gouverneur de la BCT et composée de quatre membres indépendants et compétents dans le domaine financier, bancaire ou économique.
- Par ailleurs en matière de gouvernance des banques et des établissements financiers pour assurer leur solidité et leur pérennité.
- Sur un autre plan, le législateur a renforcé les mécanismes de protection des déposants et de la clientèle :

D'abord, en créant un fonds de garantie des dépôts et ensuite en substituant à l'observatoire

des services bancaires, l'observatoire de l'inclusion financière, cet observatoire étant prévu par les statuts de la BCT.

Enfin, en modifiant le régime disciplinaire applicable aux banques et aux établissements financiers.

TITRE I – La législation bancaire

Chapitre I : Les sources du droit bancaire

En tant que branche du droit, le droit bancaire a plusieurs sources.

Paragraphe 1 : La hiérarchie des normes bancaires :

Tout comme dans le droit commun, le droit bancaire est également soumis au principe de la hiérarchie des normes qui veut que chaque norme inférieure doit se conformer à celles qui lui sont supérieures.

Paragraphe 2 : Le droit bancaire a plusieurs sources dont principalement :

- ❖ La loi n° 2016-35 du 25 avril 2016, portant Statuts de la Banque Centrale de Tunisie,
- ❖ La loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016, relative aux banques et aux établissements financiers.
- ❖ Les circulaires de la BCT et les avis de change du ministère des finances.
- ❖ Le code des sociétés commerciales. Cela dans la mesure où les banques et les établissements financiers ont la forme, par détermination de la loi bancaire, de société anonyme.

- ❖ Le code des obligations et des contrats, vu que la relation entre la Banque et l'établissement financier d'une part et le client d'autre part est de nature contractuelle.
- ❖ Le code de commerce : Les opérations de banque sont des actes de commerce et de ce fait, il est normal que ce code soit applicable auxdits établissements.
- ❖ La jurisprudence
- ❖ La doctrine
- ❖ La coutume (ou l'usage) qui est surtout une source prévalant dans les relations commerciales.

Chapitre 2 : Les banques et les établissements financiers.

Les banques et les établissements financiers sont les personnes morales agréées pour exercer les opérations de banque telle que fixées par la loi du 11 juillet 2016 et ce, à titre habituel et professionnel.

Section 1 : Les opérations de banque

Sont considérées au sens de la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016, relative aux banques et aux établissements financiers, comme opérations bancaires, les opérations suivantes : la collecte des dépôts ; l'octroi des crédits sous toutes leurs formes ; le leasing ; le factoring ; la finance islamique ; la mise à la disposition des moyens de paiement ; les services de paiement ; le conseil , l'assistance en matière de gestion financière et l'ingénierie financière ; l'intermédiation de change ; et les services destinés à faciliter la création , le développement et la restructuration des entreprises.

Paragraphe 1 : La collecte des dépôts

Sont considérés comme dépôts reçus du public, les fonds en numéraire correspondant à une monnaie locale ou étrangère convertible, qu'une banque recueille d'un tiers,

mais à charge pour elle de les lui restituer à vue ou à terme et ce, selon les conditions convenues.

La banque peut utiliser librement les dépôts collectés dans le cadre de son activité professionnelle, principalement pour l'octroi de crédits. C'est pourquoi les dépôts bancaires sont qualifiés de ressources et les crédits d'emplois.

Paragraphe 2 : L'octroi de crédits sous toutes leurs formes

Constitue une opération de crédit au sens de la loi de juillet 2016, tout acte par lequel une personne physique ou morale, agissant à titre onéreux, met des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend dans l'intérêt de celle-ci un engagement pour signature sous forme de cautionnement ou garantie au profit d'une autre personne. Cet engagement est un acte par lequel la banque garantit les obligations de son client vis-à-vis de ses créanciers et que l'on appelle EPS.

Paragraphe 3 : Le leasing

La loi du 11 juillet 2016, considère comme leasing, l'opération définie par l'article premier de la loi n° 94-89 du 26 juillet 1994, relative au leasing.

C'est donc par référence à cette dernière loi que l'on qualifiera le leasing (crédit-bail en droit français) comme étant un contrat par lequel un établissement bancaire ou financier donne en location à son client, dans le cadre de l'activité professionnelle de celui-ci, un bien meuble ou immeuble moyennant le paiement d'un loyer. Puis à l'expiration de la durée du bail, le client peut acquérir ledit bien pour sa valeur résiduelle en levant l'option d'achat ou le restituer à l'établissement.

Paragraphe 4 : Le factoring

Le factoring est une opération par laquelle une banque ou un établissement financier accorde une avance à son client sur le montant de son portefeuille de créances commerciales et prend en charge, leur recouvrement. A défaut d'avance, l'établissement doit obligatoirement garantir à son client le recouvrement de ses créances commerciales.

Paragraphe 4 : La mise à la disposition du client des moyens de paiement

Il s'agit de la délivrance de formules de chèques et de cartes bancaires et de l'exécution d'ordres de paiement (virements).

Il est à observer qu'hormis les services bancaires de base que la banque est tenue de proposer à son client afin de lui permettre d'effectuer ses paiements, la banque n'est pas tenue de lui octroyer des formules de chèque à blanc (chéquier) ni de les lui renouveler même en l'absence de tout incident de paiement.

Paragraphe 5 : Les services de paiement

Sont notamment considérés comme service de paiement, au sens de la loi de juillet 2016, les versements et retraits d'espèce, les opérations de transfert de fonds et la réalisation d'opérations de paiement par tout moyen de communication à distance, y compris les opérations de paiement électronique.

Paragraphe 6 : Les opérations bancaires islamiques

Les banques islamiques peuvent procéder au financement de la clientèle à travers notamment les produits suivants qui ne donnent pas lieu à la perception et au versement d'intérêts :

- A – La Mourabaha : C'est tout contrat par lequel une banque islamique acquiert un bien meuble ou immeuble ou des marchandises en vue de les revendre à son client à son coût d'acquisition plus une marge bénéficiaire convenue d'avance.
- B - L'Ijara assorti de l'option d'acquisition : c'est tout contrat par lequel une banque islamique met, à titre locatif, un bien meuble ou immeuble dont elle est propriétaire, à la disposition de son client à des fins professionnelles et ce, pour une durée déterminée et moyennant le paiement d'un loyer.
La banque est tenue d'accorder à son client l'option d'acquérir le bien loué à la fin de l'échéance ou au cours de la période de la location.
- C – La Moucharaka : C'est tout contrat ayant pour objet la participation, par une banque islamique, à un projet en vue de réaliser un profit. La banque et son client participent aux pertes à hauteur de leur participation et aux profits selon un prorata déterminé.
- D – La Moudaraba : C'est tout contrat mettant en relation une ou plusieurs banques islamiques qui fournissent le capital en numéraire ou en nature et un ou plusieurs entrepreneurs qui fournissent leur travail en vue de réaliser un projet. Les bénéfices réalisés sont partagés selon une répartition convenue entre les parties.

Paragraphe 7 : L'intermédiation des opérations de change

Dans ce cadre, la banque, en qualité d'intermédiaire agréé, est habilitée à effectuer le change manuel et à ouvrir des comptes en devises ou en dinars convertibles.

La réglementation des changes permet à d'autres personnes d'intervenir dans le change manuel (hôtels, casinos, artisans). On les qualifie de sous-délégataires de change.

Paragraphe 8 : Le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine et d'ingénierie financière.

Cette opération consiste à aider le client à gérer ses affaires et à réaliser des projets dans les meilleures conditions.

Section 2 : Les banques et les établissements financiers.

Paragraphe 1 : Les banques

Est considérée, selon la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016, comme banque, toute personne morale qui exerce à titre habituel la collecte des dépôts et la mise à disposition de la clientèle des moyens de paiement en vue d'exercer les autres opérations bancaires.

Selon la loi, dès lors qu'une banque est agréée, elle accède automatiquement à la qualité d'intermédiaire agréé.

Cela dit, l'acceptation de « banque universelle » ou celle de « banque à tout faire » qui caractérisait les banques jusqu'alors n'existe plus réellement sauf pour les banques agréées pour exercer les opérations de banque islamique.

En effet, les banques traditionnelles, selon la loi bancaire de juillet 2016, ne peuvent exercer en plus de leurs activités usuelles, les opérations islamiques qu'après l'autorisation de la Banque Centrale de Tunisie.

Paragraphe 2 : Les établissements financiers

Sont considérés comme établissements financiers, les personnes morales qui exercent les opérations bancaires prévues par la loi de 2016, à l'exception de la collecte des dépôts.

Il y a actuellement quatre catégories d'établissements financiers :

- ✓ Les sociétés de leasing
- ✓ Les sociétés de factoring
- ✓ Les banques d'affaires qui interviennent dans l'ingénierie financière mais qui peuvent également accorder des financements aux entreprises en vue de renforcer leurs fonds propres et prendre aussi des participations dans le cadre d'opérations de restructuration, à charge de les rétrocéder au plus tard après cinq ans.
- ✓ Les sociétés de paiement.

Section 3 : Les conditions d'exercice des opérations de banque

Plusieurs conditions sont exigées par la loi, notamment :

1. La délivrance d'un agrément par la commission d'agrément présidée par le gouverneur de la Banque Centrale et composée de quatre membres indépendants et compétents dans le domaine financier, bancaire ou économique.
2. La création d'une société anonyme
3. La présentation d'un programme d'activité cohérent

4. La qualification, l'honorabilité, l'intégrité et l'expérience et ses dirigeants qui ne doivent pas avoir fait l'objet d'une condamnation pour délit ou pour escroquerie notamment.
5. La constitution d'un capital minimum. Celui a été relevé par la loi de 2016 pour atteindre les niveaux suivants :
 - ☞ banques : 50.000.00 de dinars
 - ☞ établissements financiers :
 - 25.000.000 de dinars s'il s'agit d'un établissement de leasing
 - 10.000.000 de dinars s'il s'agit d'une banque d'affaires ou d'un établissement de factoring.
 - 5.000.000 de dinars s'il s'agit d'un établissement de paiement.

Section 4 : La gouvernance des banques et des établissements financiers

Paragraphe 1 : Politique et règles de gouvernance

La gouvernance est un terme dérivé de l'anglais « governance ». Il est apparu en France dans les années 1990 et a été consacré en Tunisie dans le domaine bancaire, à la faveur d'une circulaire de la Banque Centrale de Tunisie en 2011 avant d'être proclamé dans la loi bancaire de juillet 2016.

Il désigne la « meilleure façon » dont le pouvoir est organisé et exercé au sein d'une entreprise, d'une banque.

Dans une acception plus large, la gouvernance d'une banque ou d'un établissement financier représente l'organisation de la direction, de la gestion et les

mécanismes de contrôle qui doivent présider à son fonctionnement.

Elle désigne, par là même, l'ensemble des pratiques et processus utilisés dans le but de garantir la solidité de l'établissement et sa pérennité.

Dans ce cadre l'article 40 de la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016, dispose expressément que « les banques et les établissements financiers sont tenus de mettre en place un dispositif de gouvernance efficace, à même de garantir leur pérennité et de préserver les intérêts des déposants, des créanciers et des actionnaires ».

A – Rôle de la Banque Centrale

1 – La Banque Centrale doit établir des règles de gestion prudentielle issues des normes du comité de Bâle dans les domaines suivants :

- L'usage des fonds propres ;
- Le ratio de solvabilité ;
- Les réserves obligatoires.

2 – Elle est tenue d'exercer sur lesdits établissements un contrôle sur pièces et sur place pour s'assurer de l'efficacité du dispositif de gouvernance et de la solidité de la situation financière de l'établissement notamment au niveau de sa solvabilité.

3 – Elle peut faire appel à des experts pour l'assister et convoquer pour audition toutes personnes impliquées dans la direction et la gestion de la banque ou de l'établissement financier.

Elle peut, lorsque la nature et le poids des risques le justifient, soumettre l'établissement à des normes prudentielles plus contraignantes.

B – Prescriptions de la loi

Selon la loi du 11 juillet 2016, les banques et les établissements financiers doivent séparer la fonction de président du conseil d'administration de celle de directeur général.

Ils doivent notifier à la BCT toute désignation, notamment du directeur général et de président ou de membre du conseil ; sachant que la Banque Centrale peut refuser ces désignations pour de motifs tenant à l'intégrité et aux compétences académiques.

Les établissements en question doivent aussi éviter tout conflit d'intérêt et créer un comité d'audit émanant du conseil d'administration.

C – Audit interne – inspection – contrôle de conformité.

L'audit interne, au sein d'une banque ou d'un établissement financier, a pour but d'apprécier le système de contrôle interne afin de s'assurer du respect et de l'efficacité des procédures internes.

Il concerne toutes les activités de gestion et fait, s'il y a lieu, des propositions d'amélioration.

L'inspection, quant à elle, est appelée en cas de survenance d'un problème.

Elle est appelée à détecter les causes du problème et de cibler les responsabilités. Pour sa part, le contrôle de conformité (compliance) vise à

s'assurer que toutes les normes externes auxquelles l'établissement est soumis sont respectées.

En effet, la banque est exposée à un risque juridique et à la moindre faute et au moindre manquement, elle peut encourir sa responsabilité et ternir sa réputation.

Le contrôle de conformité vise toutes les activités de l'établissement en plus de la gouvernance et son rôle est de faire s'il y a lieu des mises à jour.

Chapitre 3 : Le secret bancaire

Le secret bancaire vise à trouver un équilibre entre protection des libertés individuelles et maintien de l'ordre public.

En Tunisie, il a pour principal fondement l'article 254 du code pénal qui régit le secret dans sa globalité, à savoir le secret professionnel.

Pour ce qui est du domaine bancaire, il est consacré par les articles 61, 65, 166 et 187 de la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016 sur les banques et les établissements financiers.

A – Les personnes concernées : Ce sont les dirigeants, les membres du conseil d'administration, le personnel des établissements ainsi que les commissaires aux comptes.

B – Fondement du secret bancaire :

L'explication du secret bancaire a deux raisons principales :

- D'abord, le droit au respect de la vie privée (secret du domicile, situation matrimoniale, etc...)
- Ensuite, le secret des affaires (secret des performances notamment) et ce, pour préserver l'exercice loyal de la concurrence.

C – Les exceptions

Le banquier ne doit révéler aucune information concernant son client qui serait précise, non publique, relative à son activité, à son patrimoine ou à sa vie privée.

Pour autant, et dans le cadre du maintien de l'ordre public, il ne peut opposer le secret bancaire dans certains cas déterminés :

- A propos des demandes formulées par la Banque Centrale lors de ses contrôles sur pièces et sur place
- A la commission tunisienne des analyses financières (CTAF) et ce, en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.
- Aux autorités fiscales qui disposent d'un droit de communication.
- A l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale.
- A propos de certaines affaires portées en justice (pension alimentaire sous ordonnance sur requête).

Chapitre 4 : La protection des déposants et de la clientèle

La protection des déposants et de la clientèle n'est pas une nouveauté. Déjà, elle avait été mise en exergue par les législations antérieures (mécanisme de garantie des dépôts, services bancaires de base, observatoire des services bancaires). Mais elle a été renforcée davantage à la faveur des réformes qu'a connues le paysage bancaire tunisien en 2016.

Paragraphe 1 : Le fonds de garantie des dépôts

Selon la loi du 11 juillet 2016, toute banque agréée doit adhérer au fonds de garantie des dépôts qui sera géré par un établissement public dont le capital est fixé à cinq millions de dinars souscrit à parts égales par l'Etat et la Banque Centrale de Tunisie. Les banques devront verser des cotisations périodiques.

Ce fonds aura d'abord pour mission, dans le cadre de la solidarité de place, de venir en aide à une banque en difficulté. Ensuite, et en cas de cessation de paiement constatée par la Banque Centrale de Tunisie, il servira à indemniser les déposants, étant entendu que ce sont particulièrement les petits déposants, entendus au sens de la législation organisant le marché financier, qui seront concernés.

Quant à l'indemnité, elle ne sera pas totale, comme ailleurs du reste, mais se fera dans la limite d'un plafond déterminé. Certaines personnes morales sont enfin exclues de l'indemnisation comme l'Etat, les entreprises et établissements publics, la Banque Centrale, les banques et les établissements financiers, les compagnies d'assurance ou la poste.

Paragraphe 2 : L'observatoire de l'inclusion financière

Il est prévu par la loi du 25 avril 2016 portant Statuts de la Banque Centrale de Tunisie.

Il remplace l'observatoire des services bancaires et il est rattaché à la BCT.

En plus du suivi de la qualité des services fournis par les établissements bancaires et financiers, il est chargé de suivre l'évolution d'accès des consommateurs aux services financiers. Il est à noter que l'inclusion financière déborde, en vérité, le strict cadre financier car elle est une composante de l'inclusion sociale en ce sens qu'elle cible notamment les consommateurs exclus des services bancaires et financiers traditionnels.

Paragraphe 3 : La médiation bancaire

Elle est prévue par la loi bancaire selon laquelle l'association professionnelle des banques et des établissements financiers doit créer un organe de médiation

bancaire chargé de l'examen des requêtes qui lui sont présentées par les clients.

Il reste que chaque banque ou établissement financier peut avoir, lui-même, un ou plusieurs médiateurs.

Le rôle du médiateur est de rapprocher les points de vue des parties en cas de différend et de leur proposer une solution.

La médiation n'a cependant pas lieu d'être si le litige a déjà été porté devant les tribunaux ou s'il fait l'objet d'un arbitrage (justice privée sachant que les parties peuvent dans ce cas choisir le droit applicable, la procédure et la langue dans laquelle la sentence sera rendue).

Chapitre 5 : Le régime disciplinaire des banques et des établissements financiers

En cas de manquement à leurs obligations prévues par la législation et la réglementation bancaires, les établissements en cause s'exposent à des sanctions.

1 – Le Gouverneur de la Banque Centrale peut prononcer deux types de sanctions pour des infractions relativement légères :

- L'avertissement ;
- Une amende dont le montant ne peut dépasser 15% du capital minimum de l'établissement.

2 – La commission des sanctions présidée par un magistrat et qui a la qualité d'organe juridictionnel, peut prononcer, en cas de fautes graves l'une des trois sanctions suivantes :

- Une amende qui ne peut excéder 25% du capital minimum de l'établissement
- L'interdiction temporaire d'effectuer certaines opérations
- Le retrait d'agrément

La commission des sanctions peut également révoquer de ses fonctions un commissaire aux comptes et lui interdire, à titre

provisoire ou définitif, d'exercer, auprès des banques et des établissements financiers et ce, notamment s'il a manqué à ses devoirs envers notamment la Banque centrale.

Il est à observer que les décisions de cette commission sont susceptibles de recours en annulation auprès du tribunal administratif.

- 3 – La loi bancaire prévoit les droits de la défense au bénéfice des établissements concernés : droit de rédiger un mémoire en défense, droit d'être convoqué aux fins d'audition, droit de se faire assister par un avocat.
- 4 – Les amendes susceptibles d'être infligées aux établissements bancaires ou financiers sont recouvrées au profit du trésor.

Titre II- : Les relations bancaires :

Les relations bancaires ont une double caractéristique. D'une part, elles représentent des relations contractuelles et d'autre part, elles s'appuient sur le client.

1- Notion de contrat

Depuis l'entrée en relation avec la banque jusqu'à cessation de cette relation soit par la volonté de l'une ou des deux parties soit à la survenance d'un événement empêchant la continuité de la relation, tels que le décès, la faillite ou la liquidation, les rapports entre le client

et la banque sont basés sur l'existence d'un contrat. L'ouverture du compte, le placement, le crédit et toute autre relation avec le client est des contrats. Ces contrats sont régis par les dispositions de droit commun et des dispositions spéciales. Par rapport au droit commun, le contrat entre la banque et le client doit réunir les conditions de fond requises pour la validité de tout autre type de contrat et qui sont en vertu de l'article 2 du code des obligations et des contrats :

- La capacité de qui correspond à l'âge de la majorité¹ et à l'émancipation² pour le cas des personnes physiques et qui implique l'intervention du représentant légal pour le cas des personnes morales .
- Le consentement sans équivoque des parties contractantes
- L'existence d'un objet licite et faisable
- L'existence d'une cause conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

¹L'âge de la majorité est fixé à 18 ans pour les personnes physiques de nationalité tunisienne et selon la loi du pays d'origine pour les ressortissants étrangers résidents en Tunisie.

²L'émancipation est attribuée aux mineurs âgés de 17 ans en vertu du mariage ou par décision du juge

Le contrat bancaire est, par ailleurs, soumis à des conditions particulières dont certaines sont prévues dans la loi bancaire et la législation commerciale et d'autres sont édictées dans le cadre des circulaires de la Banque Centrale.

S'agissant de contrats, les deux parties, en l'occurrence la banque et le client, doivent se conformer scrupuleusement aux conditions convenues et exécuter les engagements et les obligations qui leur sont imparties.

En cas de défaillance quelconque, la partie fautive s'expose à des responsabilités civiles pour manquement à une obligation contractuelle. Sa responsabilité consiste à dédommager l'autre partie en lui versant une indemnité en réparation du préjudice qui lui est occasionné. Le montant de l'indemnité est fixé par le juge sauf arrangement entre les parties. Pour le cas de la Banque, la violation d'une disposition contractuelle peut l'exposer, en outre, à des sanctions administratives pour faute professionnelle.

2 – Notion de client

A l'instar de toute autre activité commerciale, le client est le centre d'intérêt de l'activité bancaire en ce sens que toute stratégie, toute action et toute organisation sont conçues pour satisfaire le client et répondre à ses besoins . Mais pour le cas de la Banque, cette approche revêt quelques singularités sur les plans commercial et juridique.

Sur le plan commercial, la consécration de l'approche réside dans la qualité des services. Les banques étant, en effet, des sociétés de service, attachent une grande importance à la qualité des services qui leur permet de fidéliser les clients avec lesquels ils sont en relation et de recruter de nouveaux clients.

a) Particularité de la relation bancaire sur le plan juridique :

Sur le plan juridique, la particularité de l'approche réside dans le fait que la relation bancaire est une relation intuitu personae¹ d'où les trois conséquences suivantes :

¹ Relation intuitu personae est une relation qui tient compte de la personne nommément désignée tels que le contrat de travail, la sous-traitance, le contrat de mariage, la libre gérance

- **Obligation d'identification du client :**

La banque avant toute entrée en relation doit vérifier l'identité de son client, se renseigner sur son

activité et cerner ses revenus non seulement pour identifier ses besoins et lui proposer les produits qui correspondent à ses besoins mais aussi parce qu'il s'agit d'une obligation légale et réglementaire prévue dans le cadre de la loi sur l'anti-blanchiment . En vertu de cette loi, la banque doit définir un profil spécifique à chaque catégorie de clients, assurer le suivi minutieux des mouvements transactionnels sur le compte ouvert et dénoncer les opérations qu'il juge suspecte en l'occurrence les opérations qui laissent entrevoir un risque de tentative de blanchiment.

- **Le caractère discrétionnaire de l'entrée en relation**

Il se justifie notamment par le fait que la relation bancaire est d'essence une relation consensuelle qui est fondamentalement soumise au principe de la liberté contractuelle. Ainsi et à l'exception des comptes de dépôts de fonds, la banque peut accepter ou refuser l'entrée en relation en fonction de la qualité et de la situation de la personne qui

demande à être client de la banque et / ou à bénéficier de ses services et ce, à la différence de la plupart des autres activités commerciales ou le commerçant est dans l'obligation de conclure l'affaire avec le client, notamment lorsque le but de l'affaire est la vente d'un produit ou d'un équipement. Ainsi, le client ne peut pas exiger l'ouverture du compte, l'acceptation d'un dépôt même sans rémunération ou l'accès à un crédit bancaire.

▪ **La corrélation en fonction de la situation juridique**

En conséquence de ce qui précède, le maintien de la relation entre le client et la banque dépend, entre autres, de la situation juridique du client. Si celle-ci connaîtrait un changement quelconque suite à un événement majeur tels que le décès, l'incapacité ou la faillite, la relation prend systématiquement fin et ne peut être reprise ni par les héritiers ni par les ayants droit .

b- Les grandes catégories de clientèles :

Sur le plan commercial, la segmentation donne lieu à la distinction entre trois grandes catégories de clients : les particuliers, les professionnels et les entreprises. L'intérêt de cette segmentation consiste à définir des profils par catégorie de

clients et à identifier les besoins spécifiques Sur le plan juridique, le client de la banque est soit une personne physique soit une personne morale.

La personne physique doit être mûre et dotée de ses facultés de discernement. En cas d'incapacité liée à l'âge ou aux facultés mentales, la relation entre la banque et le client sera entachée de vice et pourra être annulée par le juge aux risques et péril de la Banque.

La personne morale peut être une société commerciale ou une association. Elle ne peut s'engager avec la banque que par le biais de son représentant légal qui doit être régulièrement désigné et doit disposer des pouvoirs nécessaires pour pouvoir représenter la personne morale vis-à-vis de la Banque.

Représentants légaux des personnes morales et étendues des
pouvoirs

Nature	Qualité	Origine	Etendue
Société anonyme	Président Directeur Général ou Directeur Général	Assemblée générale ↓ CA ↓ PDG/DG	Selon statuts ou décision des administrateurs
SARL – SUARL- Sociétés de personnes	Gérant Dans une SUARL, le gérant est toujours l'associé unique	Statuts et /ou Décision des associés	Etendue sauf restrictions dans les statuts (Sauf SUARL où les pouvoirs appartiennent toujours à l'associé unique
Association	Président ou Secrétaire Général	Assemblée générale ↓ Bureau ↓ Représentant	Selon statuts

Titre 3 : LES CONTRATS BANCAIRES

Les relations bancaires s'appuient sur le contrat et ce, aussi bien celles se rapportant à l'ouverture du compte que celles ayant trait aux demandes de crédit. Ces contrats sont pour la plupart réglementés dans le cadre de la législation commerciale qui prévoit essentiellement deux types de contrats bancaires :

- Les ouvertures de comptes (Chapitre I)
- Les opérations de crédit (Chapitre II)

Chapitre I – Les ouvertures de comptes

Dans ce chapitre, nous étudierons d'abord des généralités sur les comptes en banque, ensuite les règles concernant le compte de dépôt et enfin les règles concernant le compte courant.

Section 1 : Généralités

Paragraphe 1 – Notion de compte

Les opérations de banque peuvent être faites par caisse ou par compte.

☞ Elles sont faites par caisse lorsqu'elles sont effectuées isolément, c'est à dire qu'elles font l'objet d'un règlement immédiat en espèces. C'est le cas, par exemple, de l'encaissement d'un chèque directement aux guichets de la banque tirée.

☞ Les opérations de banque se font par compte lorsqu'elles se multiplient, se répètent et aboutissent à une permanence des relations entre la banque et son client. C'est le cas, par exemple, du commerçant qui remet régulièrement à son banquier des effets de commerce (chèques, billets à ordre, lettres de change...) pour les encaisser auprès de ses débiteurs ou pour les escompter, ou qui désigne le banquier pour régler les montants des effets de commerce ou des chèques dont il est débiteur.

Le compte en banque servirait alors de document comptable qui s'appuie sur des justificatifs sur lequel sont enregistrées les différentes opérations du client et du banquier.

Le compte peut être ainsi défini comme étant un tableau sur lequel sont inscrites les créances et les dettes réciproques du client et du banquier. Les créances du client sur la banque sont qualifiées de « **dépôts** » et celles de la banque sur le client sont désignées sous l'appellation de « **découvert** ».

Le compte doit dégager un solde.

Ce solde peut être :

☞ Soit créditeur

☞ Soit débiteur.

Au regard de la législation commerciale et comptable, le compte représente un extrait des livres comptables que tient la banque et partant, il fait foi des écritures qu'il dégage. Le solder à la date de son arrêté définitif en vertu de la clôture du compte constitue une créance exigible au profit de la Banque lorsqu'il est débiteur ou du client lorsqu'il est créditeur.

Paragraphe 2 : importance du dossier juridique

Le compte bancaire implique des opérations financières, des mouvements de capitaux, des crédits et des débits représentant à l'origine des dettes et des créances et ayant comme conséquences des obligations et des droits. De ce fait, le dossier juridique est d'une très grande importance pour les trois raisons suivantes :

- ☞ Il permet d'identifier le client, ses représentants et mandataires à travers des documents officiels et d'en cerner le profil à travers l'activité et le revenu (Copie de la pièce d'identité, documents constitutifs de la personne morale)
- ☞ Il comporte des documents qui sont utiles pour le fonctionnement du compte (spécimen de signature, pouvoirs du représentant légal ...)
- ☞ Il peut être utile en cas de contestation liée à la qualité juridique et à l'étendue des pouvoirs en ce sens que la banque peut s'en prévaloir en cas de litige et d'affaires judiciaires.

Pour ces différentes raisons, la banque doit veiller au moment de l'entrée en relation à la parfaite constitution du dossier juridique et en assurer un suivi attentif tout au long de la durée d'ouverture du compte.

Le dossier juridique comprend 3 types de documents :

- La demande d'ouverture de compte
- Le spécimen de signature
- Documents relatifs à la situation du titulaire du compte

⚙ La demande ou lettre d'ouverture de compte :

Ce document figure en principe dans chaque dossier juridique .Il exprime de façon écrite mais insuffisante l'existence de la convention d'ouverture de compte.

- ☞ Ecrite dans la mesure où la demande d'ouverture de compte fait constater l'ouverture de compte.
- ☞ Insuffisante car elle ne constitue pas une convention écrite. Dans la loi bancaire et la législation commerciale, la demande d'ouverture de compte n'est pas obligatoirement requise mais elle peut être utile pour prouver certains aspects relatifs à l'ouverture du compte et à son fonctionnement. En revanche, la loi exige l'établissement de la convention écrite lorsque l'ouverture se rapporte à un compte de dépôt de fonds.

⚙ Le carton de spécimen de signature :

Le carton de spécimen de signature n'est pas une exigence légale mais représente une obligation d'usage. L'apposition de la signature du titulaire du compte, de son représentant légal ou de son mandataire permet de la confronter avec celle qui figure sur les différents ordres de paiement (chèque, ordre de virement, pièce de retrait...) et de s'assurer de sa conformité avant d'exécuter l'opération de caisse. La banque qui ne procède à cette vérification préalable s'expose au risque d'annulation du paiement et à des dommages et intérêts lorsque le paiement effectué aura engendré un préjudice au titulaire du compte.

⚙ Les documents relatifs à la situation du titulaire du compte :

Les documents qui doivent être produits par le titulaire du compte au moment de l'ouverture du compte diffèrent selon les personnes et la nature de l'activité et qui se présentent globalement comme suit :

Particuliers et professionnels de libre pratique :

La Pièce d'identité : soit la CIN pour les personnes de nationalité tunisienne, la carte de séjour pour les résidents étrangers et la carte d'identité spécifique aux ressortissants de l'un des pays de l'UMA (maghrébins), la carte professionnelle pour les titulaires de professions libérales, attestation de travail pour les employés et les fonctionnaires de l'Etat

Les commerçants : En sus de la pièce d'identité, le commerçant doit fournir un certificat d'immatriculation au RC .

Les sociétés commerciales : Globalement, les documents exigés sont les statuts, l'extrait d'immatriculation au RC et les actes relatifs aux pouvoirs du représentant légal.

Les associations : En plus des statuts et du PV de nomination du représentant légal, il doit être produit le récépissé en vertu duquel l'association est autorisée à exercer son activité.

Section 2 : Le Compte de Dépôt

Le code de commerce définit le compte de dépôt comme étant le contrat qui rend la banque propriétaire des fonds déposés par une personne à charge pour la banque de les restituer.

Deux éléments caractérisent donc le compte de dépôt :

⚙ **La libre disposition des fonds par le banquier.**

Les fonds déposés par le client au compte de dépôt deviennent la propriété du banquier. Ayant acquis la propriété des fonds, le banquier peut les utiliser librement sans consulter au préalable le déposant. En effet, ces dépôts constituent pour le banquier des ressources qu'il peut utiliser dans son activité et notamment pour l'octroi de crédit.

⚙ **L'obligation pour le banquier de restituer les fonds.**

Le banquier doit restituer les fonds qui ont été déposés chez lui dans un compte de dépôt à la demande du titulaire. Toutefois, sauf stipulation contraire du contrat, le compte de dépôt de fonds est un compte à vue, c'est-à-dire que son titulaire a le droit de demander au banquier, *à tout moment*, de lui restituer une partie ou la totalité des fonds. Nous étudierons dans cette section les caractéristiques du compte de dépôt et certaines catégories de ce compte.

Paragraphe 1 : Caractéristiques du compte de dépôt :

Réglementé dans les articles 670 et suivants du code de commerce, le compte de dépôt de fonds est destiné à recevoir toute forme de dépôt effectué par le titulaire du compte. Il présente un certain nombre de caractéristiques sur le plan de la forme et sur le plan du fond. Sur le plan de la forme : le compte doit faire l'objet d'une convention écrite :

En règle générale, la loi n'exige pas l'établissement de la convention écrite pour la validité du compte bancaire. Dans la pratique, le seul écrit requis dans le cadre de l'ouverture du compte est la demande d'ouverture de compte qui n'a pas la valeur juridique d'un contrat mais qui peut être utile et qui peut servir de commencement de preuve par écrit en cas de litige sur l'existence du compte et les conditions de son fonctionnement.

La raison en est que le compte bancaire étant un contrat réglementé dans le cadre du code de commerce, il obéit aux principes et dispositions de la législation commerciale qui ne prévoit pas l'établissement de la convention écrite pour la validité des contrats commerciaux et des actes soumis à cette législation sauf prescription spéciale de la loi.

Mais depuis l'amendement de la législation sur les établissements de crédit entrepris en vertu de la loi n° 2006- 19 du 2 mai 2006, le compte de dépôt ouvert à des fins non professionnels doit faire l'objet d'une convention écrite dite convention de gestion

de compte de dépôt. Cette exigence est prévue dans l'article 31 ter (nouveau) ajouté à la loi sur les établissements de crédit qui prévoit, par ailleurs, que la convention doit comporter des clauses reproduisant les conditions minimales requises conformément à une circulaire émanant de la Banque Centrale de Tunisie.

Cette circulaire a été édictée le 1 octobre 2006 sous le numéro 2006-11 qui définit les conditions minimales, générales et particulières, que doit faire apparaître la convention de gestion du compte de dépôt. Les plus importantes à mentionner se rapportent aux services offerts par la banque et aux tarifs et au médiateur bancaire. Sur le plan du fond :

Sur le plan du fond, le compte présente les caractéristiques suivantes :

⚙ **Le compte dépôt de fonds ne comporte pas la faculté de découvert :**

Selon l'article 672 du code de commerce, le compte de dépôt de fonds ne comporte pas la faculté découverte. Il ne peut pas être débiteur. Le cas échéant, la banque qui a exécuté une ou plusieurs opérations ayant engendré un débit en compte doit sans délai réclamer au titulaire du compte sa régularisation.

⚙ **Le principe de l'indépendance des comptes :**

En cas de pluralité de comptes ouverts au nom d'une même personne auprès de la banque, chaque compte fonctionne indépendamment des autres.

La faculté d'ouverture de compte collectif :

Le compte de dépôt de fonds peut ouvert au nom de deux ou plusieurs personnes (compte collectif) sauf interdiction explicite de la loi ou de la Banque Centrale.

Dans l'hypothèse d'ouverture d'un compte collectif, le compte est censé fonctionner sous leur signature conjointe sauf stipulation contraire par laquelle il fonctionnera sous la signature séparée de chacun d'entre eux. Il implique à l'égard des co-titulaires du compte une solidarité active et passive .La solidarité active réside dans le fait que le solde figurant au crédit du compte est la propriété commune des co-titulaires. La solidarité passive réside dans le fait que le débit en compte leur est communément opposable.

En cas de décès de l'un des co-titulaires, la solution communément admise consiste en la clôture du compte et la liquidation du solde entre les héritiers et le co-titulaire du compte soit d'un commun accord entre eux soit par décision du juge compétent si les parties ne parviennent pas à un consensus.

Paragraphe 2 : Certaines catégories de compte de dépôt

Parmi les catégories de comptes de dépôt, il y a notamment :

a) Le compte chèque.

Comme son nom l'indique, ce compte comporte pour son titulaire la faculté d'émettre des chèques. Il s'agit de la variante la plus courante du compte de dépôt ouvert généralement au nom des salariés et des professionnels de libre pratique. Mais la banque et à la différence des autres catégories de comptes bancaires, ne peut pas refuser l'ouverture du compte au client qui le lui demande et ce, conformément à l'article 410 du code de commerce en vertu duquel « la Banque doit ouvrir le compte chèque à tout client qui lui le lui demande ». En revanche, elle n'est pas obligée de délivrer des formules de chèque à blanc (carnet de chèques) et ce, en application du même article précité.

b) Les comptes spéciaux d'épargne :

A côté des dispositions du code de commerce, le compte spécial d'épargne est régi par la circulaire BCT n° 2003-10 du 15 septembre 2003 qui prévoit que le compte épargne ne peut être ouvert qu'à des personnes physiques . Rien n'interdit ni en vertu de cette circulaire ni en vertu de la législation commerciale, l'ouverture d'un compte épargne collectif, au nom de deux ou plusieurs personnes physiques. Dans cette hypothèse, le compte fonctionnera sur la base du principe de la solidarité active et passive.

L'ouverture du compte spécial d'épargne implique la délivrance par la banque d'un livret ou d'une carte de retrait. Dans cette dernière hypothèse, la banque doit, adresser trimestriellement des relevés de compte au titulaire du compte. Le banquier ne doit pas délivrer au client un carnet de chèques.

Les opérations de dépôt et de retrait doivent être d'un montant minimal de 10 dinars par opération. Si à la suite d'une opération de retrait, le solde sera ramené à moins de dinars, la banque peut procéder à la clôture du compte.

Le compte spécial d'épargne donne lieu à une rémunération trimestrielle fixée librement sur la base du taux du marché monétaire.

La Clôture intervient systématiquement en cas de décès du titulaire du compte. Dans cette hypothèse, le décompte des intérêts se poursuit jusqu'à remise du solde exigible aux héritiers.

c) Autres catégories :

- Les comptes à terme et les comptes à préavis:

Les fonds déposés dans un compte à terme représentent des fonds confiés au banquier à charge pour ce dernier de les restituer à un moment déterminé. Les fonds déposés dans un compte à préavis représentent des fonds que le banquier doit restituer au déposant à l'expiration d'un préavis.

Dans les deux cas, le contrat peut stipuler que le déposant jouit de la faculté de retrait anticipé des fonds moyennant le paiement d'une pénalité.

Les comptes à terme et les comptes à préavis sont rémunérés.

- Les comptes étrangers :

Il s'agit des comptes en devises ou en dinars convertibles ouverts au nom des résidents et ou de non-résidents conformément aux conditions fixées par la réglementation des changes qui définit la notion de résidence et fixe les conditions d'ouverture et de fonctionnement de ces comptes.

Section 3 : Le Compte Courant

Le compte courant est un contrat par lequel le titulaire du compte et le banquier s'engagent à porter réciproquement en compte toutes leurs créances mutuelles.

La remise des créances mutuelles aboutit à un solde qui peut, selon les cas, être réclamé soit par le banquier, soit par le client.

Le solde résultant de cette réciprocité de remise est seul exigible. De cette définition, on peut dégager les caractéristiques du compte courant, à savoir :

- ☞ Les remises.
- ☞ La réciprocité des remises.
- ☞ L'enchevêtrement des remises

Paragraphe 1 : CARACTERISTIQUES du Compte courant

Les remises réciproques et enchevêtrées des créances du client et du banquier constituent l'élément matériel du contrat de compte courant.

Sous- Paragraphe 1 : Les remises

Par remise, on entend toute opération dont la valeur est exprimée en argent et faisant naître au profit du banquier ou du client une créance. Cette créance est enregistrée en compte.

Ainsi, constitue une remise :

- ☞ les dépôts de fonds chez le banquier par le client (dépôts).
- ☞ les avances faites par le banquier au client sous forme de découvert et de facilité de caisse.

a) La réciprocité des remises

Le compte courant suppose une réciprocité des remises de la part du banquier et du client. Autrement dit, il faut que chacun d'eux ait la qualité de *remettant* et celle de *récepteur*.

Si les remises ne sont effectuées que d'un seul côté de telle sorte que l'une des deux parties soit toujours créancière et l'autre débitrice, le compte ne peut pas constituer un compte courant. Cette réciprocité des remises doit être maintenue durant le fonctionnement du compte.

Les remises du client se réalisent, notamment, par la remise des effets de commerce pour encaissement. Les remises du banquier se réalisent, notamment, par les avances sur effets escomptés ou par les facilités de caisse accordées au client.

b) L'enchevêtrement des remises

L'enchevêtrement des remises signifie que ces dernières doivent être effectuées d'une manière alternative.

En effet, il faut que les remises présentent des alternances et que ce soit tantôt le banquier et tantôt le client qui les effectue réalisant ainsi un enchevêtrement des remises.

Il ne saurait y avoir véritablement de compte courant si pendant une période, un seul des parties effectue des remises et qu'après une longue période commencent les remises de l'autre partie.

Paragraphe 2 : Effets du compte courant

Le compte courant produit deux effets :

- ☞ La novation.
- ☞ L'absence d'exigibilité immédiate du solde provisoire avant la clôture du compte courant.

a) La novation

La novation veut dire que lorsque la créance entre en compte courant, elle perd ses caractéristiques pour ne laisser place qu'à un article de débit ou de crédit.

Dès son inscription au compte, la créance s'éteint avec toutes les sûretés qui y sont attachées (hypothèque, aval, nantissement...).

Lorsque la créance est remplacée par un article de compte, plusieurs conséquences en découlent :

- ⚙ **La créance prend la nature du compte.**

Ainsi, lorsque le titulaire du compte est commerçant, la créance revêt le caractère commercial. En revanche, la créance revêt le caractère civil si elle est remise par un agriculteur ou un fonctionnaire.

- ⚙ **Les intérêts de la créance cessent de courir puisqu'elle a été transformée en article de compte.**

En revanche, cet article de compte suit le régime de production des intérêts du compte.

- ⚙ **La prescription ne court plus à l'égard des créances entrées en compte.**

La prescription commence à courir à la clôture du compte.

b) L'absence d'exigibilité immédiate du solde provisoire

Le solde provisoire du compte représente une situation comptable arrêtée à un moment donné. Le solde provisoire n'est pas une dette exigible. Aucune partie ne peut réclamer ce solde avant la clôture du compte courant.

Paragraphe 3 : LA clôture du compte courant

La clôture du compte met fin au contrat conclu entre le banquier et le client. Elle traduit la résiliation de la relation entre les deux parties.

La clôture du compte courant est réglementée dans l'article 732 du code de commerce qui en définit les causes et les effets.

a) Causes de clôture du compte :

Elles sont de deux types :

- Clôture de plein droit :

Le compte est systématiquement clos en cas de décès, d'incapacité, de faillite ou de liquidation, de déconfiture ou d'arrivée du terme.

- Le décès :

Juridiquement, la preuve du décès découle d'un certificat de décès délivré par la municipalité ou d'un acte de notoriété après décès délivré par le tribunal cantonal territorialement compétent. Toutefois, lorsque le chargé de la relation au niveau de la Banque (chef d'agence, son adjoint, chargé de clientèle....) détient des informations dans ce sens, doit s'en assurer auprès des héritiers et ayants droit et en cas de confirmation, il procède à la clôture du compte.

- L'incapacité :

Elle découle d'un jugement d'interdiction prononcé par le tribunal compétent. La banque en tient compte dès lors où il lui est communiqué une copie de ce jugement ou elle est en est informée officiellement par qui de droit.

- La faillite :

Elle découle d'un jugement prononçant la faillite du commerçant ou de la société commerciale. Le commerçant est mis en faillite en cas de cessation de ses paiements qui peut être prouvée soit à travers un constat d'huissier de justice (PV de carence) soit à travers les états financiers. La cessation de paiement ne suffit pas pour présumer la faillite. Il faut qu'elle soit constatée par un jugement explicite. L'entreprise en cessation de paiement n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de mise en faillite est considérée en état de déconfiture qui est un cas de clôture du compte de plein droit.

- La liquidation :

Elle concerne les entreprises commerciales qui peuvent être mises en liquidation soit sur décision des associés (liquidation volontaire) soit par décision du tribunal (liquidation judiciaire). Dans les deux hypothèses, la preuve de la liquidation découle d'une publication dans le **Journal Officiel** de la **République Tunisienne** (JORT) et dans un quotidien.

- Arrivée du terme :

Hypothèse très rare dans la pratique, l'arrivée du terme désigne l'expiration de l'échéance du compte courant. Or dans la pratique, il est très rare que le compte soit assorti d'un délai.

a) Les effets de la clôture du compte

Ces effets sont de deux natures :

- Clôture comptable : Elle consiste en l'arrêt du cours des intérêts et l'arrêté d'un solde définitif. En effet, à partir de la date de la clôture, le compte ne produit plus des intérêts ni des commissions et autres agios. Le solde constaté à cette date sera figé et constituera le solde définitif.
- Clôture juridique : Elle consiste en le fait que toute opération sur le compte ne peut avoir lieu hormis celle qui consiste à mettre à la disposition du client, de ses mandataires ou ayants droit, le solde quand il est créditeur ou en la régularisation de la situation du compte en cas de solde débiteur.

Ce solde représente une créance exigible en faveur de la banque ou du client selon la position du solde, débitrice ou créditrice. Dans la première hypothèse, le montant y correspondant est exigible

par le client et dans le second cas, il l'est au profit de la Banque. Etant précisé que la banque ne peut réclamer le paiement qu'après la clôture du compte alors que le client peut à tout moment disposer du solde de son compte même s'il n'est pas clôturé sauf convention contraire entre les parties .

Chapitre II – Les contrats de prêt

L'opération de prêt est définie dans l'article 4 de la loi sur les établissements de crédit. Elle constitue à côté de la collecte des dépôts, une opération des plus importantes de l'activité bancaire et représente la raison d'être de l'établissement de crédit qualifié comme ainsi en raison de la place de la place de choix qu'elle occupe dans la politique et la stratégie des banques. La raison en est que le crédit procure à la banque l'essentiel des marges et des bénéfices. La raison en est, également, que la mission fondamentale de la banque est de concourir à l'activité économique à travers le financement des investissements et la subvention à la satisfaction des besoins financiers des entreprises et des ménages.

L'activité de crédit assurée par la banque est une activité professionnelle en ce sens qu'elle est accomplie à titre habituel et onéreux. De ce point de vue, la banque est qualifiée de bailleur de fonds.

Section I – Caractéristiques du prêt bancaire :

En vertu de la définition de l'opération de prêt avancée dans la loi sur les établissements de crédit, le contrat de prêt est un acte onéreux d'une durée déterminée ou indéterminée.

Paragraphe 1 – Le prêt est un acte onéreux :

En contrepartie de l'octroi du prêt, l'établissement de crédit a droit à une rémunération qui consiste dans les intérêts et les commissions. Cette rémunération est fixée selon les conditions fixées par les lois et les règlements. En ce qui concerne les intérêts, ils sont assis sur le taux du marché monétaire majoré d'une marge fixée librement par la banque. Pour ce qui concerne les commissions, elles doivent être homologuées par la Banque Centrale. Chaque établissement de crédit doit, en effet, informer la Banque Centrale des commissions pratiquées à son niveau aux opérations de crédit et aux autres opérations de banque et obtenir son approbation préalablement à leur application. En matière de crédit, ces commissions sont essentiellement :

- la commission d'engagement qui varie généralement entre 0,5 et 2% du montant du crédit non utilisé. Le but de cette commission est d'inciter l'emprunteur à utiliser le crédit mis en place.
- une commission de gestion qui est d'une même proportion et qui est prélevé directement sur le montant du crédit au moment de sa mise en place.
- une commission de remboursement anticipé qui est généralement de 1% à 2% et même plus sur la partie du crédit

remboursée par anticipation. Cette commission se justifie par le manque à gagner occasionné par le fait du remboursement anticipé. En effet, en vertu du remboursement anticipé, l'établissement de crédit ne peut pas exiger les intérêts correspondant à la période restant à courir.

- une commission d'engagement par signature perceptible sur les garanties bancaires et qui est en moyenne de 5% du montant de l'engagement perceptible annuellement.

Les autres commissions prélevées pour le compte du FNG et de la SOTUGAR ne font pas partie de la rémunération de l'établissement de crédit car ces commissions sont destinées à être versées à l'organisme gestionnaire du fonds de garantie dans le cadre de la sécurisation du risque en faveur de la banque.

L'ensemble des intérêts et des commissions formant la rémunération de la banque, constitue le Taux effectif global (TEG). En vertu de la loi du 15 juillet 1999, le TEG ne doit pas dépasser le tiers du taux effectif moyen pratiqué par les banques au cours du semestre précédent lequel taux est arrêté par le ministère des finances.

Paragraphe 2 – La durée du contrat de prêt :

Aussi bien dans le droit commun que dans la réglementation bancaire, l'emprunteur a l'obligation de rembourser le prêt à l'échéance convenue. A défaut d'échéance, il sera remboursé à la demande de l'établissement du crédit après dans un délai de préavis raisonnable.

▪ **Le remboursement du prêt assorti d'une échéance :**

Les prêts assortis d'une échéance sont généralement les crédits d'investissement, les crédits à la consommation et les crédits à court terme autorisés pour une échéance fixe (facilité de caisse, découvert mobilisé, crédit de campagne mobilisé ...). L'établissement de crédit ne peut pas réclamer le paiement avant l'échéance sauf dans les cas de déchéance du terme. Il y a déchéance du terme lorsque survient un événement menaçant les droits du prêteur tels que le décès, la faillite, la liquidation, , la dilapidation ou la dépréciation des garanties et en cas de faute contractuelle grave . Elle est de plein droit dans les cas de faillite ou de liquidation.

D'autre part ni la banque ni l'emprunteur ne peuvent exiger le remboursement anticipé sans l'accord de l'autre partie. Généralement c'est l'emprunteur qui propose le remboursement anticipé soit pour alléger la charge de la dette soit pour libérer ses capacités d'endettement et prétendre à de nouveaux concours. La banque n'est pas tenue d'accepter le remboursement anticipé si elle est de nature à lui occasionner des manques à gagner à moins qu'il ait été convenu autrement entre les parties.

▪ **Le remboursement du crédit non assorti d'échéance :**

Le crédit bancaire non assorti d'échéance correspond dans la majeure partie des cas à un solde débiteur qui découle d'un découvert, d'une facilité de caisse ou d'un dépassement en compte. La situation du solde débiteur diffère selon la catégorie du compte.

S'il s'agit d'un compte de dépôt de fonds, elle doit être régularisée conformément à l'article 672 du code de commerce. Aux termes de cet article, le compte de dépôt de fonds ne comporte pas la faculté de découvert. En cas de débit en compte, la banque doit inviter le client à régulariser la situation du compte. En cas de refus de sa part, la banque peut l'y contraindre par la voie judiciaire.

S'il s'agit d'un compte d'un compte courant, le solde débiteur ne se transforme en créance exigible qu'après clôture du compte dans les hypothèses et conditions prévues dans l'article 732 du code de commerce.

Section II – Les conventions de crédit

Le contrat de prêt se manifeste sous différentes formes. La forme la plus courante et la plus connue est la mise à disposition de fonds et des moyens de paiement. Mais il existe d'autres formes non moins importantes prévues dans la loi bancaire à savoir : l'engagement par signature, le crédit-bail et le factoring qui aux termes de l'article 4 de la loi sur les établissements de crédit sont assimilés à des opérations de prêt.

Paragraphe I – Les crédits mobilisés

Cette forme de prêt consiste en la remise en compte du montant du crédit accordé et à faire constater l'engagement par un effet financier ou un titre de crédit (cette opération s'appelle mobilisation du crédit).

Les crédits mobilisés sont globalement, les crédits d'investissement, certains types de crédit de gestion et les crédits aux particuliers.

Les crédits d'investissement sont les crédits à moyen et long terme qui consistent le plus souvent en l'acquisition d'équipements professionnels, l'acquisition, l'aménagement ou la construction d'immeubles.

Les crédits de gestion qui se manifestent par des remises en compte sont d'une façon générale, les crédits de campagne, les mobilisations de créances nées sur l'étranger, le financement de stocks.

Les crédits aux particuliers sont essentiellement les crédits immobiliers et les crédits à la consommation.

Paragraphe II – La convention d'escompte commerciale

L'escompte commercial dit aussi escompte professionnelle, est défini dans les articles 743 et suivants du code de commerce. Suivant ces dispositions, l'opération d'escompte consiste à accorder au client une avance sur un effet de commerce ou un titre à échéance moyennant une rémunération (commission d'escompte). Cependant, le chèque quoiqu' étant un effet de commerce n'est pas susceptible d'escompte car tout simplement il est payable à vue et n'est pas assorti d'une échéance.

Dans la pratique bancaire, l'escompte commercial concerne dans la totalité des cas ou presque les traites à courte durée qui est de 90 jours en règle générale.

La caractéristique fondamentale de la convention d'escompte est qu'à l'échéance, lorsque l'effet n'est pas payé, la banque peut choisir entre soit la contre-passation de son montant par débit du compte du client soit le maintien de l'effet en impayé.

En cas de contre-passation et par le fait de la novation, la créance résultant de l'effet perd sa nature propre et se transforme en un article de compte. La banque ne peut agir qu'à l'encontre de son client sur la base du solde débiteur.

A l'inverse et en cas de maintien de l'effet en impayé, la banque peut exercer des recours cambiales¹ sur la base de l'effet contre l'ensemble des signataires et des parties engagées.

Paragraphe III : Convention d'ouverture de crédit

Réglémentée dans les articles 705 et 706 du code de commerce, l'ouverture de crédit est la forme la plus courante du découvert et de la facilité de caisse. Elle peut correspondre à un dépassement en compte que la banque a pris l'habitude à consentir au client. Elle représente un crédit revolving en ce sens qu'elle se manifeste par des utilisations par débit de compte pour un montant déterminé.

En vertu de l'article 705 du code de commerce, l'ouverture de crédit est un accord par lequel la Banque met à la disposition du client des moyens de paiement à concurrence d'un montant déterminé. En d'autres termes, le bénéficiaire de l'ouverture de crédit est en droit d'émettre des ordres de paiement sur son compte dans la limite du montant de l'ouverture de crédit. Ces paiements s'exécuteront par débit de compte nonobstant la situation du compte

L'ouverture de crédit est d'une durée limitée (durée de l'autorisation) ou indéterminée. Lorsqu'elle est d'une durée indéterminée, la banque peut la révoquer après envoi au bénéficiaire d'un préavis dans un délai d'usage. L'ouverture de crédit prend fin à l'expiration de ce délai. Dans toutes les autres hypothèses, l'ouverture de crédit est révocable par la banque en cas de décès, de faillite, de liquidation du bénéficiaire, de dilapidation des garanties, de détournement de l'objet des facilités ou de faute contractuelle de sa part.

Paragraphe IV – L'engagement par signature (EPS)

L'engagement par signature est l'acte par lequel la banque garantit les obligations de son client vis-à-vis de ses propres créanciers. Les formes les plus courantes sont l'aval, la caution, la garantie à première demande et le crédit documentaire.

¹ Le recours cambiaire est celui qui est exercé par le porteur d'un effet de commerce contre les signataires et les co-obligés (tireur, tiré, endosseurs, donneur d'aval). Ces derniers sont solidairement responsables et tenus du paiement à l'égard du porteur. Les effets de commerce sont la traite, le billet et le chèque. Les dispositions qui leur sont applicables sont qualifiées de « droit cambiaire » qui implique particulièrement la solidarité cambiaire.

La caution bancaire est généralement délivrée par la banque pour garantir l'exécution par le client d'un marché conclu avec un organisme public ou une entreprise privée. En cas d'inexécution ou de manquement quelconque, le bénéficiaire pourra réclamer à la banque le versement du montant de la garantie. Celle-ci doit s'exécuter sans réserve ni restriction. Quant à la garantie à première demande, elle a les mêmes caractéristiques et effets que la caution bancaire sauf qu'elle s'attache à un engagement financier alors que la caution bancaire s'attache à un marché public ou privé.

Pour ce qui concerne le crédit documentaire, l'engagement de la banque consiste à garantir le paiement en faveur de l'exportateur étranger.

Ces différentes formes d'engagement par signature sont soumises aux mêmes règles et principes. Elles sont soumises à la perception d'une commission appelée « commission d'EPS ». Elles se transforment en créance lorsque la banque exécute sa garantie en effectuant le paiement qui lui est requis. En effet, après exécution du paiement, la banque peut se retourner contre le client pour le compte duquel elle a donné sa garantie soit en débitant le compte soit en exerçant un recours subrogatoire.

Paragraphe V – Le crédit –bail et le factoring

Le crédit –bail est un contrat par lequel la banque ou un établissement financier spécialisé (compagnie de leasing). L'opération consiste à donner en location au client un équipement, un véhicule ou un immeuble à usage professionnel pour un loyer déterminé et une durée précise. A l'expiration de cette durée, le

client choisit soit d'acheter le bien qui lui est donné en location pour sa valeur résiduelle. En cas d'acceptation, la propriété du bien lui sera acquise définitivement en vertu de la levée de l'option et en cas de refus, hypothèse très rare dans la pratique, le bien sera restitué à l'établissement bancaire ou financier.

Le factoring est l'acte par lequel une banque ou un établissement spécialisé procède au recouvrement d'une créance pour le compte du créancier. L'opération emporte pour le factor une rémunération fixée d'après la nature et le montant de la créance.

Deuxième Partie : Droit commercial

L'expression «droit commercial» est composée de deux mots «Droit» et «commercial». Pour savoir ce que signifie cette expression nous analyserons successivement le mot «Droit» et le mot «commerce».

▪ ***Qu'est-ce que le Droit ?***

" Le droit est l'ensemble des règles de conduite concernant les membres de la société étatique, règles générales et impersonnelles, gouvernant leur vie morale, économique, sociale et politique dont l'inobservation entraîne l'application de sanctions édictées et mises en œuvres par les agents de l'Etat »¹

Qu'est-ce que le Commerce ?

Du point de vue juridique le commerce comprend les opérations de production des richesses. L'industrie est donc considérée juridiquement comme une activité commerciale. Il comprend aussi, les opérations de circulation, de distribution et d'entremise. Après

avoir examiné le sens du mot «droit» et celui du mot «commercial», chacun à part, nous allons maintenant définir l'expression « droit commercial ».

Le droit commercial est le droit qui concerne le commerce c'est-à-dire qui régit les actes de production, de circulation, de distribution et d'entremise et que l'on appelle « *actes de commerce* ».

Le Droit commercial est aussi le droit qui régit les personnes qui accomplissent ces actes et que l'on appelle « *commerçants* ».Le Droit commercial peut donc être défini comme « *l'ensemble des règles juridiques applicables aux actes de commerce et aux commerçants* ».D'ailleurs, le Code de Commerce Tunisien s'applique, selon son *article 1^{er}*, « aux commerçants et aux actes de commerce ».

Chapitre Premier : Le commerçant et les sociétés de commerce

- ⚙ Le commerçant (mercanti) est avant tout une personne. Cette personne peut être un individu (personne physique) ou une société (personne morale).
- ⚙ Le commerçant est une personne qui exerce des actes de commerce.
- ⚙ Le commerçant est une personne qui fait de l'exercice des actes de commerce sa profession. On dit que l'exercice des actes de commerce est fait à *titre professionnel*.

- ⚙ Le commerçant est une personne qui exerce des actes de commerce à titre professionnel en son nom et pour son propre compte. Il y a donc trois éléments qui doivent exister pour qu'une personne ait la qualité de commerçant.

1- L'EXERCICE DES ACTES DE COMMERCE

Les actes qu'il faut prendre en considération et dont l'exercice est nécessaire pour pouvoir parler de commerçant sont les actes de commerce par nature : les actes de production, de spéculation, de circulation et d'entremise.

2- L'EXERCICE DES ACTES DE COMMERCE A TITRE PROFESSIONNEL

Cela veut dire que la personne fait de l'exercice de ces actes, sa profession. Pour pouvoir considérer que l'exercice des actes de commerce est fait à titre de profession, trois conditions doivent, en principe, être réunies :

¹ Boris stark Droit Civil. Introduction p.29.

Les actes de commerce par la forme ne confèrent pas, en principe, à leur auteur la qualité de commerçant. Ceci parce que ces actes sont toujours soumis au droit commercial quelque soit la personne qui les exerce et donc, l'exercice de ces actes n'est pas, en principe, rattaché à une profession.

- ☞ D'abord, ces actes doivent être *répétés* (c'est un élément objectif). L'exercice par une personne d'actes de commerce isolés ne constitue, donc, pas une profession. La profession comporte l'habitude, ce qui suppose la répétition des actes.
- ☞ Ensuite, la personne qui exerce ces actes doit avoir l'intention de se consacrer à une activité principale et habituelle et de se considérer comme un professionnel du commerce (c'est un élément subjectif ou psychologique).
- ☞ Enfin, l'exercice des actes de commerce doit être fait à titre principal. Une personne peut exercer en même temps des actes de commerce et une activité civile. Mais, il ne faut pas que les actes de commerce soient l'accessoire de l'activité civile.

3- L'EXERCICE DES ACTES DE COMMERCE EN SON NOM ET POUR SON PROPRE COMPTE

a) L'exercice des actes de commerce en son nom

Cela signifie que, par l'exercice des actes de commerce, le commerçant s'engage personnellement ; il engage son nom et non celui d'une autre personne, c'est-à-dire qu'il est *personnellement responsable* des actes de commerce qu'il accomplit.

b) L'exercice des actes de commerce pour son propre compte

Cela signifie que le commerçant exerce ces actes pour tirer lui-même le profit qui en découle. Mais, cela signifie aussi que le commerçant s'expose lui-même aux risques liés à l'exercice des actes de commerce (risque de perte). Pour conclure, on peut dire que le commerçant est une personne qui, juridiquement, n'est pas dépendante d'autres personnes dans l'exercice des actes de commerce :

- ☞ C'est son nom qui est engagé.
- ☞ C'est lui-même qui tire le profit
- ☞ C'est lui-même qui supporte le risque de perte. C'est pour cela que le commerçant est différent d'autres personnes.

Le commerçant est à titre d'exemple différent du *salarié*, parce que le salarié est lié juridiquement à l'employeur par un contrat de travail. C'est donc l'employeur et non pas le salarié qui est commerçant et ce, même si ce salarié exerce des actes de commerce.

Section 1^{ère} : Personne physique exerçant le commerce

L'exercice de l'activité commerciale par les personnes physiques est subordonné à l'existence de la capacité requise et l'obtention des autorisations nécessaires.

Paragraphe I : Capacité d'exercice et autorisations spéciales

Les personnes capables d'exercer le commerce c'est-à-dire qui ont la capacité commerciale sont, en principe, celles qui ont la *capacité de s'obliger* conformément aux règles du droit civil. La capacité de s'obliger est attribuée, en principe, à toute personne majeure, c'est-à-dire à toute personne âgée de 20 ans au moins. C'est donc une question d'âge. Mais, parfois avant même l'âge de 20 ans, certaines personnes vont, pour des raisons particulières, pouvoir exercer ⁷¹le commerce.

- ☞ C'est le cas du mineur âgé de 18 ans et qui a obtenu l'émancipation absolue. L'émancipation est accordée par le juge.
- ☞ C'est le cas aussi du mineur marié et qui a dépassé l'âge de 17 ans .En principe, tout genre de commerce peut être librement exercé sans que des conditions soient exigées. C'est la règle générale.
- ☞ Mais il y' a quelques exceptions telles que notamment la carte de commerçant pour les étrangers ou des autorisations spéciales pour l'exercice de certaines activités telles que les débits de tabac et de boissons alcoolisées,

Paragraphe II – Les obligations commerçant :

Parce qu'il exerce une activité spécifique (l'activité commerciale), un commerçant doit accomplir certaines obligations. Ces obligations sont essentiellement au nombre de deux :

1^{er} - UN COMMERÇANT DOIT S'IMMATRICULER AU REGISTRE DE COMMERCE

L'obligation de s'immatriculer au registre de commerce signifie que le commerçant doit inscrire sur ce registre certaines informations liées à sa personne même et à l'activité qu'il exerce.

1- *Qu'est-ce qu'un registre de commerce ?*

C'est un registre où sont inscrites des informations sur les commerçants. Le registre de commerce est composé :

- ☞ De *registres locaux* tenus par les greffes des tribunaux de première instance.
- ☞ D'un *registre central* tenu par l'Institut National de la Normalisation et de la Propriété Industrielle à Tunis (*I.N.N.O.R.P.I.*).

2EME : UN COMMERÇANT DOIT AVOIR UNE COMPTABILITE COMMERCIALE

Le commerçant (personne physique ou morale) doit, en principe, avoir une comptabilité commerciale.

Cette comptabilité doit être tenue selon les règles fixées par la loi concernant les documents comptables, l'enregistrement des opérations, les pièces à l'appui etc....Ainsi, les commerçants doivent enregistrer leurs opérations sur des livres comptables qui comportent :

- ☞ Un journal général.
- ☞ Un grand livre.
- ☞ Un livre d'inventaire.

Les commerçants sont tenus aussi d'établir une balance au moins une fois par exercice. Le journal général et le livre d'inventaire doivent être cotés et paraphés au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le siège de l'entreprise ou par toute autorité compétente prévue par la loi.

Les livres comptables doivent être établis sans blanc ni altération d'aucune sorte. La comptabilité d'un commerçant peut servir comme moyen de preuve *au profit* ou *contre* ce commerçant lorsque celui-ci est en

Confit avec un autre commerçant a propos d'opérations commerciales.

Section II : Les sociétés commerciales

Economiquement, la société commerciale est définie comme étant une entreprise économique promue par plusieurs personnes physiques et /ou morales. En droit la définition est encore plus précise. La société commerciale est contrat par lequel une ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun leur mise en vue de la réalisation d'un bénéfice ou de tirer profit d'une activité économique. Cette définition qui est pratiquement la même en droit commun (code des obligations et des contrats) et dans le code des sociétés commerciales, fait apparaître les éléments essentiels de la société qui sont :

1. Le fait que la société soit un contrat. En effet, la société voit le jour avec la volonté de ses fondateurs et promoteurs qui ne sont autres que ses associés au moment de la création de la société. *Pendant son existence, la société peut connaître le départ de certains associés et l'arrivée d'autres associés. Les premiers se désengagent de leurs participations au profit d'autres par la voie de cession et de donation. Les seconds se joignent à la société par voie d'acquisition ou de souscription à une augmentation de capital et ce faisant, ils adhèrent à la société, ses principes et ses conditions.*

2. De ce fait, la société est bel et bien un contrat puisque le contrat est un acte consensuel qui se constitue par la rencontre de la volonté de deux ou plusieurs personnes. Il s'agit d'un acte consensuel au moment de la création de la société et d'un acte d'adhésion lors de son fonctionnement.
3. Le fait que la société soit contractée entre deux ou plusieurs personnes. Mais cette règle n'est pas absolue. La société ne peut pas être contractée entre le tuteur légal et l'incapable. En ce qui concerne la société anonyme, les actionnaires doivent être au moins au nombre de Sept et pour ce qui concerne la société Unipersonnelle à responsabilité limitée, il n'existe qu'un seul et unique associé.
4. La mise en commun des mises. Il s'agit de la participation de chacun des associés exprimée différemment et matérialisées sous plusieurs formes. La participation peut provenir d'une somme d'argent (apport en numéraire) ou d'un bien meuble ou immeuble (apport en nature) comme elle peut correspondre à un apport personnel consistant en un savoir-faire, savoir technologique ou similaire (apport en industrie) . Le cumul des apports à l'exception de celui en industrie forme le capital de la société.

5. le but de la société est la réalisation d'un bénéfice (dividendes) ou d'un profit économique qui diffère selon les motivations et les mobiles tels que la compression des charges, le renforcement des capacités compétitives, réalisation d'une économie d'échelle Une société dont les membres et les associés n'ont pareils objectifs (réalisation d'un bénéfice ou d'un profit économique) est considérée une société sans cause.

Tels sont globalement les éléments de base de la société commerciale qui pour être valable doit satisfaire à des conditions de fond et de forme (Paragraphe 1) et doit adopter une forme spécifique.

Paragraphe 1 – Les conditions de constitution de la société

La société pour qu'elle puisse avoir une existence régulière doit réunir les conditions de fond et de forme requises par la législation.

1- Conditions de fond :

Sur le plan du fond ces conditions se dégagent de la définition de la société telle que formulée dans le code des sociétés commerciales il s'agit des éléments suivants :

a) Le capital social : Juridiquement, la définition du capital social diffère de celle qui est admise dans selon les autres domaines.

Dans le domaine financier, le capital social représente l'une des plus importantes composantes des fonds propres nets de l'entreprise (capital financier) . Plus il est important, plus la société gagne la confiance de ses partenaires et clients.

Dans le domaine économique, la notion de capital désigne les moyens de production puisque, en termes d'immobilisation, le capital sert à procurer à l'entreprise les équipements et les biens nécessaires à l'exercice de son activité.

Mais sur le plan juridique et en vertu de l'article du code des sociétés commercial le capital constitue le gage des créanciersen ce sens qu'il traduit l'existence d'un patrimoine sur lequel les créanciers peuvent pratiquer toute sorte de saisie dans le cadre du recouvrement de leur créance .

Les associés, membres de la société, sont eux aussi des créanciers (créanciers sociaux) puisqu'ils apportent à la société des fonds et des apports pour le financement de l'activité économique. En tant que tels et au terme de la vie de la société, ils peuvent

prétendre à la récupération de l'équivalent de leurs apports ou ce qu'il en reste après, bien évidemment, désintéressement des autres créanciers de la société.

La somme des apports, en numéraire et en industrie, forme le capital de la société. Ce capital est divisé en titres de participation à part égale répartis entre les associés, chacun à concurrence de sa participation. Dans les sociétés de personne, les titres de participation sont désignés sous l'appellation « Parts -d'intérêts ». Dans les SARL et SUARL, ils constituent « Parts sociales » et dans les SA, ils constituent des actions.

b) la cause et l'objet de la société :

- La cause :

La cause de la société est le mobile pour lequel les fondateurs et promoteurs ont formé la société et les associés y ont souscrit. Objectivement, la cause peut être soit la réalisation des bénéfices soit le fait d'en tirer un profit économique. Les bénéfices sont tributaires des résultats que réalise la société et sont réparties entre les associés proportionnellement à leur participation dans la société.

A défaut d'excédents, l'entreprise enregistrant des pertes ne peut pas distribuer des bénéfices. La cause de la société peut être aussi un profit économique tel que la compression des charges, le renforcement des capacités concurrentielles ou la réalisation d'une économie d'échelle. Mais elle ne peut pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ainsi, la société ne peut pas être créée pour déjouer les règles de la concurrence ou favoriser des pratiques déloyales.

▪ ***L'objet :***

L'objet de la société doit être la réalisation d'une activité commerciale saine et reconnue. Toutefois, la société à responsabilité limitée, la société unilatérale à responsabilité limitée et la société anonyme ont le caractère de société commerciale nonobstant l'objet de leur activité. Ainsi, une clinique érigée sous la forme d'une société anonyme ou d'une SARL est considérée comme étant une société commerciale bien que l'activité médicale ne soit pas un acte de commerce au sens du code de commerce.

2- Conditions de forme :

Sur le plan de la forme, la société commerciale doit être constatée par écrit et doit faire l'objet des publications légales. A

défaut de respect de ces formalités, la société n'a aucune existence juridique et est simplement considérée société de fait.

a) L'écrit :

Le contrat de société doit être constaté par écrit qui est une condition de forme substantielle. Il s'agit, en l'occurrence, des statuts de la société qui aux termes de l'article 9 du code des sociétés commerciales doivent comporter un certain nombre de mentions obligatoires qui sont :

▪ **La forme :**

Il existe 4 catégories de sociétés commerciales :

- Les sociétés de personnes qui sont des sociétés où les associés se choisissent mutuellement et ont une responsabilité solidaire et indéfinie vis-à-vis des créanciers de la société. Pour être valables, ces sociétés doivent avoir pour objet l'accomplissement d'actes de commerce au sens des articles 1 & 2 du code de commerce

- Les sociétés à responsabilités limitée qui ont les mêmes spécificités ou presque que les sociétés de personnes en ce qui concerne les relations entre associés mais vis-à-vis des tiers et des créanciers de la société, ces derniers ont une responsabilité limitée.
- Les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée qui se composent d'un associé unique et qui sont soumises pratiquement aux mêmes dispositions que la société à responsabilité limitée.
- Les sociétés par actions - notamment la société anonyme- dont la responsabilité des actionnaires est limitée comme dans les sociétés à responsabilité limitée mais dont les titres de participation sont librement négociables.

▪ ***La durée :***

La société doit être d'une durée maximale de 99 ans renouvelable par la volonté des associés.

▪ ***La dénomination ou la raison sociale***

- ***Le siège de la société*** qui est son domicile officiel de la société et qui pour être soumise au droit tunisien, elle doit avoir son

siège en Tunisie. En vertu de l'article 10 du code des sociétés commerciales, le siège social est le lieu du principal établissement dans lequel se trouve l'administration effective de la société.

- ***L'objet de l'activité qui doit être licite en liaison avec une activité économique conforme à l'ordre public.***
- ***Le capital social***

D'autres mentions spécifiques sont obligatoirement requises pour les SARL et SUARL (article 96 du code des sociétés commerciales) pour les sociétés anonymes (article 164 du même code). A côté de ces mentions obligatoires, les statuts peuvent comprendre d'autres mentions en rapport avec le fonctionnement de la société, son organisation et sa gestion. Ces mentions ne doivent pas être contraires à la loi.

b) La publicité de la société :

En vertu des articles 14 et suivants du code des sociétés commerciales, la société au moment de sa constitution doit faire l'objet des mesures de publicité suivantes :

- Immatriculation du Registre de commerce
- Insertions journalistiques

- ***Immatriculation au Registre de commerce***

Cette formalité s'impose non seulement parce que la société a la qualité de commerçant et qu'en tant que tel, elle est soumise aux obligations prescrites à tout commerçant mais aussi parce que l'immatriculation au Registre de commerce constitue, au sens de l'article 4 du code des sociétés commerciales, donne naissance à la personne morale. De surcroît, elle correspond à la constitution définitive de la société.

- ***Insertions journalistiques :***

A côté de l'immatriculation au registre de commerce, la société commerciale doit faire l'objet d'une publication au JORT et dans deux quotidiens dont l'un en langue arabe. Cette publication porte sur les éléments essentiels de la société permettant de l'identifier et d'être édifié sur la nature de l'activité et son étendue. Cette insertion constitue un moyen de publicité efficace permettant de faire porter à la connaissance des tiers la création de la société et son objet.

L'immatriculation de la société au registre de commerce et l'insertion journalistique sont des mesures de publicité absolument nécessaires pour la validité de la constitution de la société.

Paragraphe II – Les différentes formes de sociétés

Il existe quatre formes de sociétés :

- Les sociétés de personnes
- La Société à responsabilité limitée
- La société Unipersonnelle à responsabilité limitée
- Les sociétés par actions

La première catégorie de sociétés doit obligatoirement avoir pour objet l'accomplissement d'actes de commerce. Les autres catégories de sociétés ont la forme commerciale nonobstant l'objet de leurs activités.

a) Les sociétés de personnes

Très rare dans la pratique, se comptant pratiquement sur le bout des doigts, la société de personnes est une société constituée sur la base de l'intuitu personae et implique à l'égard de ses membres une responsabilité solidaire et indéfinie.

Les associés se choisissent et toute personne étrangère ne peut faire son entrée à la société qu'avec l'accord unanime de tous les associés. En cas de décès, d'incapacité ou de faillite de l'un des associés, la société doit être dissoute sauf accord unanime des associés à la maintenir.

Ces derniers quelle que soit leur participation à la société est solidairement tenue du paiement des dettes sociales en ce sens que les créanciers peuvent se retourner contre leur patrimoine personnel en cas de défaillance de la société.

b) La société à responsabilité limitée :

La SARL emprunte certaines caractéristiques des sociétés de personnes et certaines autres caractéristiques des sociétés de

capitaux. La SARL se rapproche d'abord, des sociétés de personnes. En effet, on retrouve dans cette société une certaine considération de la personnalité des associés. L'une des manifestations de cet élément est que les parts sociales de la SARL ne sont pas librement cessibles.

Les SARL sont en principe, constituées entre des personnes qui se connaissent (se sont généralement des sociétés familiales). Cette société se rapproche ensuite, des sociétés de capitaux puisque la responsabilité des associés est limitée à leurs apports et les associés n'ont pas personnellement la qualité de commerçant. Comme la S.A, la S.A.R.L est toujours commerciale quel que soit son objet. C'est une société commerciale par la forme.

c) La société unipersonnelle à responsabilité limitée :

La société unipersonnelle à responsabilité limitée (S.U.A.R.L) est une variété de la société à responsabilité limitée, soumise au régime juridique applicable à cette catégorie, sous réserve de certaines particularités. La S.U.A.R.L. est une société commerciale par la forme, constituée par un seul associé appelée « associé unique ». L'introduction de cette forme particulière de société présente un avantage majeur. Ainsi, une seule personne peut exercer individuellement, dans le cadre d'une société, une activité tout en limitant sa responsabilité aux seuls apports qu'il affecte à son exploitation.

d) La Société anonyme

La société anonyme est une société dépourvue de raison sociale, constituée entre sept personnes au moins qui souscrivent des actions et qui ne sont tenus du passif social que jusqu'à concurrence de leurs mises de fonds.

Cette société appartient à la catégorie des sociétés de capitaux. La S.A est même le modèle des sociétés de capitaux.

Société de capitaux, la S.A n'est pas donc formée en considération de la personne des associés. En effet, ce qui est important dans cette société ce n'est pas, en principe, la personnalité des associés, mais plutôt les capitaux apportés par eux à la société.

La S.A revêt une grande importance dans l'économie puisqu'elle permet plus que d'autres le rassemblement des capitaux importants. Les grandes entreprises telles que les banques, les compagnies d'assurances, les compagnies de transport terrestres et maritimes sont, en effet, constituées sous cette forme.

Chapitre II – Le fonds de commerce

Le fonds de commerce est un bien meuble composé d'éléments corporels et incorporels servant à l'exercice d'une activité commerciale.

Section I – Définition et nature juridique

Dans la loi, le fonds de commerce est défini par rapport à sa composition. En vertu de l'article 189 du code de commerce, le fonds de commerce est l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice de l'activité. La liste de ces biens n'étant pas exhaustivement fixée dans cet article, tout bien peut faire partie du fonds de commerce dès lors où il sert à l'exploitation de l'activité.

Paragraphe I : Le fonds de commerce est une propriété commerciale

Nonobstant sa composition, le fonds de commerce est un bien mobilier soumis au régime juridique des biens meubles. Il est susceptible d'appropriation. S'agissant d'un bien et d'une propriété, le fonds de commerce peut faire l'objet de vente et d'achat, de location et de nantissement.

Le fonds de commerce est par ailleurs une propriété qui s'attache à une exploitation commerciale. Cependant, il s'agit d'une propriété commerciale en ce sens que seul le commerçant peut

prétendre à la propriété du fonds de commerce. Ainsi, les agriculteurs, les artisans et les titulaires de profession libérale ne peuvent pas prétendre à la propriété du fonds de commerce .A l'inverse, les commerçants et les sociétés commerciales peuvent s'en prévaloir.

L'article 189 du code de commerce, fournit quelques indications sur la consistance des éléments faisant partie du fonds de commerce. Il s'agit des éléments suivants :

- Eléments corporels à savoir le matériel, l'outillage, les marchandises
- Eléments incorporels à savoir la clientèle et l'achalandage, le droit au bail, les brevets, les marques de fabrique , droit de propriété littéraire et artistique .

La clientèle et l'achalandage constitue l'élément le plus important du fonds de commerce puisque le but du fonds de commerce est l'exercice de l'activité commerciale qui repose sur les relations avec la clientèle. A ce titre, la clientèle et l'achalandage représentent un élément obligatoire que doit comprendre le fonds de commerce.

La clientèle est les personnes qui sont en relation permanente ou occasionnelle avec le commerçant au titre de ses activités et services. L'achalandage est constitué de la clientèle potentielle susceptible d'entrer en relation permanente ou occasionnelle avec le commerçant.

En conséquence, toute opération sur le fonds de commerce et tout contrat n'est valable que s'il inclut dans son objet la clientèle et l'achalandage.

Paragraphe II – Fonds de commerce et local commercial

Le fonds de commerce et le local dans lequel s'exerce le commerce sont deux propriétés distinctes de par leur nature juridique et leur origine.

De par leur nature juridique, le fonds de commerce est un bien meuble alors que le local commercial est un bien immeuble. Ils sont donc soumis à des régimes juridiques différents. L'immeuble est susceptible d'immatriculation à la Conservation de la propriété

foncière. Le fonds de commerce est susceptible d'inscription sur le registre de commerce.

Quant à leur origine, le local commercial s'acquiert par l'achat, l'héritage, la donation alors que le fonds de commerce prend naissance en vertu d'une exploitation continue pendant une durée suffisante pour . Si bien que le propriétaire du fonds de commerce qui est le commerçant, n'est pas forcément le propriétaire du local qui peut en être le bailleur sans plus. En outre, on peut envisager l'existence du fonds de commerce sans local commercial et le cas de figure le plus cité dans ce cadre et le commerce à distance, par la voie d'Internet.

Dans la pratique, l'hypothèse la plus courante est l'exploitation du fonds de commerce à titre de location. Dans cette hypothèse, le commerçant au bout de deux ans d'exploitation continue acquiert la propriété d'un droit spécifique faisant partie intégrante du fonds de commerce à savoir : le droit au bail. En vertu du droit au bail, le propriétaire des murs ne peut pas résilier la location quel que soit le terme établi sous peine de condamnation à une indemnité compensatoire dite « indemnité d'éviction.

Section II : Les principaux contrats portant sur le fonds de commerce

Un commerçant propriétaire d'un fonds de commerce peut effectuer certaines opérations juridiques sur son fonds :

👉 Il peut le vendre

👉 Il peut l'apporter en société

👉 Il peut le donner en nantissement

👉 Il peut le donner en location – gérance

Paragraphe I – La vente du fonds de commerce

Tout commerçant propriétaire d'un fonds de commerce peut vendre son fonds. Mais, pour vendre un fonds de commerce, certaines conditions doivent être respectées. Une fois réalisée, cette vente va produire des effets. Nous examinerons successivement les

conditions de vente du fonds de commerce et les effets de cette vente.

1- Quelles sont les conditions de vente du fonds du commerce ?

La vente du fonds de commerce obéit à des conditions de fond et à des conditions de forme.

a- les conditions de fond

Le contrat de vente du fonds de commerce doit, comme tout autre contrat, obéir aux conditions générales de validité des contrats. Il faut que le *consentement (l'accord)* des parties existe et que ce consentement ne soit pas entaché de *vices (de défauts)*. Il faut que les deux parties soient *capables de s'obliger*. Il faut que le prix soit *déterminé* dans le contrat ou *déterminable* à partir de certains éléments dans le contrat lui-même. Pour ce qui concerne les éléments sur lesquels la vente peut porter, il faut préciser qu'il n'est pas nécessaire que la vente porte sur tous les éléments examinés.

L'existence de certains éléments suffit. Mais, la vente doit porter obligatoirement sur la clientèle et l'achalandage.

b- Les conditions de forme

La vente du fonds de commerce doit être faite par écrit. L'établissement d'un contrat écrit est donc nécessaire. Ce contrat doit comporter obligatoirement certaines indications que la loi a citées. En principe, si l'une de ses conditions n'est pas respectée, la vente est nulle c'est-à-dire qu'elle est considérée comme si elle n'a jamais existé. La nullité est décidée par le juge.

2- Quels sont les effets de la vente du fonds de commerce ?

La vente du fonds de commerce entraîne des effets à l'égard de l'acheteur, du vendeur et des créanciers du vendeur.

a- Les effets de la vente à l'égard de l'acheteur

- ⚙ la vente du fonds de commerce entraîne des droits au profit de l'acheteur comme, par exemple, le droit de prendre possession du fonds de commerce.
- ⚙ La vente du fonds de commerce entraîne aussi des obligations à la charge de l'acheteur.

Il s'agit surtout des deux obligations suivantes :

- comme tout autre acheteur, l'acheteur du fonds de commerce doit payer le prix. Mais, en matière de fonds de commerce, le prix ne doit être payé qu'après l'écoulement d'un délai de 20 jours à partir de la date de la publicité du contrat de vente faite par l'acheteur. Ce délai de 20 jours est prévu par le Code de Commerce pour permettre aux créanciers du vendeur de faire opposition au paiement du prix entre les mains de l'acheteur.
- L'acheteur qui verse le prix au vendeur avant l'expiration de ce délai ou en dépit des oppositions faites par les créanciers du vendeur ne sera pas libéré à l'égard de ces derniers.

PARAGRAPHE II - LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

Le nantissement du fonds de commerce est un contrat conclu entre un commerçant débiteur et son créancier par lequel le commerçant affecte le fonds de commerce lui appartenant en garantie de remboursement de la créance. Pour être valable au regard de la loi, le nantissement du fonds de commerce doit remplir certaines conditions. Mais, une fois le nantissement est fait, des effets vont en découler aussi bien pour le propriétaire (le débiteur) que pour les créanciers.

1- QUELLES SONT LES CONDITIONS DU NANTISSEMENT ?

Il y' a plusieurs conditions :

- ⚙ Le nantissement du fonds de commerce doit être fait par écrit (c'est un contrat écrit).
- ⚙ Le nantissement du fonds de commerce doit être publié. Cette publicité se fait par une inscription du nantissement sur un registre tenu au greffe du tribunal de première instance.
- ⚙ Le contrat de nantissement du fonds de commerce doit préciser les éléments du fonds concernés par le nantissement.

Nous avons vu que le fonds de commerce comporte plusieurs éléments. Mais, il n'est pas nécessaire que le nantissement porte sur tous ces éléments.

Le créancier et le débiteur sont donc libres de déterminer les éléments concernés par le nantissement. Mais, en réalité, cette liberté n'est pas totale car d'après la loi :

- 👉 il y' a des éléments qui doivent obligatoirement être concernés par le nantissement comme, par exemple, la clientèle et l'achalandage.
- 👉 il y' a d'autres éléments qui ne doivent jamais être concernés par le nantissement comme par exemple les marchandises. Le

choix des parties des éléments entrant dans le nantissement doit donc être fait avec respect des limites que la loi a prévues.

2- Quels sont les effets du nantissement ?

Le nantissement du fonds de commerce est conçu pour protéger les créanciers, c'est-à-dire pour leur garantir le paiement. Donc, le nantissement du fonds de commerce entraîne des droits pour les créanciers. Lorsqu'ils ne sont pas payés à la date convenue, les créanciers peuvent :

👉 saisir le fonds de commerce,

👉 le faire vendre aux enchères publiques et se faire payer sur son prix.
