

**DOSSIER 1 : FUSION DE SOCIETES**

**1 – A l'occasion de cette opération de fusion-absorption, la société AYMARD a augmenté son capital de 337 500 €. Retrouver et justifier ce montant.**

Dans le cadre de l'opération de fusion, et compte tenu de la parité d'échange, il y a lieu normalement pour la société AYMARD d'émettre  $5\,000 \times 3/2 = 7\,500$  actions nouvelles. Toutefois, la société AYMARD détenant préalablement à l'opération de fusion, une fraction du capital de la société BEGRAND, l'augmentation du capital doit être limitée à l'émission des actions permettant de rémunérer les actionnaires de la société absorbée autres que la société absorbante. C'est la règle de la fusion-renonciation (C. com., art. L 236-3) ;

La société absorbante détenant avant la fusion 10 % du capital de la société absorbée, elle aurait du recevoir en théorie  $500 \times 3/2 = 750$  actions. L'augmentation de capital de la société absorbante doit donc être limitée à  $7\,500 - 750 = 6\,750$  actions, soit une augmentation de capital de :  $6\,750 \times 50 = 337\,500$  €.

**2 – Quel est l'objet de la mission du commissaire à la fusion ? Selon quelles modalités a-t-il été désigné ? Les sociétés auraient-elles pu se dispenser de désigner un commissaire à la fusion ?**

- *Mission du commissaire à la fusion* : Le commissaire à la fusion doit établir un rapport écrit sur les modalités de la fusion. Le commissaire est investi d'une double mission. Il doit donner un avis sur la parité d'échange qui a été retenue pour l'opération en vérifiant que le rapport d'échange est équitable (il s'agit d'apprécier la parité, pas de la déterminer). Le commissaire à la fusion doit également donner un avis sur la valorisation des apports dans le cadre de la fusion.
- *Désignation du commissaire à la fusion* : Le commissaire à la fusion est désigné par ordonnance du Président du Tribunal de commerce sur requête des sociétés qui participent à l'opération. En fonction de l'importance ou de la complexité de l'opération, il est possible de désigner plusieurs commissaires à la fusion. En règle générale, les sociétés déposent une requête conjointe en vue de la désignation du commissaire à la fusion. Le commissaire à la fusion est choisi parmi les commissaires aux comptes inscrits ou parmi les experts inscrits sur une des listes établies par les cours et tribunaux (C. com., art. R 236-6 et R 225-7). Le commissaire à la fusion est soumis aux mêmes incompatibilités que le commissaire aux comptes.
- *Dispense de désignation d'un commissaire à la fusion* : Le droit des sociétés autorise désormais deux sociétés anonymes qui fusionnent à se dispenser de désigner un commissaire à la fusion. Cette décision doit néanmoins être prise à l'unanimité des associés des sociétés qui fusionnent (Code de commerce, art. L 236.10 – II).

**3 – Quel est l'intérêt de la clause de rétroactivité insérée dans le projet de fusion ? De manière générale, quelle est la date butoir en matière de rétroactivité juridique d'une opération de fusion ? La solution est-elle identique en matière fiscale ? Précisément, au plan fiscal, à quel(s) type(s) d'impôt(s) ou taxe(s) la rétroactivité est-elle susceptible de s'appliquer ?**

- *L'intérêt de la clause de rétroactivité* : La clause de rétroactivité permet de mener à bien les opérations de fusions en travaillant sur une situation patrimoniale figée dans le temps, la date d'effet rétroactif. Elle peut ainsi permettre de déterminer la parité d'échange sur une base intangible alors que, en l'absence d'une clause de rétroactivité, les valeurs des sociétés en présence pourraient évoluer jusqu'à la date des assemblées générales approuvant l'opération. Elle facilite les opérations de transmission en prenant habituellement comme date d'effet rétroactif, celle du dernier exercice clos.

- *La date butoir en matière de rétroactivité juridique* : La rétroactivité est possible, selon le Code de commerce, jusqu'à la date de clôture du dernier exercice clos par la société absorbée (C. com., art. L 236-4).
- *La solution au plan fiscal* : Au plan fiscal, la rétroactivité de l'opération de fusion est possible jusqu'à une date qui correspond à la date d'ouverture de l'exercice en cours à la date de réalisation de l'opération de fusion chez la société absorbante.
- *L'étendue fiscale de la rétroactivité* : Au plan fiscal, il n'y a de rétroactivité qu'en matière d'impôt sur les sociétés. Il ne saurait y avoir de rétroactivité en matière de TVA, impôts locaux, etc.

**4 – La santé financière de la société AYMARD étant assez précaire, les créanciers de cette société ne voient pas d'un très bon œil l'opération de fusion envisagée avec la société BEGRAND. Les créanciers de la société AYMARD disposent-ils d'une voie de recours ? Dans l'affirmative, dans quelles conditions peuvent-ils l'exercer et avec quelle(s) issue(s) possible(s) ?**

- *L'existence d'une voie de recours* : Le droit des sociétés, accorde en matière de fusions de sociétés, un droit d'opposition aux créanciers des sociétés en présence (C. com., art. L 236-14).
- *Conditions d'exercice du droit d'opposition* : Les créanciers disposent d'un délai de 30 jours à compter de la dernière mesure de publication du projet de fusion pour exercer ce droit d'opposition devant le tribunal de commerce (C. com., art. R 236-8).
- *Issues possibles* : Lorsque des créanciers ont formé opposition au projet de fusion, le Président du tribunal de commerce peut soit rejeter l'opposition, soit à l'inverse ordonner le remboursement immédiat de la créance, soit enfin ordonner la constitution de garanties complémentaires au profit du créancier concerné. A défaut de remboursement des créances ou de constitution de garanties, la fusion est inopposable aux créanciers.

**5 – Quelles sont les obligations de la société BEGRAND envers son comité d'entreprise dans le cadre de la fusion avec la société AYMARD ?**

La société BEGRAND a l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur le projet de fusion (C. Travail, art. L2323-19). L'employeur indique les motifs de l'opération de fusion et consulte le comité d'entreprise sur les mesures envisagées à l'égard des salariés lorsque cette fusion comporte des conséquences pour ceux-ci.

Le comité d'entreprise doit disposer d'un délai suffisant pour examiner les conditions de l'opération Cette consultation suppose que le comité d'entreprise dispose d'une information suffisante pour exprimer un avis sur l'opération. Si le comité d'entreprise estimait ne pas disposer de l'information et du temps nécessaires, il pourrait demander en justice de surseoir à l'opération.

**6 – A quelles conditions de fond et de forme l'opération de fusion a-t-elle pu être placée sous le régime fiscal de faveur des fusions ?**

Pour pouvoir bénéficier du régime de faveur des fusions, l'opération doit remplir deux conditions de fond et une condition de forme.

*Conditions de fond* : Le régime fiscal de faveur n'est possible que si l'opération réalisée correspond bien à la définition fiscale des fusions donnée par l'article 210-0-A du Code général des impôts et si l'opération est réalisée entre deux sociétés soumises à l'IS.

*Condition de forme* : L'option pour le régime de faveur doit être mentionnée de manière explicite dans le projet de fusion. Il s'agit d'une mention fiscale qui vient s'ajouter aux mentions exigées par le Code de commerce.

**7 - A l'occasion de la fusion, la société BEGRAND a constaté les plus-values suivantes sur les éléments de l'actif immobilisé compris dans l'apport :**

	<b>Plus-value nette à court terme</b>	<b>Plus-value nette à long terme</b>
<b>Immobilisations non amortissables</b>		<b>200 000 €</b>
<b>Immobilisations amortissables autres que les immeubles</b>	<b>45 000 €</b>	<b>60 000 €</b>
<b>Immeubles compris dans l'apport</b>	<b>120 000 €</b>	

**Quel est le sort de ces plus-values dans le cadre de la mise en œuvre du régime fiscal de faveur des fusions ?**

Dans le cadre du régime fiscal de faveur des fusions, il y a lieu de distinguer :

- *Les plus-values nettes constatées sur les éléments non amortissables compris dans l'apport* : ces plus-values sont provisoirement exonérées et bénéficient d'un régime de sursis d'imposition. En clair, la plus-value de fusion constatée sur les éléments non amortissables n'est pas imposée immédiatement et la fusion revêt un caractère intercalaire. En revanche, lorsqu'interviendra ultérieurement la cession du bien par la société absorbante, la plus-value de cession sera calculée par différence entre le prix de cession et la valeur nette comptable du bien chez la société absorbée ;
- *Les plus-values nettes constatées sur éléments amortissables* : dans le cadre du régime de faveur, ces plus-values ne sont pas imposées chez la société absorbée mais sont imposables de manière étalée sur 5 ans ou sur 15 ans chez la société absorbante. Le délai est de 5 ans pour la généralité des éléments amortissables compris dans l'apport ; il est de 15 ans pour les plus-values constatées sur les immeubles. La réintégration sur 5 ans et/ou sur 15 ans porte sur l'intégralité de la plus-value sans distinction court terme ou long terme. Au cas d'espèce, la société AYMARD devra donc réintégrer une plus-value de (45 000 + 60 000 = 105 000 €) sur une durée de 5 ans, soit 21 000 € par an. La réintégration s'effectue par voie extra-comptable. La société AYMARD devra également réintégrer extra-comptablement sur 15 ans, un quinzième de la plus-value nette sur immeubles, soit 8 000 € par an pendant 15 ans.

**8 – On vous communique la situation de deux associés de la société BEGRAND :**

- **M. LACHAISE**, détenait à titre personnel 400 actions de la société BEGRAND. A l'occasion de la fusion, **M. LACHAISE**, qui n'exerçait aucune fonction au sein de la société BEGRAND, a reçu en échange 600 actions de la société AYMARD et a constaté à cette occasion une plus-value d'échange de 8 500 €.
- La SAS DELVAL détenait quant à elle 300 actions de la société BEGRAND et a reçu 450 actions de la SA AYMARD. L'échange des titres a été l'occasion de constater une moins-value de 5 000 € pour la SAS DELVAL.

**Quelles sont les conséquences fiscales de l'opération de fusion entre la SA AYMARD et la SA BEGRAND pour M. LACHAISE et pour la SAS DELVAL ?**

- *Situation de M. LACHAISE* : Tout d'abord, au plan fiscal, la remise des titres de la société absorbante aux associés de la société absorbée ne saurait être considérée comme une distribution. Ensuite, l'échange des actions à l'occasion de la fusion constitue une opération à titre onéreux qui devrait en principe déclencher l'imposition de la plus-value constatée sur les titres lors de l'échange. Toutefois, cette plus-value n'étant pas encaissée, mais simplement constatée, le droit fiscal instaure au profit des associés personnes physiques un régime de sursis d'imposition, qui est d'application obligatoire. La plus-value d'échange n'a donc ni à être calculée, ni même à être déclarée. Pour les associés personnes physiques, l'opération de fusion revêt un caractère intercalaire.
- *Situation de la SAS DELVAL* : L'opération de fusion entraîne pour la SAS DELVAL deux conséquences.
  - La société avait inscrit à l'actif de son bilan des titres de la SA BEGRAND et reçoit en échange à l'occasion de la fusion des titres de la SA AYMARD. Cette opération d'échange aboutit au cas d'espèce à constater une moins-value d'échange qui doit être fiscalisée. Si les titres détenus dans la SA BEGRAND avaient la nature de titres de participation, cette moins-value n'est pas déductible. Si les titres n'avaient pas la nature de titres de participation (détention < 2 ans par exemple), la moins-value est déductible du résultat. Néanmoins, l'article 38-7 bis du CGI donne la possibilité à la SAS DELVAL de demander à bénéficier d'un régime de sursis d'imposition. Mais à la différence de la situation des associés personnes physiques, le sursis est ici un régime optionnel.
  - La SAS DELVAL détenait avant l'opération de fusion 300 titres, soit 6 % du capital social, de la société BEGRAND, ce qui lui permettait de bénéficier du régime des sociétés mères et filiales. Après l'opération, la SAS DELVAL détient 450 titres de la société AYMARD dont le capital comporte désormais  $9\ 000 + 6\ 750 = 15\ 750$  actions. En valeur relative, la SAS DELVAL détient donc 2,86 % soit moins de 5 % du capital de la SA AYMARD, après fusion. En conséquence, du fait de l'opération de fusion, la SAS DELVAL perd la qualité de société mère.

## DOSSIER 2 : ENTREPRISE EN DIFFICULTE

### **1. Quelles sont les raisons qui peuvent conduire le commissaire aux comptes à déclencher une procédure d'alerte ?**

L'article L. 234-1 du Code de commerce prévoit que lorsque le commissaire aux comptes d'une société anonyme relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il en informe le Président du Conseil d'Administration ou du Directoire. Cette information constitue le point de départ de la procédure dite « procédure d'alerte ».

Ainsi, tout fait susceptible de remettre en cause la pérennité ou l'avenir de la société peut être à l'origine du déclenchement de la procédure d'alerte. L'incertitude pesant sur la continuité d'exploitation peut résulter d'éléments divers à caractère financier, juridique, etc. A titre d'exemple, peuvent être à l'origine de nature à compromettre la continuité de l'exploitation :

- des capitaux propres négatifs ;
- une sous-activité notable et continue dans certains secteurs de l'entreprise ;
- une situation de trésorerie négative et dont l'évolution conduira à l'impossibilité de régler les créanciers à l'échéance ;
- une destruction de l'outil de production ;
- une rupture d'approvisionnement en matière première indispensable ;
- des conflits sociaux graves et répétés ;
- etc.

## **2. Exposer les différentes phases de la procédure d'alerte qui pourrait être déclenchée par le commissaire aux comptes de la SA XTREM PARK.**

Dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, la procédure d'alerte comporte quatre phases :

- Le commissaire aux comptes informe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception le Président du conseil d'administration des faits relevés par lui et de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le président doit répondre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans le 15 jours. Si le commissaire aux comptes estime la réponse satisfaisante, l'alerte prend fin.
- Dans les SA à conseil d'administration, à défaut de réponse dans le délai de 15 jours, ou lorsque la réponse du Président du conseil d'administration est jugée non satisfaisante par le commissaire aux comptes, ce dernier dispose d'un délai de 8 jours pour inviter le Président à réunir le conseil d'administration afin de le faire délibérer sur les faits relevés. Une copie de cette demande est adressée en lettre recommandée avec demande d'avis de réception au Président du tribunal de commerce.  
Le Président du conseil d'administration dispose d'un délai de 8 jours pour convoquer le conseil d'administration. La réunion du conseil d'administration doit intervenir dans les 15 jours qui suivent la demande du commissaire aux comptes. Dans les 8 jours suivant la réunion du conseil d'administration, un extrait du procès verbal de la réunion doit être communiqué par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au commissaire aux comptes, au Président du tribunal de commerce ainsi qu'au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.
- Si le conseil ne s'est pas réuni, s'il s'est réuni hors délai ou si la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial d'alerte destiné à l'assemblée générale qui doit être convoquée spécialement. Pour cela, le commissaire aux comptes invite le président du conseil d'administration par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à faire délibérer l'assemblée générale sur les faits relevés. Le Président du conseil d'administration dispose de 8 jours pour convoquer l'assemblée générale. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance. Enfin, dans le même délai, le Président du conseil d'administration communique le rapport spécial du commissaire aux comptes au comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel. En cas de carence du conseil d'administration, le commissaire aux comptes convoque lui-même l'assemblée générale dans un délai de 8 jours à compter de l'expiration du délai imparti au conseil d'administration ou au directoire pour convoquer l'assemblée générale.
- Si le commissaire aux comptes estime que les décisions prises par l'assemblée générale ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe le Président du tribunal de commerce avec copie de tous les éléments utiles à son information.

## **3. Le commissaire aux comptes aurait-il pu déclencher la procédure d'alerte au cours de l'exercice social 2009 ?**

Dans les sociétés anonymes, l'information prévue à la première phase de la procédure d'alerte porte sur tout fait que le commissaire aux comptes relève lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou sur tout fait dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. Or, la mission du commissaire aux comptes est dite « permanente ». Cela signifie que le commissaire aux comptes peut agir et être informé à toute époque de l'année et qu'il est tenu de déclencher une procédure dès lors qu'il a connaissance de fait de nature à mettre en cause la continuité d'exploitation.

Dans le cas d'espèce, on ne sait si le commissaire aux comptes a eu connaissance, au cours de l'année 2009, des nombreuses fermetures administratives intervenues en 2009 et leur impact sur la capacité d'exploitation de la société et sur ses résultats. Dans l'affirmative, le commissaire aux comptes pouvait analyser ces faits comme étant de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de la société et il devait, alors, déclencher sans attendre la procédure d'alerte.



### 1. Qualifier le contrat conclu entre la société ALBLAK et la société LAVOILA ?

Le contrat d'entreprise appartient à la catégorie des contrats de louage d'ouvrage. On peut le définir comme celui par lequel une personne, l'entrepreneur, s'oblige en contrepartie d'une rémunération, à exécuter pour l'autre partie, le maître de l'ouvrage (client), un travail déterminé, de façon indépendante.

Il est fréquent qu'un contrat d'entreprise donne lieu à des sous-traités. En effet, la sous-traitance se définit comme l'opération par laquelle une entreprise principale confie par un sous-traité (contrat de sous-traitance), sous sa responsabilité, tout ou partie de l'exécution du contrat conclu avec le maître de l'ouvrage, à un tiers (le sous-traitant). Il s'agit d'un contrat d'entreprise spécifique régi par une réglementation spéciale.

En l'espèce, le contrat conclu entre la société ALBLAK et la société LAVOILA répond à la définition du contrat de sous-traitance (et donc à celle du contrat d'entreprise) puisque la société LAVOILA se voit confier une partie du contrat signé initialement entre le maître de l'ouvrage (RCT) et l'entrepreneur principal (ALBLAK), à savoir le terrassement et la mise en état du terrain.

### 2. Dans ce type de contrat, un agrément est-il nécessaire ? Dans l'affirmative, sur quoi porte-t-il et quelles seraient les conséquences d'un défaut d'agrément ?

La sous-traitance impose l'accord du maître de l'ouvrage afin de respecter l'obligation personnelle d'exécution de la commande par l'entrepreneur principal. L'article 3 de la loi de 1975 précise que « l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. »

A défaut, le sous-traitant n'a pas d'action directe en paiement à l'égard du maître de l'ouvrage, mais pour sa part l'entrepreneur principal ne peut pleinement invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre de son sous-traitant, tout en demeurant intégralement tenu à son égard.

**En l'espèce**, un agrément est donc bien nécessaire et relatif à la personne du sous-traitant ainsi qu'aux conditions de paiement convenues. On peut considérer que le fait que la société ALBLAK n'ait pas informé le maître de l'ouvrage (la SCI RCT) revient à indiquer qu'il n'y a donc pas eu d'agrément sollicité par l'entrepreneur principal. Le non respect de cette condition limite donc à la fois le recours de LAVOILA envers RCT, et l'invocation du contrat par la société ALBLAK envers son sous-traitant.

### 3. L'action en justice entreprise par la société LAVOILA à l'encontre de la SCI RCT est-elle recevable ?

Il s'agit ici d'analyser la relation entre le sous-traitant et le client qui est par nature, extracontractuelle. En effet, aucun contrat ne les lie directement. Le législateur considère qu'à défaut d'agrément, le sous-traitant n'a aucun droit contre le maître de l'ouvrage. Dès lors, ce dernier n'est pas tenu de payer le sous-traitant non agréé puisqu'il doit le prix à l'entrepreneur principal. Cependant, la loi de 1975 (article 14) écarte cette conséquence en matière de bâtiments et travaux publics : si le maître de l'ouvrage avait connaissance de la présence de sous-traitants sur le chantier, il devait mettre en demeure l'entrepreneur principal de le faire agréer. A défaut de cette mise en demeure, le sous-traitant dispose du droit d'agir directement envers le maître d'ouvrage.

En l'espèce, aucun indice n'alimente l'hypothèse que la société RCT aurait connu l'intervention de la société LAVOILA sur son chantier. L'absence d'agrément ne permet donc pas à la société LAVOILA de se retourner contre le maître de l'ouvrage et son action en justice à cette fin est irrecevable.

#### 4. L'argument opposé par la société ALBLAK afin de ne pas avoir à payer, est-il juridiquement recevable ? Si oui, à quelle(s) condition(s) ? Si non, pourquoi ?

Le sous-traitant est tenu, comme tout entrepreneur, à l'exécution de ses obligations contractuelles envers son contractant. Selon les prévisions du contrat, il est tenu d'obligations de moyen et/ou de résultat envers son contractant.

En l'espèce, le non-respect du cahier des charges constitue assurément le non-respect d'un engagement contractuel de la part du sous-traitant qui n'a donc pas rempli son obligation de résultat.

Toutefois, il faut rappeler que la société ALBLAK n'a pas notifié le contrat de sous-traitance à la société RCT et n'est donc pas autorisée à invoquer les termes du contrat à l'encontre de son sous-traitant. Néanmoins, la jurisprudence estime que cette règle ne saurait autoriser le sous-traitant à s'exonérer des obligations essentielles à sa charge, à commencer par l'exécution des travaux confiés.

Par suite, en supposant fondé le reproche élevé par la société ALBLAK, celle-ci formule une objection recevable pour faire obstacle à la demande de paiement de la société LAVOILA.

### DOSSIER 4 : DROIT PENAL ET CONTENTIEUX

#### 1. Les deux opérations décrites posent-elles problème au regard du droit pénal ?

Le dirigeant d'une société dispose de pouvoirs qu'il ne peut exercer de manière abusive. Dans certains cas, cet abus conduit à des sanctions pénales.

##### Opération n° 1 : prêt à un cousin

La situation décrite apparaît susceptible d'être qualifiée d'abus de biens sociaux.

• L'**abus de biens sociaux** est constitué dès lors que les dirigeants d'une société font, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci afin de satisfaire soit leurs intérêts personnels, soit une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. Il s'agit d'un délit applicable notamment aux sociétés à responsabilité limitée.

Comme toute infraction pénale, l'abus de biens sociaux suppose la réunion de trois éléments constitutifs :

- **élément légal** : ce délit est prévu par une disposition de la loi pénale ;
- **élément matériel** : il consiste en l'usage de biens, de crédits ou de pouvoir. Cet usage implique un acte positif tendant à l'utilisation d'un bien social à des fins personnelles. Les biens susceptibles d'être détournés sont entendus largement : biens de la société (meubles ou immeubles), crédits de la société (liquidités, capacités financières) ou pouvoirs conférés par la société. Cet usage doit être contraire à l'intérêt social. Est visé tout usage qui s'avère contraire à l'intérêt général de la société que ce soit l'intérêt de la société elle-même, celui des associés ou des tiers contractants avec elle. Cet usage doit être effectué dans l'intérêt personnel du dirigeant et ce de manière directe ou indirecte ;
- **élément moral** : l'abus de bien social est une infraction intentionnelle.

##### • Prescription de l'abus de biens sociaux

La prescription triennale de droit commun s'applique. Celle-ci commence à courir au jour de la réalisation matérielle du délit, c'est-à-dire au jour de l'accomplissement de l'acte délictueux.

La jurisprudence a toutefois décidé que le point de départ de la prescription commence « au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ». La prescription part ainsi de la présentation des comptes annuels au sein desquels l'opération irrégulière est enregistrée, sauf dissimulation par des manipulations comptables ou des écritures irrégulières. Dans cette hypothèse, la prescription part alors de la révélation de l'opération irrégulière.

En l'espèce, le prêt accordé à M. Pierre DURAL apparaît sans raison d'être pour la société BATIVAR et ne s'explique que par l'intérêt familial qui unit le décideur, M. Jean DURAL, et son cousin. Par ailleurs, le prêt n'est pas rémunéré et n'a pas été remboursé en tout ou partie. Il est donc préjudiciable à la société BATIVAR et contraire à l'intérêt social. L'élément matériel est donc établi.

Quant à l'élément intentionnel, le défaut de toute formalisation du prêt et la discrétion gardée par Monsieur DURAL incitent à considérer que le gérant savait qu'il usait des fonds de l'entreprise à des fins irrégulières.

Enfin, la question de la prescription se pose. Le commissaire aux comptes s'interroge en septembre 2010, soit plus de trois ans après les faits mais moins de trois ans après la présentation à l'assemblée des comptes annuels du 31 août 2007 qui enregistraient l'irrégularité. L'opération n'est donc pas prescrite.

### **Opération n° 2 : prêt à une autre société**

Il s'agit d'apprécier la notion d'abus de bien social dans le cadre d'un groupe de sociétés. Depuis la jurisprudence « Rozenblum » (1985), l'appréciation de la notion d'intérêt social doit être adaptée au cas des groupes de sociétés. En effet, certains comportements, normalement constitutifs de l'infraction, peuvent être justifiés s'ils relèvent d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe, qu'ils ne sont pas dépourvus de contrepartie et qu'ils n'excèdent pas les capacités de la société appelée à contribuer au groupe.

En l'espèce, la SARL BATIVAR et la SCI DU PARC constituent un groupe dans la mesure où la première contrôle la seconde. Le prêt octroyé par la SARL BATIVAR à la SCI DU PARC est expliqué par l'économie de frais bancaires que l'opération génère, et il n'obère pas la situation de trésorerie de la société BATIVAR.

Si le gérant de la société BATIVAR peut faire état d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe, le prêt à la SCI ne devrait pas être qualifié d'abus de biens sociaux.

### **2. Le cabinet dans lequel vous effectuez le stage s'expose-t-il lui-même à des sanctions pénales s'il demeure inactif ?**

Pour que le contrôle externe du commissaire aux comptes soit effectif, le législateur prévoit des infractions relatives à l'exercice de la fonction de commissaire aux comptes. Ainsi, le fait de ne pas révéler au procureur de la République des faits délictueux dont il a eu connaissance (art. L 820-7 du Code de commerce), est constitutif d'une infraction punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 €.

### **3. Les faits présentés sont-ils susceptibles de conséquences pénales ?**

L'article L 242-10 du Code de commerce sanctionne le défaut de réunion de l'assemblée générale des actionnaires dans les délais prescrits (dans les six mois de la clôture de l'exercice) et prévoit un emprisonnement de six mois et une amende de 9 000 €. La responsabilité pénale des dirigeants peut-être retenue même si le défaut de réunion dans le délai imparti résulte d'une simple négligence.

Il s'agit bien d'un délai de réunion et non d'un délai de convocation. La réponse formulée par M. DUPIN n'est donc pas satisfaisante.

Par ailleurs, si les actionnaires ont été convoqués mais que le commissaire aux comptes lui ne l'a pas été, l'article L 820-4 1° punit d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 € le Président ou les administrateurs qui n'ont pas convoqué le commissaire aux comptes.



Cependant, si cette convocation en apparence tardive fait suite à une requête en report d'assemblée présentée au président du tribunal de commerce et que celui-ci a accordé un délai pour tenir l'assemblée, délai respecté par les convocations adressées le 31 août 2010, les infractions ne sont pas constituées.

**4. Quelle est la première étape de ce recours ? Dans quel délai doit-il être exercé et auprès de qui ? Ce recours dispense-t-il la société du paiement des majorations d'impôts et pénalités envisagées ?**

La première étape du recours contentieux est constituée de la réclamation préalable devant le service des impôts du lieu d'imposition.

Dans le cadre d'une procédure de rectification, le contribuable dispose d'un délai expirant au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la notification de la procédure de rectification.

En principe, la réclamation ne dispense pas le contribuable d'acquitter les impositions et pénalités mises à sa charge. Néanmoins, il est possible d'accompagner la réclamation d'une demande de sursis de paiement.

**5. Si cette voie de recours n'est pas satisfaisante pour l'entreprise, de quel recours dispose-t-elle encore ? Devant quelle juridiction ? Dans quel délai peut-elle exercer ce recours ? L'entreprise doit-elle être représentée par un avocat ? Peut-elle faire appel de la décision rendue si celle-ci ne lui est pas favorable ?**

Si la société n'est pas satisfaite de la réponse à la réclamation, elle a la possibilité d'introduire une instance devant le tribunal administratif (les rectifications concernent les bases de l'impôt sur les sociétés). La demande est déposée au greffe du tribunal.

L'entreprise dispose d'un délai de deux mois après avoir reçu la décision de l'administration, pour saisir le tribunal.

L'entreprise n'a pas l'obligation de se faire représenter par un avocat devant le tribunal administratif.

Le jugement rendu par le tribunal administratif est susceptible d'appel devant la Cour administrative d'appel dans un délai de deux mois à compter de la notification du jugement. Devant la Cour administrative d'appel, la représentation par un avocat est obligatoire.