F E U I L L E S R A P I D E S D E D R O I T D E S A F F A I R E S

N° 132 **Février 2006**

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Baux commerciaux :

Un bailleur peut-il interdire la cession du bail ? L'article 33 de la loi n° 77-37 du 25 mai 1977 qui réglemente le régime des baux commerciaux, déclare comme nulle toute clause qui viserait à interdire au locataire de céder son bail. Néanmoins, il n'est pas interdit au bailleur d'imposer certaines formalité ou d'imposer une procédure d'agrément. La cession est autorisée, mais elle n'est pas libre. **P. 4**

Effets de complaisance :

Sanction des effets de complaisance dans les transactions commerciales Quelles sont les conséquences civiles et pénales des effets de complaisance ? **P. 4**

Fiscalité de l'entreprise

Avance sur les produits de consommation importés :

Imputation de l'avance sur les produits de consommation importés L'avance de 10% sur les produits de consommation importées est-elle déductible en cas de résultat déficitaire de l'entreprise ? **P. 5**

Contrôles fiscaux :

I. La vérification de comptabilité Réagir face à une vérification fiscale de comptabilité. **P. 6**

II. Droit de visite : Etendue et limites du droit de visite dans les locaux professionnels Les agants de l'administration fiscale ne peuvent, lorsqu'ils procèdent à une visite, saisir et emporter les documents comptables du

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

contribuables. **P. 7**

Conservation des documents comptables

Délai de conservation des pièces comptables et prescription — Il est de l'intérêt des entreprises de conserver pratiquement sans limitation de durée leurs documents comptables bien au-delà du délai de 10 ans. **P. 7**

Droit de communication :

Etendue et limites du droit de communication auprès des établissements bancaires — Comment l'administration fiscale peut-elle obtenir, dans le cadre de son droit de communication, le solde ou le montant des comptes bancaires d'une personne morale ? **P. 8**

Droits d'enregistrement et de timbre :

La restitution des droits d'enregistrement — Les conditions légales de restitution des droits d'enregistrement dus sur les ventes de biens immobiliers sont de stricte application. **P. 8**

Obligations fiscales :

Obligation de tenue de comptabilité : Extension du champ d'application de l'obligation de tenue d'une comptabilité conforme au système comptable des entreprises. — Toutes les personnes physiques ou morales, soumises au régime réel d'imposition, sont désormais soumises à la tenue d'une comptabilité conforme au système comptable des entreprises. **P. 10**

Taxe sur la valeur ajoutée :

I. Assiette de la taxe sur la valeur ajoutée : Les réductions de prix — Lorsqu'une entreprise consent une remise sur le prix du bien vendu, ce montant peut-il être déduit de la base d'imposition de la taxe sur la valeur ajoutée ? **P. 10**

II. Déduction de la TVA : Naissance du droit à déduction — Peut-on récupérer la taxe sur la valeur ajoutée immédiatement après le paiement d'un acompte ? **P. 11**

Obligations sociales de l'entreprise

Contrat de travail :

Modification des horaires de travail — L'employeur peut-il modifier les horaires de travail ? **P. 11**

Licenciement :

I. Licenciement économique : Priorité de réembauchage : Durée et conditions d'application — Combien dure la priorité de réembauchage d'un salarié licencié économique ? **P. 12**

II. Le licenciement pour une cause réelle et sérieuse — Que signifie "cause réelle et sérieuse" en matière de licenciement ? **P. 12**

Période d'essai :

La distinction entre la période d'essai et l'essai professionnel — Ne pas confondre essai professionnel et période d'essai. **P. 14**

Presse :

La suppression de la procédure du "dépôt — La loi organique n° 2006-1 du 9 janvier 2006

légal" appliquée aux quotidiens, aux périodiques et aux revues à caractère informatif. dispense les publications de presse nationale d'information de la formalité du dépôt légal. **P. 15**

Vente commerciale :

Litiges entre vendeur et acheteur pour les vices cachés de la chose vendue Quels sont les moyens de défense du vendeur face à un acquéreur qui se plaint de la présence de vices cachés ? **P. 15**

DEUXIEME PARTIE

Augmentation de capital dans les sociétés anonymes :

I. Droit préférentiel de souscription : La détermination des actionnaires bénéficiaires du droit préférentiel de souscription Le droit préférentiel de souscription existe-t-il pour l'ensemble des actionnaires quelles que soient les natures et catégories d'actions dont ils sont détenteurs ? **P. 16**

II. Augmentation de capital par incorporation des réserves Est-il intéressant d'augmenter le capital d'une société anonyme par incorporation des réserves ? **P. 17**

Bénéfices :

Répartitions conventionnelles des bénéfices et principe de proportionnalité des droits dans les dividendes. Les bénéfices d'une SARL doivent-ils obligatoirement être répartis selon les parts sociales ? **P. 18**

Commissaires aux comptes :

I. L'obligation d'un co-commissariat aux comptes Le défaut de désignation d'un deuxième commissaire aux comptes est-il sanctionné ? **P. 18**

II. Cas de dispense de désignation d'un commissaire aux comptes : Absence de décret d'application L'obligation de désignation d'un commissaire aux compte s'applique-t-elle aux sociétés à responsabilité limitée du fait de l'absence de publication du décret d'application prévu à l'article 13 du code des sociétés commerciales ? **P. 19**

Dissolution - Dissolution et mise en sommeil de l'entreprise sociale L'arrêt de toute activité par la société entraîne-t-il sa disparition ? **P. 19**

PREMIERE PARTIE

Baux commerciaux :

Un bailleur peut-il interdire la cession du bail ?

La cession de bail est l'acte juridique, fait à titre onéreux ou à titre gratuit, par lequel le locataire cède le bénéfice de son contrat de location à un tiers qui va l'exécuter à sa place. Le locataire cédant transmet au cessionnaire son droit à la jouissance des lieux et le cessionnaire devient débiteur, à l'égard du propriétaire, des obligations mises à la charge du locataire par le bail. On voit ainsi qu'à la différence du contrat de sous-location, avec lequel la cession ne doit pas être assimilée et qui laisse intacts les rapports entre bailleur et locataire principal, la cession du bail met fin à ces rapports et le locataire cédant est en quelque sorte remplacé par le cessionnaire, sauf à rester garant de la bonne exécution du contrat par le cessionnaire.

L'article 772 du code des obligations et des contrats qui place sous le même régime la cession du bail et la sous-location a posé le principe de la liberté de céder le bail. Il en résulte qu'en droit commun, et sauf stipulation contraire du contrat, le locataire peut librement céder son bail. En matière de baux commerciaux, l'opération de cession est d'une importance capitale puisqu'elle conditionne la mobilité du commerçant et, partant, ses possibilités de s'adapter aux modifications de la commercialité ou de la vie économique. Elle conditionne aussi, le plus souvent, la possibilité de vendre le fonds de commerce avec tous les éléments nécessaires à son exploitation immédiate. Il est donc vital pour le locataire commerçant que soit préservé le droit de céder son bail. D'un autre côté, le propriétaire peut légitimement revendiquer un droit de regard sur une opération qui aboutit à un changement de débiteur. En effet, si le cessionnaire qui prend la suite du locataire en place est tenu contractuellement d'exécuter toutes les obligations du contrat cédé et ne peut, en particulier, changer la destination des lieux et installer un commerce d'une autre nature, ce n'est pas pour autant que la personnalité du nouveau locataire est indifférente au bailleur. Celui-ci doit pouvoir être à même de contrôler la solvabilité, voire l'honorabilité du commerçant qui va occuper les locaux. Ces intérêts antagonistes des deux parties (d'une part, la nécessité de pouvoir céder librement et rapidement son fonds de commerce ou son entreprise, d'autre part, le droit de contrôle du propriétaire) ont conduit le législateur à maintenir le principe de la liberté contractuelle de l'article 772 du code des obligations et des contrats (les conditions de la cession sont déterminées par le bail lui-même) mais en l'assortissant d'une limite. Il en résulte que les parties sont libres de convenir que le droit de céder sera totalement dépourvu d'entraves ou au contraire soumis à un agrément préalable du bailleur, ou encore subordonné à des formalités particulières (appel du bailleur à concourir à l'acte, obligation de dresser un acte de cession sous la forme notariée, obligation d'en envoyer un exemplaire au bailleur...). Seules sont prohibées les clauses qui ont pour effet d'interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise. Le législateur a voulu protéger le droit au bail comme support de l'activité commerciale en tant qu'elle s'exerce dans des locaux déterminés et préserver la faculté de transmission du bail uniquement lorsque le commerçant cède en même temps et à la même personne son fonds ou son entreprise.

Sous cette dernière réserve, le locataire cédant et le cessionnaire sont tenus par les stipulations du bail et devront se conformer aux règles contractuelles spécialement prévues pour cette opération.

Effets de complaisance :

Sanction des effets de complaisance dans les transactions commerciales

L'effet de complaisance est un titre (lettre de change, billet à ordre) qui est utilisé de façon à tromper les tiers sur les relations entre les parties et leur situation.

Concrètement, une personne (" le complaisant ") signe un effet de commerce, bien qu'elle ne doive rien, au bénéfice de l'autre partie ("le complu") afin que celle-ci puisse faire escompter l'effet par son banquier et obtenir le crédit voulu.

Il va de soi qu'à l'échéance de la traite le problème du paiement ne manquera pas de surgir puisque par définition la traite n'est jamais provisionnée.

Pour remédier à cela, les parties recourent habituellement à la fuite en avant avec la technique des effets de cavalerie. Ce procédé consiste simplement a émettre un nouvel effet de complaisance peu de temps avant l'échéance du premier de manière à l'escompter et ainsi à payer le premier effet. A chaque étape, le montant de l'effet doit être plus important pour couvrir les frais d'escompte.

Légalement, il n'existe aucun texte prononçant la nullité de plein droit de l'effet de complaisance, mais cette nullité est acquise par la jurisprudence française (Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 17 février 1959). La sanction repose sur le caractère illicite - contraire à l'ordre public - de la cause de l'engagement entre le complaisant et le complu.

Cette nullité produit des effets différents selon que l'on s'attache aux parties ou aux tiers. Entre les parties, la nullité produit tous ses effets. Bien qu'ils aient tous agi de mauvaise foi, ils peuvent se retourner les uns contre les autres du fait que l'obligation cambiaire qui les liait est censée n'avoir jamais existé. Pour les tiers, celui qui est de bonne foi, c'est-à-dire celui qui n'avait pas connaissance du caractère complaisant de l'effet, conserve tous ses recours contre les signataires de la traite. Le porteur de mauvaise foi ne peut agir que contre celui qui lui a cédé l'effet sur le fondement de la nullité de la convention qui les lie.

Mais au-delà des sanctions du droit cambiaire, peuvent s'ajouter des sanctions plus graves.

La jurisprudence française considère que le fait de recourir à la création d'effets de complaisance peut être considéré comme la preuve de l'état de cessation de paiement et peut donner lieu à l'ouverture de la faillite du bénéficiaire des effets frauduleux (Nancy, 11 Mars 1952, J.C.P; 1952. II. 7233). De plus, le commerçant en état de cessation de paiement qui, pour obtenir du crédit, a recours à l'émission d'effets de complaisance peut être poursuivi pour banqueroute simple. La jurisprudence tunisienne est pratiquement inexistence en la matière.

En outre, la présentation d'un effet de complaisance peut être constitutive d'escroquerie au sens de l'article 291 du code pénal. En effet, le complu utilise pour la présentation de la traite à l'escompte une ruse ou un artifice pour persuader le banquier de l'existence d'un crédit imaginaire, afin de se faire remettre ou délivrer des fonds.

Fiscalité de l'entreprise

Avance sur les produits de consommation importés :

Imputation de l'avance sur les produits de consommation importés

Aux termes de l'article 51 ter, alinéa premier, du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés, l'impôt sur le revenu des personnes physiques et l'impôt sur les sociétés font l'objet d'une avance au titre des importations de produits relevant notamment des secteurs alimentaire, de l'imprimerie, de la bureautique et fixés par le décret n° 96-500 du 25 mars 1996.

L'avance est due par toute personne soumise à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés au titre des produits importés pour la mise à la consommation y compris les opérateurs économiques bénéficiaires d'agrément de magasin de vente sous douane (free-shops).

Il s'ensuit que les personnes qui sont en dehors de l'impôt sur le revenu ou qui en sont exonérées ne sont pas soumises au paiement de cette avance.

L'avance est liquidée au taux de 10% sur la base de la valeur en douane des produits, majorés de l'ensemble des impôts, droits et taxes y afférents (droits de douane, droit de consommation, taxe sur la valeur ajoutée, redevance de prestations douanières...).

L'avance payée au cours d'une année est déductible, dans les mêmes conditions que la retenue à la source, des acomptes provisionnels dus au titre de l'année de son paiement. En cas d'excédent non imputé sur le premier acompte, il est reportable successivement sur les deuxième et troisième acomptes et éventuellement sur

l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année de son paiement.

Lorsque l'impôt annuel n'est pas suffisant pour que l'imputation puisse être intégralement opérée, le reliquat non imputé peut, au choix du contribuable, soit continuer à s'imputer sur les acomptes provisionnels dus ultérieurement et éventuellement sur l'impôt sur le revenu ou bien faire l'objet d'une restitution sur demande.

Seulement, plusieurs entreprises, mal informées, incluent cette avance parmi les charges au lieu de la déduire de leur impôt et perdent ainsi des sommes souvent relativement considérables.

Dire que c'est difficile voire impossible de récupérer une telle avance à défaut de bénéfice n'est pas à notre avis exact car cette avance suit la même procédure d'imputation ou de restitution que les acomptes provisionnels.

Contrôles fiscaux :

I. La vérification de comptabilité

Une vérification fiscale approfondie effectuée sur la base de la comptabilité est un contrôle fiscal de l'entreprise réalisé sur place par un agent des impôts. Elle se différencie du contrôle sur pièces, qu'effectue l'administration sur les déclarations fiscales, les actes portés à sa connaissance, et les divers recoupements qu'elle effectue.

La vérification approfondie sur la base de la comptabilité peut porter sur toute la situation fiscale du contribuable c'est-à-dire tous les impôts dont il est redevable et non prescrits comme elle peut porter sur une partie de cette situation c'est-à-dire un ou plusieurs impôts ou une ou plusieurs périodes.

Des redressements peuvent être effectués à la suite des vérifications opérées dans l'entreprise. La collaboration des dirigeants est obligatoire : l'opposition à contrôle fiscal est un délit lourdement réprimé.

La vérification de comptabilité est encadrée par la loi quant à sa forme, ses délais, son contenu. L'entreprise contrôlée devrait rechercher les différents moyens d'en contester les conclusions.

Le vérificateur examine d'abord l'existence et le caractère probant de la comptabilité présentée. S'il conteste ce caractère, l'entreprise contrôlée doit exiger les éléments sérieux qui ont permis au vérificateur de mettre en cause le caractère probant de la comptabilité de l'entreprise. Ce moyen permet éventuellement de rejeter la comptabilité, pour substituer de nouvelles bases imposables à celles qui ont été déclarées par l'entreprise.

Dans le cas de rejet de comptabilité, l'entreprise contrôlée doit exiger une motivation suffisante. La motivation doit reposer sur des anomalies et des irrégularités, au niveau du fond ou de la forme, qui sont de nature à altérer la sincérité et le caractère probant de la comptabilité.

A supposer que la comptabilité soit probante, le vérificateur en appréciera ensuite le caractère sincère. Il a accès à l'ensemble des documents que la loi fiscale oblige les entreprises à tenir et à conserver.

Les actes de gestion relèvent en principe de la seule responsabilité des dirigeants. Toutefois, l'acte de gestion dit " anormal ", qui met à la charge de l'entreprise une charge ou la prive d'une recette sans respecter l'intérêt de l'exploitation, peut faire l'objet d'un redressement.

Une fois la vérification terminée, elle peut déboucher sur une notification de redressements. La notification des redressements doit faire état de la liquidation des impôts objet de la vérification compte tenu des chefs de redressement et de la méthode de reconstitution des bases d'imposition retenus, des compléments d'impôts qui en découlent, des pénalités exigibles et éventuellement des crédits d'impôts, des déficits reportables et des amortissements différés.

Quelle que soit la taille de l'entreprise, ou le montant du redressement, le contribuable dispose de trente jours pour présenter ses observations. Le contenu des observations présentées par le contribuable pourra ultérieurement être utilisé contre lui. C'est pourquoi la rédaction de ces documents est un exercice particulièrement délicat.

L'administration n'a, quant à elle, aucun délai pour répondre aux observations du contribuable.

Si le désaccord subsiste, l'impôt est mis en recouvrement, et l'entreprise doit alors présenter une réclamation contentieuse, qui ouvre la voie à une procédure juridictionnelle.

II. Droit de visite : Etendue et limites du droit de visite dans les locaux professionnels

Les dispositions de l'article 8 du code des droits et procédures fiscaux autorisent les agents de l'administration fiscale habilités à effectuer la vérification fiscale et à procéder à la constatation des infractions fiscales pénales à effectuer, dans la limite de leur compétence territoriale, des visites aux locaux professionnels, magasins et entrepôts qui en dépendent et d'une manière générale tous lieux utilisés pour des activités ou opérations soumises à l'impôt.

De telles visites se déroulent rarement dans des conditions de courtoisie élémentaire et il n'est pas rare que les agents de l'administration fiscale, pensant être investis des pouvoirs de la police judiciaire, tentent de transformer cette visite en une véritable perquisition contraignant le contribuable, qui n'est pas toujours informé de ses droits, dans certaines circonstances à remettre des documents qu'il préférait conserver pour lui.

En s'emparant des documents comptables du contribuable, les agents de l'administration fiscale outrepassent leurs pouvoirs. En effet, lorsque les agents de l'administration fiscale visitent les locaux professionnels, ils doivent le faire dans le respect de l'article 8 du code des droits et procédures fiscaux c'est-à-dire pour :

- s'assurer de l'accomplissement par le contribuable de ses obligations fiscales tels que la souscription et le dépôt des déclarations fiscales prescrites, la facturation et la tenue de comptabilité ;

- ou procéder à des constatations matérielles des éléments relatifs à l'exercice de l'activité commerciale, industrielle ou professionnelle tels que les stocks, les équipements, les marchandises, les biens de production ou d'exploitation, les agents ou les registres et documents comptables prescrits par la législation fiscale.

Les agents de l'administration fiscale peuvent pendant une visite exiger la communication de quittances, documents et factures relatifs au paiement des impôts ou justifiant l'accomplissement des obligations fiscales mais en aucun cas, ils ne peuvent saisir et emporter des documents sous peine de se rendre coupables d'un excès de pouvoir.

Dans ce contexte, il peut être intéressant pour les contribuables victimes de ce type de pratique de ne pas rester passifs en attendant les conséquences fiscales dommageables qui pourraient en résulter. Une requête déposée devant le tribunal de première instance compétent pour constater l'illégalité commise par les agents de l'administration fiscale peut être un moyen de faire valoir ses droits.

Conservation des documents comptables

Délai de conservation des pièces comptables et prescription

L'article 25 de la loi n° 96-112 du 30 décembre 1996 relative au système comptable des entreprises impose que les états financiers relatifs à un exercice comptable ainsi que les documents, les livres, les balances et les pièces justificatives des écritures comptables soient conservées, en original ou en copie, durant 10 ans. Cette obligation concerne la " conservation " des pièces comptables. Elle n'a donc rien à voir avec le régime juridique de la " prescription ", c'est-à-dire de l'extinction du droit d'action en justice par le fait de l'écoulement du temps. Par conséquent, tant qu'un délai de prescription relatif à une obligation ou une prérogative quelconques en matière civile, commerciale, fiscale ou autre n'est pas atteint, l'entreprise doit rester en mesure de rapporter les justifications et les preuves relatives à l'exécution de ses obligations ou à l'établissement de ses droits, à défaut de quoi elle risque d'engager sa responsabilité ou de ne pouvoir établir le fondement de ses prétentions.

Or, les différents délais de prescriptions sont très variables peuvent parfois s'avérer bien supérieurs au délai de conservation des documents comptables.

Le fait générateur d'une action quelconque peut survenir à une date très postérieure à celle de la conclusion de l'acte juridique et à l'établissement de la pièce comptable correspondante.

Une entreprise bien inspirée prendra dès lors soin de conserver ses pièces comptables bien au delà de 10 années, se souvenant que l'écoulement de ce délai légal ne constituera jamais une cause justifiant son impossibilité de rendre compte, renversant son obligation de prouver ou exonérant sa responsabilité. Prenons l'exemple banal des comptes de dettes (bilan) ou des comptes dits de tiers (hors bilan) : suffit-il que dix ans se soient écoulés sans le moindre mouvement sur un compte pour que toute trace de l'historique de celui-ci puisse être effacée et que, ce faisant, le tiers de bonne foi se trouve privé de sa créance au motif qu'il ne produirait qu'un commencement de preuve de sa prérogative et que le possesseur de ses fonds serait libéré de son obligation de conservation des pièces ? Non, bien sûr. Ainsi, l'avocat ou le notaire doit rester à tout moment en mesure de restituer les fonds reçus d'un tiers, même si celui-ci ne s'est plus manifesté depuis vingt ans ou davantage. De même, le banquier doit rester à tout moment en mesure de liquider, au profit de l'ayant droit, un compte créditeur tombé en déshérence depuis des décennies. La seule façon, dans ces exemples, d'échapper à cette contrainte de temps illimité est d'avoir stipulé, dans le contrat de mandat, de dépôt ou d'ouverture de compte sur le fondement duquel les fonds de tiers ont été perçus, une faculté de résiliation unilatérale assortie de modalités de liquidation du compte en cas de silence prolongé de l'ayant droit.

Droit de communication :

Etendue et limites du droit de communication auprès des établissements bancaires

En vertu des dispositions de l'article 17 du code des droits et procédures fiscaux telles que modifiées par les dispositions de l'article premier de la loi n° 2002-1 du 8 janvier 2002, portant assouplissement des procédures fiscales, le droit de communication prévu par l'article 16 dudit code a été limité, pour l'activité financière des établissements bancaires et postaux relative à l'ouverture des comptes, à l'obligation pour ces établissements de communiquer sur demande écrite et dans un délai ne dépassant pas trente jours à compter de la date de la notification de la demande :

- les numéros de compte qui se trouvent ouverts auprès d'eux durant la période non prescrite ;
- l'identité de leurs titulaires ;
- la date d'ouverture de ces comptes lorsque l'ouverture a eu lieu durant la période susvisée ;
- la date de leur clôture lorsque celle-ci a eu lieu au cours de la même période.

Par ailleurs, cette procédures ne concerne que les contribuables qui se trouvent en vérification approfondie de leur situation fiscale à la date de la présentation de la demande.

Il s'ensuit qu'en application desdits dispositions, l'administration fiscale ne peut demander des établissements bancaires et postaux des renseignements supplémentaires aux renseignements précités concernant les comptes ouverts auprès d'eux tels que la nature des opérations relatives à ces comptes et à leurs montants ou leurs soldes.

Droits d'enregistrement et de timbre :

La restitution des droits d'enregistrement

En vertu du paragraphe II de l'article 74 du code des droits d'enregistrement et de timbre, "Ne sont pas restituables les droits régulièrement perçus sur les actes ou contrats révoqués ou résolus par l'effet d'une condition résolutoire ou conventionnelle, expresse ou tacite".

En cas de rescision d'un contrat pour cause de lésion ou d'annulation d'une vente pour cause de vices cachés et, dans tous les autres cas où il y

a lieu à annulation, les droits perçus sur l'acte annulé, résolu ou rescindé ne sont restituables que si l'annulation, la résolution ou la rescision a été prononcée par un jugement ou un arrêt passé en force de chose jugée.

Ce principe peut aisément être transposé dans la matière de la vente d'immeubles : dès qu'il y a accord entre le vendeur et l'acquéreur sur la chose (en l'occurrence l'immeuble) et sur le prix, il y a vente ; les droits d'enregistrement sont dus dès cet instant sur l'opération, le code des droits d'enregistrement ne contenant pas de définition particulière de la vente.

Partant, passé le délai de soixante jours à dater de l'accord des parties dans lequel l'accomplissement de la formalité de l'enregistrement, et le paiement des droits qui l'accompagne ipso facto, l'administration fiscale peut en principe réclamer son dû, quels que soient les événements ultérieurs qui surviendraient.

Tel est le cas, notamment, lorsque les parties conviennent d'annuler à l'amiable le compromis, en le "déchirant" ou en prévoyant dans un accord écrit postérieur qu'il doit être considéré comme nul et non avenu.

Si cette "annulation" est suivie de la revente à un autre acquéreur, les droits sont dus sur chacune des ventes (en sus des amendes…).

Ou encore lorsqu'une partie contractante met en œuvre une condition résolutoire expresse prévue dans le compromis. Pour rappel, l'acte fait sous condition résolutoire donne lieu à la perception du droit auquel il est tarifé, d'une part, et d'autre part, les droits perçus ne sont pas remboursés si la condition se réalise.

Il existe une exception importante au principe posé par le paragraphe de l'article 74 du code des droits d'enregistrement et de timbre : le cas de la condition suspensive assortissant l'engagement d'achat ou de vente, qui viendrait à ne pas être levée.

En vertu de l'article 16 de ce code, en effet, " l'acte juridique tarifé au droit proportionnel (tel l'acte de vente d'immeuble), mais soumis à une condition suspensive, ne donne lieu qu'au droit fixe général aussi longtemps que la condition n'est pas accomplie.

Lorsque la condition se réalise, le droit auquel l'acte est tarifé est dû, sauf imputation du droit déjà perçu. (…) ".

La condition suspensive est définie comme étant un élément futur et de réalisation incertaine qui suspend l'exécution d'une obligation existante.

Il sied de relever encore que l'incertitude de la survenance de l'événement futur, objet de la condition, doit être objective, c'est-à-dire indépendante de la volonté des parties.

Partant, la clause de transfert différé de la propriété figurant dans la plupart des compromis de vente ne peut s'analyser comme une condition suspensive de la vente, en sorte que les droits sont dus en tout état de cause sur l'opération (à moins bien entendu qu'elle soit affectée d'une ou de plusieurs autres conditions suspensives non encore levées).

Le délai de soixante jours pour la présentation de l'acte à la formalité de l'enregistrement et pour le paiement des droits prend donc cours au jour de la convention, et non à celui du transfert de la propriété.

Deux seuls cas de restitution : La loi ne prévoit que deux hypothèses bien précises de restitution des droits d'enregistrement dans le cas qui nous occupe.

Elle utilise le terme " restitution " dès lors que les droits sont en principe payables à l'expiration du délai de soixante jours à dater du compromis, pour être remboursés le cas échéant par la suite.

1. Annulation de la vente

La première possibilité d'obtenir la restitution des droits d'enregistrement consiste en l'annulation, par le juge, de la vente.

La nullité d'un acte juridique ne peut être prononcée qu'en cas d'irrégularité de cet acte au moment de sa formation.

A l'inverse de la deuxième hypothèse que nous examinerons ensuite, la demande en annulation n'est soumise à aucun délai particulier pour donner lieu à la restitution.

2. Résolution de la vente

La deuxième possibilité d'obtenir la restitution des droits consiste en la résolution judiciaire du compromis.

A la différence de la nullité qui frappe une irrégularité présente lors de la signature de l'acte juridique, la résolution sanctionne un

manquement ultérieur, et plus précisément dans l'exécution de cet acte.

En d'autres termes, l'opération juridique est née régulièrement cette fois - il n'y a donc aucune cause de nullité -, mais c'est dans l'exécution des engagements contractuels de l'une ou des parties que le problème surgit.

L'exemple le plus significatif est le non-paiement par l'acquéreur du prix convenu.

A nouveau, la restitution des droits n'est accordée que suite à un jugement définitif, et ce même si le compromis renferme une condition résolutoire applicable au cas de l'espèce rencontré.

En outre, à la différence de l'annulation, il est exigé par le législateur que la demande en résolution soit introduite dans l'année du compromis, sous peine de déchéance définitive du droit à restitution.

Obligations fiscales :

Obligation de tenue de comptabilité : Extension du champ d'application de l'obligation de tenue d'une comptabilité conforme au système comptable des entreprises.

Antérieurement à la loi de finances pour l'année 2005, sont soumises à l'obligation de la tenue d'une comptabilité conformément à la législation comptable des entreprises, exclusivement les personnes morales quels que soient leur forme et leur objet ainsi que les personnes physiques qui réalisent des bénéfices industriels et commerciaux non éligibles au régime forfaitaire d'imposition.

Les personnes physiques qui réalisent des bénéfices non commerciaux et qui sont soumises à l'impôt selon le régime réel, ainsi que les personnes qui réalisent des bénéfices des exploitations agricoles ou de pêche ou des revenus fonciers et qui optent pour l'imposition selon le régime réel ne sont pas astreintes expressément à la tenue d'une comptabilité conformément à la législation comptable des entreprises bien qu'elles soient tenues de déterminer la base de l'impôt sur le revenu selon les mêmes règles que les industriels et les commerçants au régime réel et de respecter toutes les obligations fiscales incombant aux personnes soumises à l'impôt sur le revenu selon le régime réel telle que l'obligation d'effectuer la retenue à la source en cas de paiement de sommes faisant partie du champ d'application de la retenue à la source fixé par l'article 52 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés.

L'article 63 de la loi de finances pour l'année 2005 a étendu l'obligation de tenue de comptabilité conformément à la législation comptable des entreprises aux :

- personnes physiques soumises à l'impôt sur le revenu selon le régime réel et qui réalisent des bénéfices non commerciaux,

- personnes physiques qui réalisent des revenus fonciers et qui optent à l'imposition selon le régime réel conformément au paragraphe III de l'article 28 du code de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les sociétés,

- personnes physiques qui réalisent des bénéfices des exploitations agricoles ou de pêche et qui optent pour l'imposition selon le régime réel dans le cadre du deuxième sous paragraphe de l'article 24 du code de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les sociétés.

Ainsi, le non respect par les personnes susvisées de l'une des obligations relatives à la comptabilité (non tenue, non présentation des documents comptables, …) entraîne l'application des sanctions prévues par le code des droits et procédures fiscaux en la matière.

Taxe sur la valeur ajoutée :

I. Assiette de la taxe sur la valeur ajoutée : Les réductions de prix

L'assiette taxable en matière de taxe sur la valeur ajoutée est constituée par le prix du produit ou de la prestation qui est représenté par le montant total des sommes versées par l'acquéreur du produit ou le bénéficiaire du service.

A cet effet, le paragraphe I de l'article 6 du code de la taxe sur la valeur dispose qu' "en régime intérieur, le chiffre d'affaires imposable comprend le prix des marchandises, des travaux ou des services, tous frais, droits et taxes inclus, ainsi que la valeur des objets remis en paiement, à l'exclusion de la taxe sur la valeur ajoutée, des subventions d'exploitation et des prélèvements conjoncturels et de compensation. Les sommes perçues au titre de la consignation et du non retour des emballages consignés ne sont pas comprises dans la base imposable.

Ainsi, le paragraphe I de l'article 6 précité n'exclut pas expressément les réductions de prix, accordées par le vendeur à son acheteur de l'assiette de la taxe sur la valeur ajoutée. Les réductions de prix doivent faire donc partie intégrante de l'assiette de la taxe.

Cependant, la doctrine administrative a admis depuis longtemps que la réduction de prix que consent un fournisseur à ses clients ou à certains d'entre eux, sous quelque forme que soient : escompte pour prompt paiement, remises, rabais, ristournes….ne font pas partie de l'assiette taxable.

Toutefois, pour être déduites de la base d'imposition, les réductions de prix doivent répondre aux conditions suivantes :

- elles doivent bénéficier effectivement et pour leur montant exact à l'acheteur,
- elles ne doivent pas constituer en fait la rémunération d'un service ou la contrepartie d'une prestation quelconque.

Si la doctrine administrative a admis que les réductions de prix accordées sur facture ne font pas partie de l'assiette imposable, le problème se pose pour les ristournes, rabais ou remises accordés au client postérieurement à l'établissement de la facture. L'exclusion de cette réduction de l'assiette taxable reste possible. Elle doit cependant, donner lieu à l'établissement d'un écrit la constatant (facture rectificative, note d'avoir…).

II. Déduction de la TVA : Naissance du droit à déduction

En principe, le droit à déduction de la taxe sur la valeur ajoutée prend naissance à la date de survenance du fait générateur de la taxe, objet de la déduction, chez le redevable de cette taxe.

Le fait générateur de la taxe sur la valeur ajoutée est fonction de la nature de l'acte commercial : fourniture d'un bien ou d'une prestation de service.

Acompte sur livraison de biens : la TVA est déductible au moment de la livraison de la marchandise (donc pas pour l'acompte).

Selon l'administration fiscale (BODI, Texte n° 88/409 du 22 juillet 1988, note commune n° 69/88), le fait générateur de la taxe pour ces ventes est constitué légalement par la mise de la marchandise à la disposition du client, c'est-à-dire par la livraison, peu importe :

- qu'il y ait eu facturation immédiate ou que celle-ci serait établie postérieurement ;

- qu'il y ait eu payement au comptant ou qu'il soit stipulé expressément ou tacitement que le payement se ferait à terme.

Acompte sur prestations de services : la TVA est déductible au moment du paiement. La déductibilité de la TVA s'applique donc au paiement de l'acompte à condition :

- que l'acompte fasse l'objet d'une facture;

- que la facture respecte les conditions de forme en portant un certain nombre de mentions obligatoires.

Obligations sociales de l'entreprise

Contrat de travail :

Modification des horaires de travail

Il est généralement admis que l'employeur a tout à fait le droit d'imposer une modification des horaires de ses salariés. Mais ce principe connaît certaines limites.

1. Salariés à temps complet :

Selon la jurisprudence française, une modification des horaires s'analyse comme un simple changement des conditions de travail et non une modification du contrat de travail lui-même (voir, par exemple, cass. soc. 22 février 2000, BC V n° 67).

Toutefois, il a été jugé qu'une telle modification constituait une modification du contrat de travail dans les cas suivants :

- réorganisation de la répartition du travail sur la semaine (cass. soc. 10 mai 1990, BC V n° 208) ;

- passage d'un horaire fixe à un horaire variable (cass. soc. 14 novembre 2000, BC V n° 365) ;

- passage d'un horaire continu à un horaire discontinu (cass. soc. 18 décembre 2000, BC V n° 423) ;

- passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit (cass. soc. 27 février 2001, BC V n° 61 ; 18 décembre 2001, BC V n° 388) et ce, même en cas de passage partiel d'un horaire de jour à un horaire de nuit (passage d'un travail sur cinq jours de 7 heures à 16 heures à des horaires comportant des nocturnes jusqu'à 22 heures ; cass. soc. 7 avril 2004, n° 826 FSPB) ;

- passage d'un horaire libre à un horaire fixe (cass. soc. 12 décembre 2000, BC V n° 417).

2. Salariés à temps partiel :

Sauf clause contractuelle contraire, l'employeur peut modifier les horaires de la journée de travail des salariés à temps partiel (cass. soc. 17 octobre 2000, BC V n° 327).

En revanche, la répartition des horaires sur la semaine ou sur les semaines du mois étant un des éléments constitutifs du contrat de travail à temps partiel, il va de soi qu'une modification de cette répartition en dehors d'une clause contractuelle ayant cet objet entraîne la modification du contrat de travail (cass. soc. 6 avril 1999, BC V n° 166).

Licenciement :

I. Licenciement économique : Priorité de réembauchage : Durée et conditions d'application

Aux termes des dispositions de l'article 21-13 du code du travail, les travailleurs dont les contrats de travail auront été résiliés du fait de la suppression de leurs emplois pour des raisons économiques ont le droit de priorité à l'emploi selon les mêmes conditions de rémunération dont ils bénéficiaient avant leur licenciement, au cas où l'entreprise procède au recrutement de travailleurs de la même catégorie professionnelle.

Ce droit s'exerce durant une année à partir de la date du licenciement et pour en bénéficier les procédures prévues à l'article 8 du présent code doivent être observées.

Le réembauchage des travailleurs licenciés se fait en fonction de leur ancienneté dans l'entreprise. Cette ancienneté est majorée d'une année par enfant âgé de moins de 16 ans à la date du licenciement.

Dans ce délai, l'employeur est tenu d'informer par écrit l'inspection du travail territorialement compétente de son intention de réembaucher les travailleurs.

Le salarié doit cependant informer l'employeur de son désir d'user de cette priorité dans un délai d'un an commençant à courir à compter de la rupture de son contrat de travail.

La preuve que la demande de réintégration dans l'entreprise a été présentée par le travailleur dans le délai imparti peut être apportée par tous les moyens et notamment par la production du récépissé d'envoi d'une lettre recommandée.

L'employeur risque des sanctions en cas de non respect de cette priorité de réembauchage.

II. Le licenciement pour une cause réelle et sérieuse

Le contrat de travail est un contrat auquel l'une ou l'autre des parties peut mettre fin : le salarié par la démission, l'employeur par le licenciement. Mais si la rupture du contrat de travail est un droit, ce droit ne doit pas dégénérer en abus ; la juridiction prud'homale a pour mission de vérifier que les licenciements sont fondés sur des motifs réels et sérieux, c'est-

à-dire que leur réalité doit être démontrée et qu'en outre il doit s'agir de griefs suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat de travail. A défaut de motifs réels et sérieux, le salarié peut prétendre à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

Licenciement : l'importance fondamentale du motif de la rupture

Lorsqu'un licenciement semble inévitable, la première question à se poser est celle de son motif. En cas de procès ultérieur, ce motif serait-il recevable devant les tribunaux ?

*** Nécessité d'un motif réel et sérieux :**

Tous les griefs d'un employeur à l'égard d'un salarié ou toutes les difficultés qui se présentent lors de l'exécution du contrat ne légitiment pas le licenciement de l'intéressé. Encore faut-il que le motif allégué constitue "une cause réelle et sérieuse de licenciement". Une cause réelle : le motif invoqué ne doit pas être un alibi. Une cause sérieuse : le licenciement doit s'appuyer sur des faits suffisamment importants. Faute de pouvoir démontrer l'existence d'une telle cause, l'employeur devra régler le problème posé d'une autre manière ou risquer une condamnation par le conseil des prud'hommes.

Cette exigence vaut pour les motifs économiques de licenciement comme pour les motifs personnels.

*** Ne pas qualifier de motif économique un motif personnel ou inversement**

Le motif économique de licenciement suppose toujours la suppression ou la transformation de l'emploi occupé par le salarié concerné (ou encore la modification de son contrat) en raison de difficultés économiques, de mutations technologiques ou de la nécessité de réorganiser l'entreprise afin de sauvegarder sa compétitivité.

Mais le motif économique ne tient pas compte des personnes en tant que telles : la désignation des salariés concernés se fera ultérieurement par application des critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements.

En revanche, comme son nom l'indique, le motif personnel de licenciement tient à la personne même du salarié. Il peut s'agir d'une faute, professionnelle ou disciplinaire. Mais il peut également s'agir d'un fait non fautif comme l'inaptitude du salarié à exercer ses fonctions. Une telle inaptitude peut en effet constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Dans tous les cas, il est important de ne pas se tromper d'étiquette. Licencier un salarié pour motif économique alors qu'en réalité le motif est inhérent à la personne du salarié équivaut en effet à prononcer un licenciement sans cause réelle et sérieuse... avec les conséquences indemnitaires qui en résultent.

*** Le motif retenu commande la procédure à respecter**

Le motif de licenciement retenu détermine le type de procédure à suivre.

S'il s'agit d'un motif personnel, la procédure est simple : il suffit de notifier la décision du licenciement, verbalement ou par écrit, au salarié concerné. Un licenciement disciplinaire suppose de surcroît le respect de certaines formalités, comme la convocation et la réunion du conseil de discipline.

S'il s'agit d'un motif économique, la procédure applicable est plus complexe et exige l'intervention des autorités administratives (inspection de travail, commission de contrôle des licenciements).

*** Certains motifs ne peuvent, en soi, légitimer un licenciement**

Tel est le cas, en particulier, de la perte de confiance, de la maladie du salarié ou de l'exercice d'un droit par ce dernier.

Ainsi, même lorsqu'elle repose sur des éléments objectifs (par exemple, des négligences répétées ou un acte de concurrence déloyale), la perte de confiance ne peut jamais constituer, en tant que telle, une cause de rupture du contrat. Il est donc vain, pour l'employeur, de l'invoquer dans sa décision de licenciement. Seules pourront être mentionnées les raisons objectives qui l'ont provoquée.

De même, la maladie ne peut, à elle seule, fonder un licenciement. Mais l'employeur peut, par exemple, invoquer la nécessité de remplacer - définitivement - un salarié atteint d'une maladie de longue durée ou fréquemment absent pour rompre le contrat de travail qui le liait à l'intéressé.

*** Impossibilité de revenir sur le motif mentionné dans la lettre de licenciement**

L'employeur doit prêter une attention toute particulière à l'énonciation du motif de la rupture au moment où il décide le licenciement qui sera notifiée au salarié.

L'enjeu est en effet de taille : en cas de litige ultérieur, c'est le motif invoqué par l'employeur qui fixera les limites du litige. Il sera interdit à l'employeur d'en invoquer un autre.

Ce motif doit être précis ou, pour le moins, matériellement vérifiable. À défaut, le licenciement sera - là encore - considéré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse. La règle est valable, y compris en cas de licenciement pour motif économique.

La cause réelle du licenciement : Pour que la cause soit réelle, elle doit être :

- objective
- existante
- exacte.

*** Une cause objective :** La cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles. La cause réelle peut être, par exemple, une faute, une inaptitude professionnelle ou une réorganisation professionnelle.

L'objectivité de la cause se traduit par des éléments extérieurs vérifiables. L'employeur doit donc se référer à des faits précis. La cause ne doit pas naître de son esprit.

*** Une cause existante et exacte :** La cause, pour être réelle, devait être existante et exacte. Les faits, à l'origine du licenciement doivent donc exister et être la véritable cause du licenciement.
La cause sérieuse : Une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement.

La cause sérieuse peut résulter de :

- inaptitude au travail pour lequel la personne a été embauchée ;
- le refus d'une mutation justifiée par l'intérêt du service ;
- l'insuffisance de résultats fautive ou non expressément imputable au salarié.

La réaffirmation de l'appréciation souveraine des juges : Il reste difficile de donner une définition générale et précise de la cause réelle et sérieuse dans le licenciement. Il s'agit avant tout d'une question de fait pour laquelle le juge a un rôle primordial et essentiel. Les juges apprécient au cas par cas. Ils estiment, une fois que le salarié conteste le licenciement pour cause réelle et sérieuse, s'il y a lieu de sanctionner l'employeur.

L'article 14 quinter du code du travail prévoir qu'"il appartient au juge d'apprécier l'existence du caractère réel et sérieux des causes du licenciement et le respect des procédures légales ou conventionnelles y afférentes et ce sur la base des éléments de preuve qui lui sont présentés par les parties au conflit. Il peut à cet effet ordonner toute mesure d'instruction qu'il estime nécessaire.

Le juge va apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement en se fondant sur les preuves fournies par les parties. Le juge a un rôle actif : il ne se limite pas à l'appréciation des preuves, il peut également ordonner toute mesure qu'il estime nécessaire pour éclairer le débat.

Le salarié n'a plus la charge de la preuve. Si l'employeur ne peut apporter la preuve d'un motif réel et sérieux, le licenciement doit être normalement considéré comme abusif.

Période d'essai :

La distinction entre la période d'essai et l'essai professionnel

Les parties peuvent convenir d'une période d'essai. Cette dernière permet à l'employeur de vérifier l'aptitude professionnelle du salarié et à ce dernier d'apprécier l'intérêt de sa tâche et les conditions d'exécution de son travail. Sauf disposition conventionnelle contraire, pendant cette période, le contrat peut être rompu sans formalités ni indemnités.

La période d'essai doit être distinguée du simple essai professionnel.

L'essai professionnel est un examen ou une épreuve, en principe de courte durée, permettant à l'employeur de vérifier l'aptitude du candidat à occuper le poste demandé. Il ne fait l'objet d'aucune disposition légale.

L'essai professionnel se situe avant la conclusion éventuelle du contrat de travail, alors que la période d'essai se situe après la conclusion du contrat. Pour la jurisprudence française, l'existence de " conditions normales d'emploi " constitue un élément déterminant pour distinguer la période de test professionnel de la période d'essai (cass. soc. 4 janvier 2000, BC V n° 4).

L'essai professionnel doit-il être rémunéré ? En l'absence de dispositions légales, la réponse va dépendre de la convention collective applicable. Certaines conventions prévoient une rémunération, d'autres non.

Les sommes versées à titre de rémunération d'un essai professionnel donnent lieu à cotisations de sécurité sociale (cass. soc. 10 juillet 1969, BC V n° 487), sauf si elles ont le caractère de remboursement de frais.

Presse :

La suppression de la procédure du "dépôt légal" appliquée aux quotidiens, aux périodiques et aux revues à caractère informatif.

Tous les journaux, toutes les revues, tous les livres, toutes les gravures, bref tout ce qui s'édite et se publie est soumis, selon le code de la presse, à la formalité du dépôt légal. Il s'agit simplement de déposer avant toute diffusion un certain nombre d'exemplaires de la publication au ministère de l'Intérieur. Les services de ce ministère sont tenus de délivrer un reçu selon lequel le dépôt a été effectué.

Le dépôt légal répond également à une finalité culturelle. Il permet d'assurer la collecte et la conservation des documents, ainsi que leur consultation, sous réserve des secrets protégés par la loi et dans des conditions conformes à la législation sur la propriété intellectuelle et compatibles avec leur conservation.

Afin d'alléger l'intervention des autorités et de garantir le caractère libéral du système de communication, la loi organique n° 2006-1 du 9 janvier 2006 vient d'ajouter à l'article 3 du code de la presse un paragraphe dispensant du dépôt légal, les publications de presse nationales d'information suivantes :

- les quotidiens et périodiques,

- les revues périodiques.

La suppression de la mesure du dépôt légal intervient de fait dans le prolongement de précédents amendements du code de la presse, au nombre de trois, ainsi que de récentes décisions politiques relatives, en particulier, à l'élargissement de la composition du conseil supérieur de la communication et au renforcement de la diffusion des journaux.

Vente commerciale :

Litiges entre vendeur et acheteur pour les vices cachés de la chose vendue

Quand il y a vice caché lors d'une vente commerciale, l'acquéreur peut résoudre la vente, c'est-à-dire rendre la chose et se faire restituer le prix ou garder la chose contre diminution du prix fixé.

Dans ces conditions, quels sont les moyens de défense du vendeur ?

Le vendeur peut éventuellement contester les prétentions de son acquéreur qui se plaint de la présence de vices cachés en contestant l'existence même du vice, en contestant son caractère caché ou apparent, en démontrant sa bonne foi. Enfin, le vendeur peut encore invoquer la déchéance de l'action en garantie de l'acquéreur.

1. Existence du vice caché :

L'article 647 du code des obligations et des contrats définit le vice caché affectant la chose vendue comme étant celui qui la rend impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminue tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il l'avait connu.

Peut donc constituer un tel vice non seulement celui qui est inhérent à la chose vendue mais également le défaut dit fonctionnel, c'est-à-dire n'affectant pas tant la chose que l'usage auquel l'acquéreur la destine.

2. Vices apparents/vices cachés

Le vice en question doit ensuite être caché.

Cette notion s'oppose à celle des vices apparents, qui peuvent être définis comme ceux qu'une vérification normale de la part de l'acheteur aurait dû lui permettre de constater, étant entendu que l'on entend par " examen normal " l'examen attentif qu'un homme sérieux porte aux affaires qu'il traite.

Cette notion est appréciée souverainement par les tribunaux.

Le code des obligations et des contrats ne prévoit pas une garantie de la part du vendeur pour ce qui concerne les vices apparents, dont l'acheteur a pu - ou aurait dû - se rendre compte en sorte qu'il s'est engagé en pleine connaissance de cause.

Par contre, l'article 647 du code des obligations et des contrats prévoit une garantie du vendeur pour ce qui concerne les vices cachés, étant entendu que pour donner lieu à ladite garantie, le vice doit, nous l'avons vu, revêtir une gravité suffisante, c'est-à-dire qu'il rend la chose vendue impropre à l'usage auquel on la destine ou qu'il en diminue à ce point la valeur que l'acquéreur ne l'aurait pas acquis ou n'aurait pas offert le même prix pour l'acquérir.

Cela étant, cette disposition légale n'est pas impérative, de sorte que les conventions contraires sont parfaitement licites.

Or, il convient de constater dans la pratique que l'immense majorité des actes de vente contient une clause d'exonération de responsabilité pour vices cachés en faveur du vendeur.

3. bonne foi du vendeur :

A priori, donc, le vendeur ne peut plus être inquiété en cas d'apparition de vices cachés affectant l'objet qu'il a vendu.

Cependant, pour bénéficier de cette protection, le vendeur doit obligatoirement être de bonne foi, c'est-à-dire, soit avoir révélé la présence d'un défaut apparemment caché mais dont il avait connaissance, et ce au plus tard au moment de la conclusion du contrat, soit ignorer personnellement l'existence de ce défaut.

Le vendeur serait responsable, par contre, si, tout en connaissant la présence du vice, ne la révélez pas à son acquéreur.

C'est sur les épaules de ce dernier que repose la charge de la preuve de la prétendue mauvaise foi du vendeur.

Il est fait exception à cette dernière règle si le vendeur est un vendeur professionnel (promoteur, constructeur, marchand de biens, …) auquel cas il est présumé de mauvaise foi, de telle sorte que c'est au vendeur qu'il appartient d'établir qu'il ne connaissait pas la présence du vice et qu'il lui était impossible de la déceler.

Quelle que soit sa qualité (professionnel ou non), le vendeur doit réserver la preuve de ce qu'il a révélé l'existence du défaut à son acquéreur.

4. Le bref délai :

L'article 672 du code des obligations et des contrats impose à l'acquéreur qui découvre la présence d'un vice caché d'agir en justice dans les 30 jours de la délivrance, et ce afin qu'il soit encore possible d'examiner si le vice caché existait bien lors de la conclusion du contrat, à défaut de quoi le vendeur ne sera pas tenu pour responsable.

Généralement, la jurisprudence considère que le délai court à dater de la délivrance du bien si l'usage de ce dernier permet de déceler le vice. Dans le cas contraire, il sera généralement admis que le délai de 30 jours se calcule à dater de la découverte du vice par l'acquéreur.

Si l'acquéreur tarde donc à agir, le vendeur pourra lui opposer valablement cet argument.

DEUXIEME PARTIE

Augmentation de capital dans les sociétés anonymes :

I. Droit préférentiel de souscription : La détermination des actionnaires bénéficiaires du droit préférentiel de souscription

Le principe général en matière de droit préférentiel de souscription est posé par l'alinéa premier de l'article 296 du code des sociétés commerciales, selon lequel : "Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription

des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation du capital. Toute clause contraire est réputée non avenue".

Le droit préférentiel bénéficie donc à tous les actionnaires, sans qu'il soit distingué entre les différentes catégories d'actions dont ils sont détenteurs (ordinaires ou de préférence), et quelles que soient les actions émises.

Les porteurs d'actions de jouissance, qui sont des actions intégralement amorties conservent le droit de souscrire à titre préférentiel aux augmentations de capital en numéraire.

Il en est de même pour les actions qui seraient partiellement amorties.

Pour les actions non entièrement libérées, le droit préférentiel de souscription est suspendu pour les actions sur le montant desquelles les versements exigibles n'ont pas été effectuées (article 326 du code des sociétés commerciales). Il convient toutefois de noter que ce dispositif est de peu de portée pratique puisque l'article 295 du code des sociétés commerciales exige la libération intégrale de capital avant toute émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire.

La catégorie des actions à droit de vote double, qui peuvent résulter des statuts ou d'une décision ultérieure de l'assemblée générale extraordinaire, ne comporte aucune particularité en matière de droit préférentiel de souscription.

Pour les certificats d'investissement, l'article 384 du code des sociétés commerciales prévoit qu'en cas d'augmentation de capital en numéraire, il est émis de nouveaux certificats d'investissement et des certificats de droit de vote en nombre tel que la proportion qui existait avant l'augmentation entre actions ordinaires et certificats de droit de vote soit maintenue en considérant que celle-ci sera entièrement réalisée.

Le même article dispose que les propriétaires des certificats d'investissement ont, proportionnellement au nombre de titres qu'ils possèdent, un droit de préférence à la souscription des nouveaux certificats. auxquels ils peuvent renoncer lors d'une assemblée spéciale, convoquée et réunie selon les règles de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires.

Pour les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, l'article 366 du code des sociétés commerciales prévoit qu'en cas d'augmentation du capital par apport en numéraire, les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote bénéficient dans les mêmes conditions que les actionnaires ordinaires, d'un droit préférentiel de souscription. Toutefois, l'assemblée générale extraordinaire peut décider, après avis de l'assemblée spéciale, que les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote auront un droit préférentiel à souscrire ou à recevoir des actions à dividende prioritaire sans droit de vote qui seront émises dans la même proportion.

En conclusion, le droit préférentiel de souscription à l'émission d'actions en numéraire est un droit général qui bénéficie à tous les actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, quelles que soient les catégories d'actions existantes et quelle que soit la nature des titres de capital dont l'émission est envisagée.

II. Augmentation de capital par incorporation des réserves

L'incorporation des réserves au capital est une opération de nature essentiellement comptable qui consiste à faire passer des valeurs passives du bilan de la société des comptes "Réserves", "Primes d'émission" ou de "Fusion ", ou du compte "Bénéfices" au compte "Capital".

Cette opération comptable modifie la présentation du passif au bilan mais elle n'affecte pas son montant. Toutefois, elle a deux conséquences juridiques importantes qui expliquent son intérêt et les formalités qui l'entourent.

En premier lieu cette incorporation rend indisponibles, et pratiquement indistribuables, les valeurs qui en sont l'objet alors que tant qu'elles conservent la nature de réserves, de prime ou de bénéfice, les associés peuvent se les répartir.

En second lieu, l'opération aboutit à une augmentation du capital social qui constitue une modification des statuts.

L'indisponibilité juridique du capital comparée à la disponibilité juridique des réserves, primes et bénéfices, ne peut que rassurer les tiers sur

l'existence et la stabilité des éléments d'actif correspondants et, par conséquent, renforcer le crédit de la société.

Il ne faut toutefois pas exagérer cet intérêt car les sommes correspondant aux réserves et aux primes étant généralement investies dans des éléments d'actif immobilisés et affectés à l'activité de l'entreprise sociale les créanciers sociaux et notamment les banques tiennent compte de cette " indisponibilité économique " et assimilent en pratique les réserves ou primes au capital dans leur évaluation des capitaux propres de la société.

Ils tiennent compte en outre de la " réserve occulte " qui, par définition, ne saurait être incorporée au capital.

En réalité, ce qui importe au regard des partenaires de l'entreprise, comme les banques, c'est l'argent qui reste dans la société pour investir et non pas le capital qui figure sur le papier en-tête. Plus précisément, les partenaires s'intéressent aux capitaux propres de l'entreprise = capital + réserves + résultat.

Il n'est donc pas absolument nécessaire de faire monter dans le capital les sommes mises en réserves.

Bénéfices :

Répartitions conventionnelles des bénéfices face et le principe de proportionnalité des droits dans les dividendes.

Il est parfaitement possible en effet, dans une SARL, de prévoir une répartition des bénéfices différente de celle du capital. L'essentiel est que ceci soit prévu dans les statuts, et qu'un même associé ne s'accapare pas la totalité du bénéfice.

Ce n'est que dans le silence des statuts que la part de chaque associé doit être proportionnelle à ses apports dans la société (article 1300 du code des obligations et des contrats).

Mais une répartition inégalitaire pose de nombreuses difficultés :

- comment ont été évalués les apports (comment justifier que telle personne fait le même apport qu'une autre mais a des droits plus importants) ?

- est ce que l'avantage est lié aux parts ou à la personne : en conséquence, que se passe-t-il en cas de cession ? L'avantage suit les parts ou est-il perdu ? Cela doit avoir été défini précisément.

- si l'avantage est attaché à la personne, est-ce que la procédure des avantages particuliers a été respectée ?

Bref, plutôt que de prévoir une répartition inégalitaire, il est beaucoup plus simple lors de la création de la société de moduler les apports pour aboutir à la répartition souhaitée dans les bénéfices (si X veut 40% des bénéfices, il faut faire en sorte qu'il apporte 40% des apports : les éventuels excédents peuvent être apportés en compte courant d'associés).

Commissaires aux comptes :

I. L'obligation d'un co-commissariat aux comptes

L'article 13 ter du code des sociétés commerciales (introduit par la loi n° 2005-96 du 18 octobre 2005 relative à au renforcement de la sécurité des relations financières) prévoit que les établissements de crédit faisant appel public à l'épargne et les sociétés d'assurances multi-branches, les sociétés tenues d'établir des états financiers consolidés conformément à la législation en vigueur si le total de leur bilan au titre des comptes consolidés dépasse un montant fixé par décret ainsi que les sociétés dont le total de leurs engagements auprès des établissements de crédit et l'encours de leurs émissions obligataires dépasse un montant fixé par décret sont soumis à la désignation de deux ou de plusieurs commissaires aux comptes inscrits au tableau de l'ordre des experts comptables de Tunisie.

Il appartient à l'assemblée générale des actionnaires de désigner le deuxième commissaire aux comptes.

Contrairement à la rotation des commissaires

aux comptes prévue par la même loi, l'obligation de co-commissariat aux comptes édictée par la loi relative au renforcement de la sécurité financière est d'application immédiate. L'exercice 2005 semble donc concerner par cette nouvelle obligation.

A défaut, il convient de faire application de l'article 261, alinéa 1er du code des sociétés commerciales qui prévoit qu' "A défaut de nomination des commissaires par l'assemblée générale……il est procédé à leur nomination……par ordonnance du juge des référés du tribunal du siège social à la requête de tout intéressé à charge, de citer les membres du conseil d'administration".

La désignation d'un deuxième commissaire aux comptes peut donc être demandée en justice par tout actionnaire.

Le défaut de désignation du deuxième commissaire aux comptes risque de rendre annulable les décisions prises par l'assemblée générale. Cette nullité risque également de s'étendre à toutes les décisions de l'assemblée générale, même celles pour lesquelles l'intervention d'un commissaire aux comptes n'est pas requise.

Le défaut de désignation expose la société à une amende égale à 2.000 dinars au moins et 20.000 dinars au plus.

II. Cas de dispense de désignation d'un commissaire aux comptes : Absence de décret d'application

L'article 13 du code des sociétés commerciales telle que modifié et complété par la loi n° 2005-96 du 18 octobre 2005 relative au renforcement de la sécurité des relations financières a introduit une obligation générale de désignation d'un commissaire aux comptes pour toutes les sociétés commerciales. Celles-ci sont toutefois dispensées de cette obligation dans certaines situations.

Ainsi, les sociétés commerciales, autres que les sociétés par actions (société anonyme et société en commandite par actions), sont dispensées de l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes dans trois hypothèses :

- au titre du premier exercice comptable de leur activité,

- si elles ne remplissent pas deux des limites chiffrées relatives au total du bilan, au total des produits hors taxes et au nombre moyen des employés,

- ou si elles ne remplissent plus durant les deux derniers exercices comptables du mandat du commissaire aux comptes les limites chiffrées susvisées.

L'article 13 précité prévoit également que les limites chiffrées et le mode de calcul du nombre moyen des employés seront fixés par décret.

Or, à ce jour, le décret devant définir les limites chiffrées et le mode de calcul du nombre moyen des employés n'a pas encore été publié.

Il en résulte que la dispense prévue par la loi ne peut pas être mis en œuvre et que c'est le principe posé par l'alinéa premier de l'article 13 qui doit s'appliquer dans toute sa généralité.

Certes, cette solution est rigoureuse mais toute autre pratique, contra legem, exposerait ses auteurs aux sanctions prévues par les dispositions des articles 263 du code des sociétés commerciales.

Dissolution - Dissolution et mise en sommeil de l'entreprise sociale

La société a pour but et pour fonction de servir de structure juridique au fonctionnement d'une entreprise. Normalement lorsque cette dernière doit cesser ses activités, la société perd son objet. Elle devrait être dissoute.

Néanmoins, les circonstances de l'arrêt des activités économiques essentielles de l'entreprise sociale peuvent laisser espérer qu'il ne s'agit pas d'une disparition complète ou définitive de l'objet. La dissolution de la société n'est pas prononcée et la liquidation de son patrimoine n'est pas effectuée même si pendant plusieurs années elle n'a plus de vie sociale. En pratique, on dit que la société est " mise en sommeil " et parfois elle est conservée uniquement de façon à être utilisée comme moyen de réaliser une opération, encore non

prévue, sans avoir à constituer de société.

Toutefois, cette hibernation juridique n'est pas toujours sans inconvénient puisque les sociétés de capitaux ainsi conservées sont néanmoins passibles de l'imposition forfaitaire minimale due en l'absence de tout bénéfice réalisé et que leurs dirigeants ne sont pas dispensés pour autant de convoquer les organes sociaux, notamment les assemblées générales qui doivent se réunir annuellement. C'est ainsi que, si la vie sociale est complètement arrêtée pendant plusieurs années, dans l'attente d'un hypothétique transfert du siège social, par exemple, les juges du fond peuvent considérer qu'il y a eu en fait dissolution, même si celle-ci n'a pas été prononcée en droit, cette solution étant sans influence sur la survie de la personne morale en cause pour les besoins de sa liquidation.

En définitive, il faut bien respecter la procédure de dissolution de la société même si elle n'a plus d'activité. Sinon, elle existe toujours et les associés conservent leurs obligations.