

1820001



## **SESSION 2018**

### **UE1 – GESTION JURIDIQUE, FISCALE ET SOCIALE**

Éléments indicatifs de corrigé

## DOSSIER 1 – DROIT DES SOCIÉTÉS – 5 POINTS

Les articles de loi ne sont mentionnés que pour l'information des correcteurs et ne sont pas exigés des candidats.

### 1. Quelles sont les caractéristiques essentielles d'une fusion absorption d'une part, et d'un rachat de société d'autre part ?

- **Fusion-absorption**

- Dans cette opération, il y a une **transmission universelle de patrimoine** : le patrimoine de la société absorbée est intégré au patrimoine de la société absorbante.

La loi dispose qu'une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. (Article L236-1 al. 1 du code de commerce)

- La société absorbée est **dissoute sans liquidation** et perd sa personnalité juridique. La loi prévoit que la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion. (Article L236-3 du code de commerce)

- **Rachat de société**

Il y a **acquisition des titres** de la société.

La société n'est pas dissoute ; elle conserve sa personnalité morale et continue à exister.

### 2. Qui va décider la fusion-absorption entre la SA JARY et la SA BARRIERE ?

*Quels sont les étapes, les intervenants et la date d'effet de l'opération ? (le calendrier n'est pas exigé)*

- **Organes compétents pour la prise de décision**

La fusion-absorption est décidée, par **chacune des sociétés intéressées**, dans les conditions requises pour la modification de ses statuts. (Article L236-2 du code de commerce)

La fusion est décidée par l'**assemblée générale extraordinaire** de chacune des sociétés qui participent à l'opération. (Article L236-9 du code de commerce)

- **Etablissement d'un projet pour l'opération, formalités**

Toutes les sociétés qui participent à une opération de fusion établissent un **projet de fusion**, qui est arrêté par le conseil d'administration ou le directoire de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion projetée. (Article R236-1)

Ce projet est déposé au greffe du tribunal de commerce du siège desdites sociétés et fait l'objet d'une **publicité**. (Article L236-6 du code de commerce)

Le projet de fusion ou de scission fait l'objet d'un **avis** inséré, par chacune des sociétés participant à l'opération, **au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales**. (Article R236-2 du code de commerce)

A peine de nullité, les sociétés anonymes sont tenues de **déposer au greffe une déclaration** dans laquelle elles relatent tous les actes effectués en vue de procéder à l'opération et par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité des lois et règlements. Le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la conformité de la déclaration aux dispositions du présent article. (Article L236-6 du code de commerce)

- **Intervention de commissaires à la fusion**

Sauf si les actionnaires des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement, **un ou plusieurs commissaires à la fusion**, désignés par décision de justice, **établissent sous leur responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion.**

Les commissaires à la fusion **vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable.** Ils peuvent obtenir à cette fin, auprès de chaque société, communication de tous documents utiles et procéder à toutes vérifications nécessaires.

Le ou les rapports des commissaires à la fusion sont **mis à la disposition des actionnaires.** (Article L236-10 du code de commerce)

- **Date d'effet de l'opération**

La fusion prend effet à la **date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération** sauf **si** le contrat prévoit que l'opération prend effet à une autre date, laquelle ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires, ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine. (Article L236-4 du code de commerce)

### **3. *Qui a la charge de régler les dettes de la SA BARRIERE si celle-ci est absorbée par la SA JARY ? La loi protège-t-elle les créanciers de la société BARRIERE ?***

**La société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée aux lieu et place de celle-ci**, sans que cette substitution emporte novation à leur égard.

Les créanciers non obligataires des sociétés participant à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion peuvent former **opposition** à celui-ci **dans le délai de trente jours à compter de la dernière insertion** (Article R236-8 du code de commerce) **devant le tribunal de commerce.**

Le tribunal rejette l'**opposition** ou **ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société absorbante en offre et si elles sont jugées suffisantes.**

**A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion est inopposable à ce créancier.** (Article L236-14 du code de commerce)

## DOSSIER 2 – DROIT PÉNAL – 4 POINTS

### 1. *Le comportement des actionnaires et de l'apporteur est-il répréhensible ?*

Il y a eu une augmentation du capital social de la SA par apport en nature, qui est un fonds de commerce.

A cette occasion, un **délit de surévaluation frauduleuse de l'apport en nature a été commis par les actionnaires**. Ces derniers ont agi en connaissance de cause. Les éléments moral, matériel et légal du délit sont donc caractérisés.

Le droit pénal applicable à la SA prévoit qu'est puni le fait, pour toute personne de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. (Article L242-2 du code de commerce)

Cette infraction prévue pour la constitution des sociétés anonymes est aussi punie si elle est commise en cas d'augmentation de capital. (Article L242-21 du code de commerce)

### 2. *Que pensez-vous de l'attitude de M. Pierre ?*

M. Pierre, commissaire aux comptes de la société anonyme, a l'obligation de révéler au procureur de la République les faits délictueux qu'il découvre à l'occasion de l'exercice de sa mission ; en l'occurrence, **il a connaissance du fait que le fonds de commerce a été surévalué par les actionnaires et l'apporteur**.

La loi oblige le commissaire aux comptes à révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance, sans que sa responsabilité puisse être engagée par cette révélation. (Article L823-12 du code de commerce)

La loi punit le **délit de non révélation des faits délictueux par un commissaire aux comptes** d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros le fait de ne pas révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance. (Article L820-7 du code de commerce)

### 3. *Une infraction sera-t-elle commise si le bilan est présenté à l'assemblée générale ordinaire annuelle et déposé au greffe du tribunal de commerce ?*

La loi dispose qu'est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de **publier ou présenter aux actionnaires des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle** du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société. (Article L242-6 du code de commerce)

Le bilan présenté à l'assemblée générale ordinaire annuelle, et qui est publié (c'est-à-dire déposé au greffe du tribunal de commerce) comporte un bien surévalué de manière frauduleuse. Les dirigeants engagent donc leur responsabilité pénale.

### 4. *Si les faits survenus dans la SA Fleuret font l'objet d'un dépôt de plainte auprès du procureur de la République, celui-ci va-t-il engager des poursuites ? Dans l'affirmative, quel est le délai de prescription de l'action publique dans le cas présent ?*

- **Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner.** (Articles 40 et 40-1 du code de procédure pénale)

Lorsqu'il estime que les faits portés à sa connaissance constituent une infraction, il décide s'il est opportun ou non d'engager des poursuites.

Néanmoins, si la plainte est déposée avec constitution de partie civile, le procureur est tenu d'engager des poursuites.

- **L'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.** (Article 8 du code de procédure pénale)

## DOSSIER 3 – DROIT DES CONTRATS – 4 POINTS

### **Question n°1 – DISTRITECHNOLOGIC peut-elle obtenir l'exécution de la cession des actions WEB4TIC à son bénéfice ?**

Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Si cette volonté peut résulter d'une déclaration (article 1113 du code civil), encore faut-il que celle-ci émane d'un représentant de la société.

La société INVESTOR est une société par actions simplifiée et le seul représentant légal d'une société par actions simplifiée est le président. M. Béta est le directeur financier de la filiale WEB4TIC ; il n'est certainement pas le président de la société INVESTOR et n'a par ailleurs pas pu donner l'apparence d'engager INVESTOR. De ce fait, la déclaration qu'il a formulée n'a pu engager la société INVESTOR et le contrat n'a pu se former de ce fait entre INVESTOR et DISTRITECHNOLOGIC. Dès lors, DISTRITECHNOLOGIC ne peut obtenir l'exécution de la cession.

### **Question n°2 – INVESTOR a-t-elle manqué à son devoir d'information en taisant cette indication ?**

L'article 1112 du code civil déclare que « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations contractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. ». La faculté dont disposait DISTRITECHNOLOGIC de résilier le contrat de distribution est une information déterminante, s'agissant du principal distributeur de WEB4TIC. Par son silence sur cette information, INVESTOR ne respecte pas l'exigence de bonne foi posée par l'article 1112 du Code civil.

### **Question n°3 – Cette clause est-elle licite ?**

L'article L. 121-20-3 du code de la consommation met à la charge du vendeur la responsabilité de l'intervention de prestataires de service, notamment des transporteurs. Celui-ci n'est pas un tiers et c'est WEB4TIC et non un tiers qui a manqué à son obligation d'exécution de son engagement.

Par ailleurs, l'article R.212-1 6° du code de la consommation indique que sont abusives et réputées non écrites les clauses de responsabilité qui suppriment ou réduisent le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations.

En l'espèce, le montant de l'indemnisation conduit à réduire le droit à réparation du consommateur alors que WEB4TIC a manqué à son oblig

ation de délivrance. Cette clause est donc réputée non écrite.

### **Question n°4 – En vous aidant de l'annexe 1 et étant rappelé que la Convention de Rome du 19 juin 1980 est un accord de l'Union européenne (intégré au droit communautaire par le règlement Rome I du 17 juin 2008), indiquer si la loi applicable est la loi française ou la loi belge.**

Si la Cour de cassation, dans son arrêt du 16 septembre 2015, retient qu'en application de la Convention de Rome, « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits », ce n'est « qu'en l'absence de choix par les parties ».

En l'espèce, le contrat paraît certes présenter des liens plus étroits avec la Belgique qu'avec la France, mais ce même contrat mentionne l'application de la loi française. C'est donc la loi française qui s'applique.

## DOSSIER 4 – ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS – 4 POINTS

### Question n° 1 : Quel est le rôle du juge-commissaire dans la procédure de sauvegarde ?

Le juge-commissaire dans une procédure de sauvegarde a pour rôle de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence (art. L. 621-9 du Code de commerce).

Il a aussi compétence pour prendre des décisions en matière de vérification et d'admission des créances.

Il a également un pouvoir d'autorisation en matière d'actes, comme par exemple l'autorisation des actes graves (actes de disposition étrangers à la gestion courante, constitution de sûretés, conclusion de compromis ou de transaction), et en matière de paiement du gagiste, du rétenteur, du fiduciaire ou du crédit-bailleur.

Enfin, il a, notamment, le pouvoir de désigner un ou plusieurs techniciens ainsi qu'un ou plusieurs contrôleurs.

### Question n° 2 : Qui sont les contrôleurs et quel est leur rôle dans la procédure de sauvegarde ?

Les contrôleurs sont des créanciers désignés par le juge-commissaire parmi ceux qui en font la demande.

Dans une procédure de sauvegarde, les contrôleurs assistent le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise.

Ils peuvent également prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire.

Ils disposent aussi du pouvoir de défendre l'intérêt collectif en cas de carence du mandataire judiciaire.

Enfin, les contrôleurs sont informés, consultés et convoqués à chaque étape de la procédure, notamment pour le renouvellement de la période d'observation et l'arrêt du plan de sauvegarde.

### Question n° 3 : Le liquidateur judiciaire peut-il agir en responsabilité civile contre les créanciers de la société en liquidation judiciaire ?

L'article L. 650-1 alinéa 1 du Code de commerce dispose que « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. »

En principe le liquidateur judiciaire ne peut pas agir contre les créanciers (article L. 650-1 du Code de commerce).

L'article L. 650-1 du Code de commerce prévoit trois hypothèses dans lesquelles, par exception, il sera possible d'engager la responsabilité civile d'un créancier :

- l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ;
- la fraude ;
- l'obtention de garanties disproportionnées en contrepartie de l'octroi de concours.

### Question n° 4 : En vous aidant de l'arrêt reproduit en annexe 1, la Société Parisienne de Crédit peut-elle voir sa responsabilité civile engagée ?

Pour que le liquidateur judiciaire puisse agir en justice contre la société parisienne de crédit, il doit prouver l'existence de crédits fautifs ainsi que l'un des trois cas dans lesquels la responsabilité civile des créanciers peut être mise en œuvre.

1 - La chambre commerciale de la Cour de cassation juge que le fait de consentir un crédit important sans prendre en considération, suite à une analyse utile, la fragilité de la société bénéficiaire ne constitue pas une immixtion caractérisée du banquier prêteur dans la gestion de la société Bytonne (« qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser une immixtion de la Caisse dans la gestion de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »).

2 - En outre, pour la chambre commerciale de la Cour de cassation, la seule immixtion ne suffit pas à engager la responsabilité civile d'un créancier, encore faut-il prouver l'existence de concours fautifs.

Elle juge que les crédits accordés ne sont pas fautifs et que les juges du fond ne pouvaient pas, pour établir le caractère fautif du prêt, se contenter de relever une faute d'immixtion caractérisée dans la gestion de la part de la banque.

Il faudrait que les juges, pour établir le caractère fautif du prêt, relèvent soit l'existence d'un crédit ruineux, soit l'existence d'un soutien abusif de crédit.

*(« Qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir le caractère fautif des crédits accordés, tenant à la pratique d'une politique de crédit ruineux pour l'entreprise financée de nature à provoquer une croissance continue et insurmontable de ses charges financières, eu égard à ses perspectives de rentabilité et à ses capacités de remboursement, ou tenant à l'apport d'un soutien artificiel à une entreprise dont la Caisse connaissait ou aurait dû connaître, si elle s'était informée, la situation irrémédiablement compromise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »).*

En conclusion, le liquidateur n'obtiendra pas gain de cause faute de rapporter la preuve de concours fautifs et de l'immixtion caractérisée de celle-ci dans la gestion de la société anonyme Bytonne.

## DOSSIER 5 – FISCALITÉ – 3 POINTS

**Question 1 - Compte-tenu des éléments de fait qui vous exposés, quel est le sens de réalisation de la fusion telle qu'elle est présentée ? Quelles sont les conséquences s'agissant des règles de transcription des apports ?**

Il est précisé que la société VSOP absorbe la société XO, la première étant plus importante économiquement que la seconde. XO et VSOP n'ayant pas les mêmes actionnaires, elles sont placées sous contrôle distinct. La fusion est donc faite « à l'endroit ». Ainsi, la transcription des apports se fera obligatoirement aux valeurs réelles et non aux valeurs comptables.

**Question 2 - Cette provision est-elle soumise à l'impôt sur les sociétés lors de la réalisation de l'opération ?**

Une fusion est susceptible d'entraîner la reprise de provisions et donc leur imposition à l'IS. Néanmoins, lorsque la transcription des apports est faite aux valeurs réelles, les provisions qui conservent leur objet ne sont pas imposables, à condition que le risque soit supporté par l'absorbante. En l'occurrence, dès lors que la société VSOP supportera le risque assumé par la société XO, la provision est transcrite dans les livres de VSOP et ne sera pas reprise donc pas imposée au moment de la fusion.

### **Question 3 - Ces déficits peuvent-ils être transférés à la société VSOP ?**

En principe, les déficits antérieurs subis par l'apporteuse sont perdus, en vertu du principe d'identité d'entreprise. Toutefois, ces déficits peuvent être conservés par la société bénéficiaire des apports si un agrément spécial est délivré.

- L'agrément est de droit lorsque :
- l'opération est placée sous le régime de l'article 210 A du CGI ;
- elle est justifiée du point de vue économique et obéit à des motivations principales autres que fiscales ;
- l'activité à l'origine des déficits n'a pas subi de changements significatifs (appréciés au moyen de critères relatifs à la clientèle, à l'emploi, aux moyens d'exploitation mis en œuvre, ainsi qu'à la nature et au volume d'activité) pendant la période de constatation des déficits ;
- l'activité à l'origine des déficits dont le transfert est demandé doit être poursuivie pendant un délai minimum de trois ans, sans faire l'objet, pendant cette période, de changement significatif apprécié selon les modalités décrites ci-dessus ;
- les déficits ne proviennent ni de la gestion d'un patrimoine mobilier par des sociétés holding ni de la gestion d'un patrimoine immobilier.

La société bénéficiaire des apports peut imputer les déficits transférés sur ses résultats dans les conditions de droit commun.

En l'espèce, l'activité transmise devra donc être maintenue dans les mêmes conditions pour que l'agrément soit délivré.

### **Question 4 - Quelles conséquences fiscales la fusion entraînera-t-elle pour Aude Vie ?**

La plus-value résultant de l'échange des titres bénéficie de plein droit d'un sursis ou d'un report d'imposition. En l'occurrence, Aude Vie sera associée minoritaire de la société VSOP (après fusion), la plus-value sera donc placée en sursis d'imposition. Concrètement, elle ne sera ni constatée ni imposée lors de l'opération mais le sera lors de la cession des titres reçus en échange, sur la base de la valeur d'origine des titres acquis.

### **Question 5 – La société VSOP doit-elle payer les amendes antérieurement infligées à la société XO ?**

Il résulte d'un avis du Conseil d'Etat du 4 décembre 2009 que les pénalités fiscales supportées par une société absorbée sont mises à la charge de l'absorbante. Le principe de personnalité des peines n'y fait pas obstacle, compte tenu de l'objectif de lutte contre la fraude fiscale.

La société VSOP devra donc payer les amendes infligées à la société XO.