



## DOSSIER 1 - CESSION DE DROITS SOCIAUX

**1. Définir et préciser les principales caractéristiques d'un pacte d'actionnaires.**

- Le pacte d'actionnaires est une convention soumise aux règles du droit des contrats qui tend à organiser les relations entre les différents actionnaires. Elle s'impose aux actionnaires qui l'ont signée.

- Le pacte d'actionnaires ne peut être contraire aux statuts et doit respecter l'intérêt social. Le pacte d'actionnaires ne peut être modifié qu'avec l'accord unanime des contractants. Il s'agit d'un document souvent conclu en marge des statuts et qui, dans les sociétés non cotées, est généralement confidentiel.

**2. A l'aide de l'annexe 1, indiquer les problèmes qui peuvent découler de la durée de ce pacte d'actionnaires.**

Le pacte d'actionnaires, comme tout engagement, peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée. Dans ces conditions, le pacte qui a une durée égale à la vie de la société est-il affecté d'un terme ou est-il à durée indéterminée ?

En l'espèce, la référence à la durée de la société conduit à envisager que le pacte n'est conclu que pour la durée initiale de la convention de société. Le pacte serait alors à durée déterminée. Néanmoins, la durée de la société pouvant être prorogée par ses actionnaires, on peut comprendre que le pacte lie ses co-contractants aussi longtemps que dure dans la société la situation d'actionnaire. Dans ce cas, le pacte serait à durée indéterminée.

La conséquence pratique est importante dans la mesure où, dans le dernier cas (pacte pour la durée de l'actionariat), chaque partie peut résilier le pacte à tout moment, alors que, dans le premier cas (pacte à durée déterminée), une telle résiliation est impossible.

Dans l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 6 novembre 2007 (voir *annexe 1*), un pacte conclu par des sociétés actionnaires d'une autre société précisait qu'il s'appliquerait aussi longtemps que ces sociétés ou leurs substitués demeureraient actionnaires. A l'occasion de la résiliation unilatérale du pacte par l'une d'elles, la question s'est posée de savoir si un tel pacte était à durée indéterminée ou était affecté d'un terme. Dans l'arrêt en date du 6 novembre 2007, la Cour de cassation a jugé que le pacte avait été conclu pour une durée indéterminée et qu'il avait donc été régulièrement résilié par la volonté unilatérale de l'un de ses signataires.



### 3. Sur la clause de préemption :

#### 3.1. – Préciser les sanctions encourues par M. Dupont si celui-ci ne respecte pas la clause de préemption contenue dans le pacte d'actionnaires.

La violation du pacte d'actionnaires justifie une action en responsabilité civile contractuelle de la part de la victime de la violation qui peut demander des dommages et intérêts afin de réparer le préjudice qu'elle a subi.

En effet, lorsque le pacte contient (comme ici) des obligations de faire et de ne pas faire, la victime peut invoquer l'article 1142 du Code civil (« *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* »).

#### 3.2. – Préciser les conditions dans lesquelles la solution retenue dans les arrêts cités en annexe 2 est transposable au cas d'espèce.

##### Problème juridique :

Dans l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation en date du 26 mai 2006 (annexe 2), la Cour suprême indique que la violation d'un pacte de préférence peut être sanctionnée par la nullité de la cession litigieuse et la substitution du bénéficiaire évincé dans les droits du tiers acquéreur.

Toutefois, les conditions sont draconiennes : il est indispensable de prouver que le tiers acquéreur connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

##### Application :

Malgré cette jurisprudence, les pactes d'actionnaires garderont bien souvent leur faiblesse juridique car, en cas de violation d'une clause de préférence, il sera difficile de démontrer que le tiers acquéreur était de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (voir néanmoins l'illustration donnée par l'arrêt du 14 février 2007 donné en annexe 2, approuvant l'annulation d'un tel pacte dont l'acquéreur avait eu connaissance).

En l'espèce, cette démonstration sera le plus souvent très difficile à faire dans la mesure où, dans les sociétés non cotées (comme ici), les pactes d'actionnaires ne sont pas publiés.

Monsieur Martin a peu de chance d'obtenir une exécution en nature et il devra se contenter de l'octroi de dommages et intérêts.



**4. Calculer le montant de l'impôt sur le revenu que devra payer Monsieur Dupont sur la plus-value qu'il réalisera à l'occasion de la vente à Madame Pictout de sa participation dans la société « Iliade », en retenant la solution la plus avantageuse.**

*Principe d'imposition :*

La plus-value imposable est égale à la différence entre le prix de cession et le prix effectif d'acquisition. Il y a imposition selon le régime des plus-values de particuliers dès lors que le montant total des cessions de titres et de valeurs réalisées dans l'année par l'ensemble des membres du foyer fiscal dépasse un seuil, fixé pour 2009, à 25 730 euros.

La plus-value est imposée au taux de 30,1%, soit 18% (depuis le 1/1/2008) d'impôt sur le revenu et 12,1% de prélèvements sociaux (CSG non déductible au taux de 8,2%, CRDS au taux de 0,5%, prélèvement social au taux de 2%, 0,3% de contribution additionnelle et 1,1% au titre du financement du revenu de solidarité active (RSA)).

Le montant de la plus-value est diminué d'un tiers par année de détention au-delà de la cinquième année, ce qui aboutit à une exonération totale au terme de 8 ans (hors prélèvements sociaux). En principe, le délai de détention ne commence à courir qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2006. Les abattements ne seront donc applicables qu'aux cessions réalisées après le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et l'exonération ne concernera que les cessions postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2014.

*Départ en retraite :* Mais ici, Monsieur Dupont prend sa retraite et, dans le cadre des mesures destinées à favoriser la transmission d'entreprise, va bénéficier d'un régime dérogatoire (CGI : art. 150 0D ter). En effet, dans ce cas, le dispositif d'abattement annuel est applicable aux cessions de titres réalisées entre le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et le 31 décembre 2013.

Les abattements s'appliquent aux cessions de titres possédés en pleine propriété, en usufruit ou en nue-propriété, acquis ou souscrits avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, sous plusieurs conditions :

- Le dirigeant-cédant doit cesser toute fonction au sein de la société et prendre sa retraite dans les deux ans qui précèdent ou qui suivent la cession.
- La société doit être soumise à l'IS, avoir son siège dans un Etat de l'espace économique européen, avoir exercé pendant au moins cinq ans avant la cession une activité industrielle, commerciale, libérale, artisanale ou agricole (hors gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier), employer moins de 250 salariés, avoir un CA inférieur à 50 M d'euros.
- Son capital doit être détenu à 75% au moins par des personnes physiques à la clôture du dernier exercice.
- Si les titres sont vendus à une autre société, le cédant ne doit pas être associé de la société cessionnaire pendant au moins trois ans après la cession.
- La cession doit porter sur la totalité des titres possédés par le cédant. Si celui-ci détient plus de 50% des droits de vote, la cession doit porter sur plus de 50% des droits de vote.
- Pendant les cinq ans précédant la cession, le vendeur doit avoir dirigé la société dont les titres sont cédés et avoir détenu plus de 25% des droits de vote ou des droits financiers, directement ou indirectement, en tenant compte des titres possédés par son groupe familial (conjoint, descendants et ascendants, frères et sœurs).



*Application :*

Sous ces conditions, les abattements prévus s'appliquent à la plus-value ou moins-value, la durée de détention étant calculée à partir du 1<sup>er</sup> janvier de l'année d'acquisition ou de souscription des titres. Au cas d'espèce, Monsieur Dupont détient ses actions depuis 19 ans ; en conséquence, la plus-value est totalement exonérée.

Mais les prélèvements sociaux restent dus sur la plus-value soit :

$$8\,000\,000 \text{ (prix de vente)} - 32\,000 \text{ (prix de souscription)} = 7\,968\,000 \text{ €}$$

$$\text{Prélèvements sociaux : } 7\,968\,000 \times 12,1 \% = 964\,128 \text{ €}$$

### **5. Quels sont les droits d'enregistrement dus sur cette cession de droits sociaux ? Qui en est redevable ?**

En matière de cessions d'actions, les droits sont dus lors de la cession de titres non cotés ou lors de la cession de titres de sociétés cotées constatée dans un acte. En l'espèce, la cession est passible des droits d'enregistrement.

Le tarif applicable est un droit proportionnel de 3%, le montant des droits étant plafonné à 5 000 €. En l'espèce, le montant théorique des droits est de  $8\,000\,000 \times 3 \% = 240\,000 \text{ €}$  qui sera plafonné à 5 000 €.

Les droits d'enregistrement sont toujours à la charge de l'acquéreur.

## **DOSSIER 2 - RECOURS À UNE SOCIÉTÉ HOLDING**

### **1. Quelle est, selon vous, la forme de société par actions la plus adaptée pour le rôle de société holding dans un tel montage ?**

Le choix d'une forme de société pour la constitution d'une société holding oblige à considérer plusieurs attentes, parfois contradictoires, des associés et des dirigeants.

Les formes historiques de sociétés par actions (société anonyme, société en commandite) organisent une répartition rigide des pouvoirs entre dirigeants et actionnaires. La société par actions simplifiée (articles L.227-1 et s. du Code de commerce), au contraire, laisse une large liberté contractuelle en la matière aux associés de la société. De même, les actionnaires de la société anonyme (SA) disposent de droits politiques limités, alors que les associés de la société par actions simplifiée (SAS) peuvent connaître des droits de veto et des mécanismes de retrait forcé. L'*intuitu personae* est ainsi très présent dans les SAS, alors que la SA repose sur un certain anonymat de l'actionariat.



Ces caractéristiques se retrouvent au niveau du nombre minimal d'associés (7 dans une SA, un seul dans la SAS), du capital social, de la possibilité de faire appel à l'épargne publique (interdite à la SAS), des modalités des décisions collectives, du régime des conventions dites réglementées (champ étendu dans les SA, limité dans les SAS), des clauses d'inaliénabilité, de changement de contrôle, d'exclusion d'un associé... (clauses qui peuvent apparaître dans les statuts d'une SAS, alors qu'elles ne peuvent être qu'extra-statutaires dans les SA).

Quant à la société en commandite par actions, elle est caractérisée par la superposition de deux catégories d'associés : les commanditaires, semblables aux actionnaires, et les commandités, parmi lesquels sont nommés les gérants, qui ont le statut de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales, tels des associés de société en nom collectif (art. L226-1 du Code de commerce).

L'émission d'obligations convertibles en actions (OCA) est possible dans les SA, SAS et SCA et il est possible de conditionner la demande de conversion des obligations en actions à des critères économiques et financiers.

En revanche, les commanditaires des SCA n'ont pratiquement pas de pouvoir de révocation des gérants commandités : cette forme doit donc être écartée.

Il est possible de consentir des droits à dividende double aussi bien dans la SA que dans la SAS. De même, les statuts de la SAS peuvent définir le droit d'information des associés non dirigeants ; et dans la forme duale de la SA (directoire et conseil de surveillance), un droit d'information étendu peut être prévu au bénéfice du conseil de surveillance, dont les membres ne sont pas dirigeants. Toutefois, nul actionnaire de SA n'est assuré d'être membre du conseil de surveillance et les pactes d'actionnaires conclus à cette fin disposent d'une opposabilité limitée.

Par ailleurs, l'exclusion d'un dirigeant suppose de détenir la majorité du capital social, ce qu'assurera la conversion des OCA. Mais la possibilité statutaire d'exclure un associé n'est possible que dans le cadre d'une SAS.

En définitive, c'est la SAS qui apparaît la forme la plus adaptée aux attentes de Mme Pictout et de son actionnaire financier.

## **2. Le montage envisagé est-il de nature à léser les autres actionnaires de la société « Iliade » ?**

Le montage proposé repose sur une distribution systématique et massive du résultat dégagé par la société « Iliade » au profit de ses actionnaires et notamment de la société « Telmac », afin de permettre à celle-ci le remboursement de l'emprunt qu'elle a contracté.

Cette décision de distribution systématique du résultat est-elle susceptible d'être qualifiée d'abus de majorité ? Pour qu'il en soit ainsi, il faut, pour les minoritaires, établir :

- que la décision est prise contrairement à l'intérêt de la société ;
- que la décision avantage les majoritaires ;
- qu'elle est prise au détriment des minoritaires.

Si l'abus de majorité est établi, la sanction peut être l'octroi de dommages et intérêts voire la nullité de la décision abusive.

*Application :*



Au cas d'espèce, la solution n'est pas évidente pour au moins deux raisons : d'une part, il n'est pas certain que la décision soit prise contrairement à l'intérêt de la société. Tel serait le cas si cette distribution aboutissait à appauvrir la société et ne permettait plus d'assurer son développement. Or, il est possible que, malgré ces distributions, la société « Iliade » conserve son autonomie financière. D'autre part, dans la mesure où la distribution du résultat est effectuée au profit de l'ensemble des actionnaires, y compris les actionnaires minoritaires, il n'est pas aisé de conclure d'emblée que la décision est prise contrairement à l'intérêt des minoritaires.

### **3. Quel est le régime fiscal applicable aux dividendes reçus par la société holding en provenance de la société « Iliade » ?**

Les dividendes reçus par la société holding sont imposables en tant que produits financiers au niveau de la société holding.

La société holding ne détenant que 80 % du capital de la société « Iliade », le régime d'intégration fiscale ne peut s'appliquer.

Toutefois, la société « Telmac » détenant plus de 5 % du capital de la société « Iliade », la société « Telmac » peut opter pour le régime des sociétés mères et filiales (sous réserve de l'engagement de conservation des titres pendant deux ans). Les dividendes reçus de la filiale seront ainsi exonérés au niveau de la société holding exception faite d'une quote-part de frais et charges égale à 5 % du dividende brut.

### **4. Les prix de cession proposés pour les transactions avec la société « Odysée » posent-ils des problèmes au plan fiscal ? Si oui, lesquels ?**

*Problème soulevé :*

- Dans la mesure où, pour l'équilibre du montage financier, Mme Pictout songe à des facturations de la société « Iliade » à la société « Odysée » à des prix minorés, l'administration risque d'invoquer les dispositions de l'article 57 du CGI.

- En effet, aux termes de l'article 57 du CGI, pour l'établissement de l'impôt dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen sont rapportés au résultat imposable ; il est procédé de même à l'égard des entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors de France.

- Pour mettre en œuvre l'article 57, l'administration doit établir :

- l'existence de liens de dépendance (en droit ou en fait) entre la société française et la société étrangère ;
- l'existence d'avantages consentis à la société étrangère.



### Application :

Au cas d'espèce, le lien de dépendance ne fait pas de doute, notamment en raison de l'influence de Mme Pictout, de même que l'existence d'avantages consentis.

### Solutions envisageables :

- Le seul moyen d'échapper à la rectification du résultat consisterait à établir que les avantages concédés s'expliquent par des nécessités commerciales réelles.
- Par ailleurs, dans le cadre de la procédure des prix de transfert, les sociétés peuvent également se prémunir en ayant recours à l'« accord préalable sur la méthode de détermination de prix » (art. L 80 B 7° du Livre des Procédures Fiscales).

## DOSSIER 3 – PRIX DE CESSION D'UNE PARTICIPATION

**1. A l'issue de ces consultations, il est envisagé d'utiliser un des trois motifs de recours suivants : le dol, l'erreur ou la garantie des vices cachés. Après avoir défini brièvement chacun de ces trois motifs de recours, vous indiquerez dans quelles conditions ils sont applicables au cas d'espèce ?**

- L'erreur : Il s'agit de se situer sur le terrain des vices du consentement. L'erreur (Art. 1109 et 1110 du Code civil). Selon l'article 1109, « il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

L'erreur peut porter sur la substance de la chose objet du contrat ou sur les qualités substantielles ; elle doit avoir été déterminante dans la décision de contracter.

Aussi, une erreur sur les qualités substantielles des droits sociaux acquis peut être invoquée devant les tribunaux. Dans ce contexte particulier, l'analyse de la jurisprudence révèle la nécessité de rapporter la preuve de plusieurs éléments permettant de démontrer le caractère déterminant de l'erreur tels que, par exemple, l'impossibilité de poursuivre l'activité de l'entreprise acquise.

C'est dire la difficulté pour le cessionnaire de se placer sur ce terrain

- Le dol : le cessionnaire peut être tenté de se placer sur le terrain du dol et, sans doute plus fréquemment, sur celui de la réticence dolosive. En effet, ici les omissions du cédant sont à l'origine de la déception du cessionnaire. Il est, en effet, de principe qu'une erreur indifférente au regard de l'article 1110 du Code civil peut engendrer la nullité du contrat si elle a été provoquée par dol ou réticence dolosive. La preuve incombera alors au cessionnaire qui devra démontrer, outre le caractère déterminant du dol, les manœuvres frauduleuses du cédant (abstention volontaire de la part du cédant de fournir au cessionnaire des informations déterminantes).



Au cas d'espèce, il conviendrait, par exemple, d'établir que les inexactitudes ou omissions des états financiers peuvent être de nature à tromper l'acquéreur pour l'amener à contracter. Cependant, dans les faits, c'est Mme Pictout qui est venue proposer la transaction et le prix au cédant.

- La garantie des vices cachés : La cession des droits sociaux est traditionnellement assimilée à une vente proprement dite, soumise au régime prévu dans les articles 1582 et suivants du Code civil.

Le cédant est donc tenu de la garantie des vices cachés spécifique à la vente (Code civil, art. 1641). Celle-ci permet à l'acquéreur de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou bien de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix.

Le cédant doit garantir l'acheteur contre les défauts qui pourraient affecter la chose et la rendre impropre à l'usage auquel l'acheteur la destinait, lorsque ces défauts n'étaient pas décelables au moment de la vente.

En principe, comme pour l'erreur, le cédant ne garantit pas la valeur des droits sociaux cédés mais seulement leur existence. Pour que le vice caché soit retenu, il doit affecter l'usage des droits sociaux (et non seulement leur valeur). Le vice caché doit rendre impropre les titres à leur destination c'est-à-dire ne pas permettre à la société de poursuivre son activité économique.

## **2. En réaction aux irrégularités constatées au plan comptable, la société « Iliade » a-t-elle une voie de recours à l'encontre de M. Dupont ?**

M. Dupont en sa qualité de président du conseil d'administration de la société « Iliade » a arrêté des comptes annuels inexacts, les a soumis à l'assemblée générale des actionnaires d' « Iliade » et, en sa qualité d'actionnaire majoritaire, les a approuvés en toute connaissance.

Ces faits caractérisent l'élément matériel du délit de présentation ou publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle. Le Code de commerce réprime le fait pour les dirigeants sociaux de publier ou de présenter sciemment « en vue de dissimuler la véritable situation de la société, 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 de l'entreprise » (Code de commerce, art. L 246-2) (élément légal).

Il doit donc y avoir :

- publication ou présentation de comptes annuels
- ne donnant pas une image fidèle
- sciemment (élément moral), en vue de dissimuler la véritable situation de la société.

*Application :*

Les éléments constitutifs de l'infraction semblent en l'espèce réunis. A ce titre, la société « Iliade » peut rechercher M. Dupont en responsabilité pénale.



### 3. Sur la valeur des actions acquises, par quel(s) moyen(s) la société « Telmac » aurait-elle pu se prémunir de sa déconvenue ?

La société « Telmac » aurait pu, lors de l'acquisition, conclure avec M. Dupont une convention dite de garantie d'actif et de passif, clause parfois appelée clause de garantie comptable. Ces clauses couvrent le passif non révélé au jour de la cession mais qui trouve son origine antérieurement à la cession. Elles sont souvent étendues aux diminutions d'actif qui seraient constatées par rapport aux mentions portées dans les documents comptables et financiers qui ont servi de base à la cession. Dans ce cas, le cédant fait son affaire des éléments de passif nouveau qui se révèlent après cession sans que le prix de cession s'en trouve affecté.

Les parties auraient pu également convenir d'une clause de révision de prix (clauses de garantie de valeur). Dans ce cas de figure, le cédant convient de revoir le prix de cession qui a été initialement retenu pour tenir compte de l'apparition d'un passif nouveau ou de la diminution d'un actif postérieurement à la cession mais dont l'origine est antérieure à la cession. La clause de révision de prix ne peut jouer qu'au profit du seul acquéreur.

La clause (ou la convention) énonce en règle générale les éléments (catégories de passifs,...) sur lesquels elle porte, le montant éventuellement plafonné de la garantie accordée, les bénéficiaires de la garantie et souvent le délai pendant lequel la garantie peut être accordée.

Enfin, en principe et compte tenu de l'importance de la transaction, la société « Telmac » aurait du diligenter un audit d'acquisition.

## DOSSIER 4 – RECOURS À UNE SOCIÉTÉ CIVILE IMMOBILIÈRE

**1. Consciente que la société « Iliade » va déjà subir pendant sept ans des ponctions financières importantes sous forme de distributions massives de dividendes (pour permettre à la société holding d'assurer le remboursement de son emprunt bancaire), Madame Pictout s'inquiète un peu de cette nouvelle série de décaissements que va entraîner le loyer surévalué pour les besoins de son montage d'acquisition immobilière. Quelles peuvent être les conséquences juridiques et fiscales de cette surévaluation artificielle du loyer du bail commercial entre la SCI et la société anonyme « Iliade » ?**

*Au plan juridique :*

Les conséquences juridiques sont à examiner au regard de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile.

#### *a) La responsabilité pénale*

La surévaluation du loyer envisagée par Madame Pictout, à l'évidence contraire à l'intérêt de la société « Iliade », est constitutive d'un abus de bien sociaux au niveau de cette dernière.

Aux termes de l'article L. 242-6 du Code de commerce : « *est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour :*



(...) 3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

4° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

On rappelle que, selon la Cour de cassation, s'il est possible de prendre en considération l'existence d'un groupe de sociétés pour justifier la réalisation d'un acte de gestion contraire à l'intérêt social mais conforme à l'intérêt du groupe, cette situation ne permet pas de repousser le risque pénal (Chambre criminelle, arrêt Rozenblum en date du 4 février 1985).

#### *b) La responsabilité civile*

Outre le fait que cette surévaluation risque d'être considérée comme constitutive d'une faute de gestion, elle permet théoriquement d'engager la responsabilité de Madame Pictout aussi bien en cas de difficultés de la société « Iliade » qu'en l'absence de difficultés. L'anormalité des flux financiers entre les deux sociétés fait également naître le risque redoutable de l'action en confusion de patrimoines, qui permettra le cas échéant aux juges de lever le voile de la personnalité morale de la SCI.

#### *Au plan fiscal :*

La signature du bail va avoir pour effet de faire supporter à la société « Iliade » une charge de loyer excessive, contraire à l'intérêt de la société. L'administration serait fondée à invoquer l'acte anormal de gestion et à refuser la déductibilité de la fraction jugée « excessive » du loyer pratiqué.

### **2. L'établissement bancaire prêteur songe à faire garantir l'opération de financement par le biais d'une hypothèque conventionnelle. Après avoir rappelé les conditions de fond et de forme permettant d'offrir l'immeuble en hypothèque, vous indiquerez les conséquences qui résulteraient du défaut de paiement de la dette par l'emprunteur.**

L'hypothèque conventionnelle entre dans la famille des sûretés réelles. L'hypothèque est un droit réel constitué sur un bien immeuble qui est affecté au paiement d'une dette ou d'une obligation (C. Civil, art. 2393, al.1).

#### *Conditions de fond :*

- Seuls les biens immobiliers (et l'usufruit de ces biens) sont susceptibles d'hypothèque ;
- L'hypothèque est en principe constituée par le débiteur (voire dans certains cas par un tiers qui s'est porté caution). On parle de débiteur constituant.
- Celui qui consent l'hypothèque doit avoir la capacité d'aliéner l'immeuble objet de l'hypothèque ;
- La créance garantie est une créance présente ou future, mais dans ce dernier cas la créance doit être déterminable.

#### *Conditions de forme :*

- L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié ;



- L'acte doit mentionner le montant de la créance garantie ;
- L'acte doit mentionner chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie ;
- L'hypothèque est inscrite à la Conservation des hypothèques du lieu de situation de l'immeuble (la date d'inscription permettra de déterminer le rang de l'hypothèque) ;
- La durée de validité de l'inscription est fixée par le créancier mais ne peut excéder cinquante ans.

*Non paiement par le débiteur :*

- le créancier hypothécaire peut faire vendre l'immeuble hypothéqué, l'acte notarié constitutif de l'hypothèque étant un titre exécutoire ;
- le créancier peut demander en justice que l'immeuble lui soit donné en paiement (Code civil, art. 2458)
- la convention d'hypothèque peut prévoir que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué.

Enfin, il convient de préciser que le créancier hypothécaire dispose d'un droit de préférence et d'un droit de suite.

**3. Au plan fiscal, Mme Pictout s'interroge sur deux points : d'une part, elle estime que l'IS ne sera pas nécessairement toujours le régime le plus favorable pour la société et, d'autre part, elle n'exclut pas à terme de vendre, avec son mari, une fraction des titres détenus dans la SCI. En fonction de la réglementation fiscale en vigueur :**

**3.1 – Indiquer à quelle(s) condition(s) la SCI pourra ne plus être soumise à l'IS ?**

La SCI constituée par les époux Pictout a opté pour l'IS. Or, cette option est irrévocable. En conséquence, la SCI ne pourra plus revenir au régime de la transparence fiscale.

**3.2 – Indiquer quel est le régime fiscal applicable à la cession des parts de la SCI par M. et Mme Pictout ?**

Les cessions de parts sociales détenues dans le capital de sociétés civiles immobilières passibles de l'IS sont soumises au régime des plus-values sur cessions de droits sociaux avec imposition à 30,1 % pour des cessions supérieures à 25 730 €. Le régime des plus-values immobilières des particuliers n'est pas applicable aux parts de SCI lorsque celles-ci ont opté pour l'IS.

## DOSSIER 5 – ENTREPRISE EN DIFFICULTE ET DROIT SOCIAL

### 1. Les conditions de l'exercice du droit d'alerte par le comité d'entreprise vous paraissent-elles réunies ? Une procédure d'alerte à l'initiative du commissaire aux comptes vous apparaît-elle requise ?

Le droit d'alerte du comité d'entreprise est considéré comme plus étendu que celui du commissaire aux comptes.

- Pour le comité d'entreprise il s'agit de tout fait de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise : « *Lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications* » (art. L2323-78 du Code du travail).

- Pour le commissaire aux comptes, il s'agit de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, alors que pour le comité d'entreprise il s'agit de tout fait de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise : « *Lorsque le commissaire aux comptes d'une personne morale (...) relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de cette personne morale...* » (art. L234-1, 612-3 du Code de commerce)

*Application comité d'entreprise :*

Le premier point (acompte sur dividende) pourrait constituer un souci pour la société, privée de trésorerie pour son exploitation. Les deux points suivants (règlement des fournisseurs, mobilisation des créances) constituent des pratiques de gestion licites, mais le rapprochement avec le premier point peut induire un risque de tension de la trésorerie. Le quatrième événement (stocks) est susceptible d'entacher l'image de la société auprès de ses clients et partenaires, ce qui pourrait s'avérer préoccupant à terme. Ensemble, ces événements fondent le droit d'alerte du comité d'entreprise.

*Application commissaire aux comptes :*

La continuité de l'exploitation n'apparaît pas en jeu et une procédure d'alerte du commissaire aux comptes n'est de ce fait pas requise.

### 2. Exposez les caractéristiques essentielles et le calendrier d'une rupture conventionnelle applicable au contrat de travail de M. Donaldson.

*Caractéristiques :*

La rupture conventionnelle du contrat de travail est prévue aux articles L.1237-11 à 1237-16 du code du travail.

Cette rupture résulte d'une convention signée par les parties au contrat, c'est-à-dire l'employeur et le salarié. Elle ne concerne que les contrats de travail à durée indéterminée. L'employeur et le salarié conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens.



La convention de rupture élaborée entre l'employeur et le salarié définit les conditions de cette rupture, notamment le montant de « l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle » qui sera versée au salarié. Ce montant ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 du Code du travail. Enfin, la rupture conventionnelle du contrat de travail donne droit au régime de demandeur d'emploi indemnisé.

*Le calendrier est le suivant :*

- L'employeur et le salarié doivent se rencontrer au moins une fois ;
- Une fois la convention de rupture signée, un délai de 15 jours calendaires est laissé pour exercer un droit de rétractation ;
- A l'issue de ce délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à la Direction départementale du travail et de l'emploi (DDTE) qui dispose d'un délai d'instruction de 15 jours ouvrables. La convention ne peut prendre effet avant l'homologation. Le silence de la DDTE vaut homologation de la convention.

### **3. Mme Pictout peut-elle poser les questions envisagées et exiger la « condition-joker » sur la maîtrise de la langue anglaise ?**

*Règle de droit :*

Par principe (article L1221-6 du code du travail), les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles.

De plus, il résulte des articles L.1132-1 à 1134-1 du Code du travail, que toute décision de l'employeur (embauche, promotion, sanction, mutation, licenciement, formation...) doit être prise en fonction de critères professionnels et non sur des considérations d'ordre personnel, fondées sur des éléments extérieurs au travail (sexe, religion, apparence physique, nationalité, vie privée...). A défaut, des sanctions civiles et pénales sont encourues.

La discrimination peut être directe ou indirecte :

- constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ;
- constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés ci-dessus, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

*Application :*

La situation de famille, l'état de santé et l'âge sont expressément interdits, visés par l'article L.1132-1 du Code du travail. La maîtrise de la langue anglaise n'étant pas nécessaire pour le



poste, elle ne relève pas d'une décision justifiée par l'intérêt de l'entreprise et proportionnée au but recherché. Il faut donc dissuader Mme Pictout de poser les questions et la « condition-joker » qu'elle envisage.

#### **4. Compte tenu du régime de la preuve en matière de discrimination, exactement relevé par Mme Pictout, que pouvez-vous lui conseiller pour le traitement des candidatures et pour le déroulement des entretiens ?**

Le régime de la preuve est basé sur une charge de la preuve allégée concernant le salarié ou candidat, conduisant à faire peser une obligation de diligence sur l'entreprise : l'article L.1134-1 du Code du travail dispose en effet que : « *Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

Il est donc indispensable que l'entreprise conserve une trace des éléments de la décision et puisse montrer en quoi la décision est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et proportionnée au but recherché. S'il subsiste un doute, il bénéficie au candidat.

##### *Application :*

On doit conseiller à Mme Pictout de définir les critères objectifs qui présideront au recrutement : compétences et expériences sont les mots-clés. Il lui faudra conserver tous les dossiers de candidatures pendant un an et il convient d'établir un compte-rendu détaillé de chaque entretien, en relevant précisément les questions et réponses, mais en s'abstenant de noter toute information susceptible de constituer une discrimination, même spontanément donnée par le candidat.