

**DOSSIER 1 - DROIT FISCAL****1. Indiquer en quoi la proposition du comptable, si elle était adoptée, limiterait le coût fiscal de la constitution de la SARL « Route des saveurs AIX-EN-PROVENCE ».**

Au vu de l'énoncé, l'objectif des opérations décrites est de faire en sorte que soit créée une SARL « Route des saveurs AIX – EN – PROVENCE », filiale de la SA « La route des Saveurs Holding », propriétaire du fonds de commerce jusque là exploité par la SARL « Couleurs d'Indes ».

La solution la plus directe aurait été que :

- a – La SA « La route des Saveurs Holding » apporte à une SARL « Route des saveurs AIX – EN – PROVENCE » du numéraire pour 120 000 € = apport à titre pur et simple exonéré lors de la création de la SARL « Route des saveurs AIX – EN – PROVENCE »
- b – Grâce à cet apport, la SARL « Route des saveurs AIX – EN – PROVENCE » achète le fonds de commerce à la SARL « Couleurs d'Indes » pour 120 000 € : droit dus par la SARL « Route des saveurs AIX – EN – PROVENCE » pour  $(120\,000\,€ - 23\,000) \times 5\% = 4\,850\,€$

⇒ **Total des droits à payer : 4 850 €**

La solution proposée se présente de la manière suivante :

- a - La SARL « Couleurs d'Indes » apporte son fonds de commerce lors de la constitution de la SA « Route des saveurs AIX – EN – PROVENCE » : apport à titre pur et simple exonéré puisqu'il s'agit d'un apport d'une société IS vers une société IS.
- b – Vente des parts de la SA « Route des saveurs AIX – EN – PROVENCE » par la SARL « Couleurs d'Indes » à la SA « La Route des Saveurs Holding » : droits dus par la SA « Route des saveurs Holding » pour 120 000 € x 1.1% mais plafonnés à 4 000 € soit 1 320 €.
- c – Transformation de la SA « La route des Saveurs AIX – EN – PROVENCE » en SARL « La route des Saveurs AIX – EN – PROVENCE » : la transformation d'une société IS sans changement de régime fiscal, n'a pas d'incidence sur les apports initialement faits en exonération de droits, la société dont les titres sont cédés étant à l'IS. En revanche, cette transformation doit être soumise au droit fixe des actes innomés de 125 €.

⇒ **Total des droits à payer : 1 320 + 125 = 1 445 €**

Le montage proposé permet ainsi une économie de droits d'enregistrement.

**2. A l'aide de l'annexe 1 et en limitant les investigations aux droits d'enregistrement, indiquer si la proposition du comptable pourrait être remise en cause par l'administration fiscale et, dans l'affirmative, sur quel fondement juridique ?**

En vertu du principe de « la liberté de gestion » reconnu par la jurisprudence fiscale, il n'est pas en principe interdit à une entreprise qui a le choix pour réaliser une opération entre plusieurs voies, d'emprunter celle qui est la moins imposée.

Pour autant, l'article L. 64 du Livre des Procédures Fiscales permet à l'administration de remettre en cause ce choix lorsqu'il est constitutif d'un abus de droit. La question est donc de savoir si le montage imaginé par le comptable est susceptible d'être dans les prescriptions de l'article L.64 du L.P.F.

- a) les droits d'enregistrement font partie des impôts visés par l'article L. 64 du L.P.F.
- b) l'article L.64 prévoit que l'administration peut réprimer les abus de droit par simulation juridique lorsque le montage juridique repose sur des actes et des situations fictives ou déguisés. En effet, selon l'article L. 64 du L.P.F. : "ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses : a) qui donnent ouverture à des droits d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière moins élevés".

c) Mais le fondement juridique du redressement que pourrait opposer l'administration fiscale est à rechercher dans l'extension du champ d'application de l'article L. 64 du L.P.F. opéré par la jurisprudence de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat vers l'abus de droit par fraude à la loi.

Il y a abus de droit par fraude à la loi lorsqu'il est établi que les actes passés par le contribuable recherchent le bénéfice d'une application littérale des textes et n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles (CE, section, 27 septembre 2006, N°260 0 50, Sté Janfin).

### **3. Par quelle procédure le groupe « Route des Saveurs » pourrait-il s'assurer que l'administration ne procédera à une telle remise en cause ?**

Pour éviter les mauvaises surprises dues à une requalification *a posteriori*, l'article L. 64 B du L.P.F. permet aux contribuables de saisir l'administration d'une demande de rescrit. Le contribuable devra donc dans sa demande décrire les opérations telles qu'il envisage de les mener à bien. L'administration a alors 6 mois pour se prononcer. A défaut de réponse, l'administration sera considérée comme ayant implicitement admis que les opérations qui lui ont été soumises ne constituent pas un abus de droit. Ces opérations ne pourront donc pas être remises en cause sur ce fondement juridique par le biais d'une rectification. Pour autant la garantie ne jouera qu'à la stricte condition que le contribuable réalise les opérations dans des conditions strictement identiques à celles qu'il a décrites.

### **4. A quelle(s) condition(s) la société « La route des saveurs Holding » peut-elle être effectivement société mère du groupe fiscalement intégré ?**

Le régime d'intégration est applicable aux sociétés (sociétés mères et filiales) soumises en France, de plein droit ou sur option, à l'IS au taux de droit commun sur la totalité des résultats de leurs exploitations françaises (sauf abattement du tiers dans les DOM).

Le capital de la société mère tête de groupe ne doit pas être détenu, directement ou indirectement, à 95% au moins, par une autre personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés.

Toutefois, le capital de la mère peut être détenu indirectement à 95% au moins par une personne morale soumise à l'IS dans les conditions susvisées, lorsque ce seuil est atteint du fait de l'interposition d'une ou plusieurs personnes morales non soumises à l'impôt dans ces mêmes conditions (société étrangère, par exemple).

La SA «La Route des Saveurs Holding» peut être tête d'un groupe fiscalement intégré.

### **5. A l'aide de l'annexe 2, préciser si la SARL « Route des saveurs AIX-EN-PROVENCE » peut faire partie du périmètre de l'intégration. Le départ de Monsieur BERNINES a-t-il une influence sur le groupe intégré ? La localisation de cette société a-t-elle une incidence sur la mise en œuvre du régime d'intégration fiscale ?**

*Appartenance au périmètre d'intégration – Départ de M. BERNINES* : Les filiales doivent être détenues à 95% au moins.

Au titre de l'exercice 2005, la SA « La route des saveurs Holding » détient :

⇒ du 1<sup>er</sup> janvier N jusqu'à la cession : 470 parts sur 500 soit 94%

La condition de détention d'au moins 95% n'est pas remplie.

⇒ à compter de la cession :  $470 + 6 = 476$  soit 95,2%

Cette condition doit être remplie de manière continue pendant toute la durée de l'exercice.

Une filiale dans laquelle le seuil est franchi en cours d'exercice ne peut ainsi être rattachée au groupe intégré qu'à partir de l'exercice suivant. En conclusion, cette filiale (SARL « Route des Saveurs AIX-EN-PROVENCE ») ne pourra être intégrée qu'au titre de l'exercice suivant le franchissement du seuil de 95% : 2006

*Localisation de la société* : Les sociétés dont tout ou partie du bénéfice échappe à l'impôt en vertu d'une disposition particulière sont exclues du régime de l'intégration (ex. : les jeunes entreprises innovantes). Cette exclusion ne concerne pas les sociétés implantées en zones franches urbaines.

**6. En vous appuyant sur l'annexe 3, indiquer le traitement fiscal de la provision pour créance douteuse au titre des exercices 2005, 2006 et 2007.**

- *Avant l'entrée dans le groupe :*

En 2005 : La provision pour créance douteuse est déductible des résultats de la SARL « Route des Saveurs LILLE » car la SARL n'est pas une filiale intégrée.

- *Après l'entrée dans le groupe :*

En 2006 : Le résultat d'ensemble est majoré des provisions pratiquées par chaque société à raison des créances qu'elle détient sur d'autres sociétés du groupe ou des risques qu'elle encourt de leur fait.

Cette réintégration porte sur les dotations constituées par la société après son entrée dans le groupe et déduites de son résultat imposable.

La provision initialement constituée n'est pas remise en cause.

La provision supplémentaire (10 000 €) doit être réintégrée au résultat fiscal d'ensemble car la SARL « Route des Saveurs LILLE » est une filiale intégrée.

En 2007 : Les reprises ultérieures de ces dotations sont déductibles du résultat fiscal d'ensemble, à condition que les sociétés en cause (société créancière et société débitrice) soient toujours membres du groupe au moment des reprises.

Dès lors que les reprises de ces provisions peuvent s'imputer en priorité sur les dotations les plus récentes, elles sont déductibles du résultat fiscal d'ensemble tant que leur montant cumulé n'atteint pas le montant des dotations constatées pendant l'intégration.

Il faut opérer une reprise partielle de la provision (8 000 €). Cette reprise de provision est déductible du résultat fiscal d'ensemble à hauteur de la différence entre son montant total et les dotations constituées depuis l'entrée dans le groupe, soit 2 000 €.

**7. Indiquer si l'administration est fondée à invoquer l'acte anormal de gestion au titre du prêt sans intérêts ? Pour éviter ce risque, la société holding avait-elle une alternative ?**

Il y a acte anormal de gestion à chaque fois que l'entreprise a sciemment pris une décision qui met une dépense ou une perte à la charge de l'entreprise, ou qui prive cette dernière d'une recette, sans que la décision ne soit justifiée par l'intérêt de l'exploitation commerciale de l'entreprise ou lorsque des actes de l'entreprise ont été accomplis dans l'intérêt d'un tiers et n'apportent à cette entreprise qu'un intérêt minime hors de proportion avec l'avantage que le tiers peut en retirer.

En l'occurrence la SA « La Route des Saveurs Holding » s'est bien sciemment privée d'une recette (les intérêts) au profit d'un tiers. Reste à savoir si cette décision peut être rattachée ou non à une gestion normale de cette dernière, c'est à dire si elle peut être justifiée par une contrepartie suffisante au profit de la société qui a consenti l'avantage.

Traditionnellement, la normalité de l'acte est appréciée au regard de l'intérêt propre de la société qui consent l'avantage : la société SA « Route des saveurs - Holding » devra donc établir que la renonciation aux intérêts est compensée par un avantage économique ou financier suffisant. Ce qui n'est évidemment pas le cas puisque la SA « La route des Saveurs Holding » d'une part n'entretient pas de relation commerciale directe avec la société « Paloma Spectacle » et d'autre part parce qu'elle ne détient aucune participation directe ou indirecte dans la société « Paloma Spectacle ». Elle n'a donc aucun intérêt commercial ou financier propre à venir en aide à la société "Paloma Spectacle".

Alternatives : la SA « La Route des Saveurs Holding » aurait peut être eu plus de bonheur à aider directement sa filiale la SARL « Route des Saveurs SAINT-JEAN-DE-LUZ » mise en difficulté par la défaillance de la société « Paloma Spectacle » par le biais par exemple d'un abandon de créance ou d'une subvention dans la mesure où la jurisprudence admet qu'une société mère puisse trouver un intérêt commercial ou financier suffisant pour justifier qu'elle vienne au secours d'une de ses filiales directes.

*Remarque* : Pourtant, la SA « La Route des Saveurs Holding » aurait pu imaginer se prévaloir d'une contrepartie suffisante en faisant valoir que l'aide apportée à la société « Paloma Spectacle » trouvait pour elle une contrepartie indirecte dans la mesure où elle préservait les marchés d'une de ses filiales avec laquelle elle entretient à la fois des relations commerciales et des relations capitalistiques. Une telle argumentation devrait cependant être rejetée par l'administration dans la mesure où la jurisprudence refuse de consacrer la notion d'intérêt de groupe.

**8. Le 20 décembre 2005, l'administration faisant suite aux observations présentées par la société mère confirme les rehaussements. Quels sont alors les recours pré-contentieux dont dispose la société ?**

Avant la mise en recouvrement, la société pourra essayer de contester les rectifications mises à charge en faisant appel d'abord au supérieur hiérarchique du vérificateur signataire de la proposition de rectification et/ou à l'interlocuteur départemental (garanties offertes par la charte des droits et obligations du contribuable vérifié opposable à l'administration sur le fondement de l'article L. 10 du L.P.F.).

Le 20 décembre 2005, la SA « La Route des Saveurs Holding » reçoit la réponse aux observations du contribuable. Ce document doit à peine de nullité comporter la mention de la possibilité pour la société de saisir la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires (article L. 59 du L.P.F.). Ici la commission compétente sera celle du lieu de la société mère puisque le contrôle portait sur son résultat propre. Si elle souhaite disposer de cette possibilité, la SA « La Route des Saveurs Holding » devra faire la demande de saisine dans les trente jours qui suivent la notification de la réponse aux observations du contribuable.

**9. La procédure de vérification suivie par l'administration est-elle irrégulière ?**

La vérification de comptabilité qui démarre en février 2005 porte sur les résultats des exercices 2002, 2003, 2004 : or en février 2005, sachant que l'exercice comptable de SA « La Route des Saveurs Holding » est calé sur l'année civile, le délai de déclaration de ses résultats 2004 n'est pas encore expiré. Il en résulte donc que les rectifications afférentes à l'exercice 2004 seront irrégulières et devront être déchargées. L'administration ne pourra pas, ultérieurement, procéder à une nouvelle vérification du résultat 2004 pour régulariser son contrôle.

## DOSSIER 2 - CONTRAT DE FRANCHISE

### 1. Préciser la notion de franchise de services ainsi que les principales obligations des parties à un tel contrat.

#### a) La notion de franchise de services

Le contrat de franchise (encore appelé franchisage ou « franchising ») est le contrat par lequel le franchiseur, titulaire d'une marque et d'un « savoir-faire » économique ou technique spécifique, confère à un réseau de franchisés l'usage de ces éléments moyennant des redevances, mais surtout un engagement d'approvisionnement plus ou moins exclusif.

La franchise de services, qui constitue le prototype du franchisage, implique un savoir-faire spécifique très marqué ainsi qu'une assistance technique continue. Elle couvre des domaines divers dont, notamment, celui de la restauration (secteur où évolue la SA «La Route des Saveurs Holding»).

#### b) Les principales obligations des parties à la franchise de services

⇒ *Obligations contractuelles du franchiseur.*

- Obligations initiales du franchiseur. Le franchiseur accorde au franchisé : une licence de marque généralement exclusive sur un territoire déterminé, une licence d'enseigne généralement exclusive sur un territoire déterminé, une licence de savoir-faire, des prestations d'ingénierie ;

- Obligations du franchiseur pendant l'exécution du contrat : le franchiseur est tenu, pendant toute la durée d'exécution du contrat, a de nombreuses obligations tantôt individuelles au bénéfice direct du franchisé et correspondant à l'assistance technique et commerciale (fourniture de renseignements, conseils, avis, mises en garde ; assistance financière,...) tantôt collectives au profit de l'ensemble des membres du réseau et tendant à sa prospérité (développement, maintien de l'image de marque, contrôle du réseau, gestion des services communs comme service d'assistance à la clientèle, service de téléphonie, service de maintenance, fichier de clientèle, service de carte de paiement de réseau, etc).

⇒ *Obligations contractuelles du franchisé :*

Le franchisé, qui peut être une personne physique ou une personne morale, est tenu, lui aussi, à de nombreuses obligations : suivre une formation initiale et une formation continue ; effectuer des investissements nécessaires à la réalisation de son entreprise ; verser, outre un droit d'entrée acquis au franchiseur, une redevance forfaitaire ou proportionnelle à son chiffre d'affaires ; obligation de non-concurrence pendant le contrat, obligation d'approvisionnement, obligation d'exploitation personnelle sauf dérogation du franchiseur.

### 2. Qualifier et apprécier la validité des deux clauses contractuelles

➤ *Clause imposant un aménagement déterminé du local : norme d'identification visuelle.*

La clause par laquelle le franchisé s'engage à aménager son local conformément aux instructions données par le franchiseur et précisées dans le contrat de franchise impose ainsi un mode d'exploitation déterminé (à rapprocher de la clause interdisant de transférer le magasin ou encore de l'obligation d'utiliser le savoir-faire – commercial, gestionnaire, comptable, publicitaire, etc. – transmis). Elle fait partie des « normes » à respecter par le franchisé (normes figurant souvent dans un cahier des charges annexé au contrat) dont la finalité ou l'objet est de permettre ou de faciliter l'identification visuelle de l'appartenance de l'établissement au réseau.

Une telle clause, qui est une des contreparties du savoir-faire apporté par le franchiseur, est considérée comme valable au regard des règles de la libre concurrence dès lors qu'elle est nécessaire à la sauvegarde de l'identité du réseau (cette identité accompagnant ou renforçant l'image de marque du réseau et fidélisant ainsi la clientèle).



La clause par laquelle le franchisé s'engage à ne pas concurrencer, pendant le cours du contrat et à son expiration, le franchiseur dans les secteurs géographiques pour lesquels ce dernier n'a pas consenti une exclusivité au premier constitue une clause de non-concurrence.

Une telle clause, qui est une manifestation de l'obligation de bonne foi, est considérée comme valable au regard des règles de la libre concurrence. Cela dit, il convient de faire une distinction selon que l'obligation de non-concurrence vaut pendant le cours du contrat ou après l'expiration de celui-ci.

L'obligation de non-concurrence pendant le contrat va souvent de soi (ainsi, les parties n'auraient pas besoin de la stipuler expressément)<sup>1</sup> même si elle est souvent stipulée dans le contrat pour, notamment, rappeler la sanction de sa violation (résiliation anticipée du contrat) ; elle découle de l'obligation de respecter l'exclusivité territoriale qui interdit au franchisé d'assurer des services en dehors de son territoire contractuel et, en outre, de contracter avec un autre partenaire (concurrent du franchiseur).

En revanche, l'obligation de non-concurrence après l'expiration du contrat doit être nécessairement et expressément stipulée (sinon, l'expiration du contrat entraîne celle de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat).

### **3. Déterminer la nature, les conditions d'application et les effets de la sanction que la SA «La Route des Saveurs Holding» entend mettre en œuvre**

Rappels des faits. : Ayant constaté que l'entreprise individuelle «La Route des Saveurs-Toulouse» a violé, d'une part, son obligation d'adopter le mode d'exploitation déterminé par le contrat (il est établi que ce franchisé a aménagé son local, de manière jugée «fantasque» par le franchiseur, sans s'être conformé aux directives contractuelles) et, d'autre part, son obligation de non-concurrence (il est avéré que ce franchisé a ouvert, hors de son secteur contractuel, un second restaurant dans un territoire où elle se retrouve en concurrence féroce avec un établissement secondaire du franchiseur), la SA «La Route des Saveurs Holding» envisage alors de la «congédier», pour l'avenir, sachant que le contrat liant les deux parties ne comporte aucune clause résolutoire.

⇒ Nature de la sanction envisagée : résiliation anticipée pour inexécution fautive du contrat.

En l'absence de clause résolutoire (clause contractuelle permettant de rompre automatiquement le contrat en cas d'inexécution), la sanction consistant, pour la SA «La Route des Saveurs Holding», à «congédier» pour l'avenir son franchisé en cause consiste en une résiliation anticipée pour inexécution fautive du contrat.

⇒ Conditions d'application de la résiliation

- Résiliation pour inexécution contractuelle fautive. En l'absence de cause étrangère (force majeure notamment), l'inexécution des obligations du franchisé semble manifestement fautive puisque, selon toute vraisemblance, rien ne justifie la violation avérée de ses obligations contractuelles : obligation d'adopter le mode d'exploitation déterminé par le contrat (il est établi que ce franchisé a aménagé son local, de manière jugée «fantasque» par le franchiseur, sans s'être conformé aux directives contractuelles) ; obligation de non-concurrence (il est avéré que ce franchisé a ouvert, hors de son secteur contractuel, un second restaurant dans un territoire où elle se retrouve en concurrence féroce avec un établissement secondaire du franchiseur).
- Résiliation judiciaire. En principe, la résiliation doit être judiciaire, le recours au tribunal étant incontournable (art. 1184 du Code civil) sans qu'il soit nécessaire de mettre en demeure préalablement le débiteur : en faisant recours au juge compétent, la SA «La Route des saveurs Holding» pourra faire prononcer la résiliation du contrat passé avec l'entreprise La Route des Saveurs-Toulouse en faisant la preuve des fautes contractuelles de cette dernière (sachant que le tribunal saisi dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la gravité de l'inexécution alléguée).

- Résiliation unilatérale. Malgré le principe précité posé par l'article 1184 du Code civil, la Cour de cassation estime que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non* »<sup>2</sup> : ainsi, sans recours préalable au juge, la SA «La Route des saveurs Holding» pourra, à ses risques et périls (risque de condamnation à des dommages-intérêts en cas de recours abusif à la résiliation unilatérale), résilier unilatéralement le contrat passé avec l'entreprise La Route des Saveurs-Toulouse en se fondant sur la gravité du comportement de cette dernière.

⇒ Effets de la résiliation

Qu'elle soit judiciaire ou unilatérale, la résiliation décidée entraîne l'anéantissement du contrat pour l'avenir : le contrat est ainsi rompu mais il ne l'est que pour le futur, cette non-rétroactivité permettant, dans les contrats à exécution successive comme la franchise, d'éviter les restitutions (à la différence de la résolution qui produit un anéantissement rétroactif du contrat avec, par conséquent, des restitutions réciproques).

Si la résiliation est judiciaire, elle peut être accompagnée d'une condamnation de la partie défaillante à verser des dommages-intérêts à son cocontractant<sup>3</sup>. D'où, peut-être, l'intérêt qu'aurait la SA «La Route des Saveurs Holding» à privilégier la voie de la résiliation judiciaire sur celle de la résiliation unilatérale.

<sup>2</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, D. 1999, p. 197, note Ch. Jamin; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, D. 2001, p. 1568, note Ch. Jamin.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 décembre 1998, CCC 1999, comm. 50, obs. L. Leveneur.

## DOSSIER 3 - CONSEIL D'ADMINISTRATION ET PRÊT DE CONSOMMATION

### 1. Rappeler les règles relatives à la composition du conseil d'administration (CA)

⇒ **Nombre.** Le CA est un organe collégial composé de trois membres au moins et le maximum est fixé par les statuts dans la limite du plafond légal qui est aujourd'hui de 18 (en cas de fusion, le maximum peut atteindre 24).

⇒ **Qualité d'actionnaire.** Le principe est que seuls les actionnaires peuvent accéder aux fonctions d'administrateur, à condition de posséder un certain nombre d'actions de la société librement déterminé par les statuts (C. com., art. L. 225-25, al. 1).

⇒ **Capacité.**

⇒ **Incompatibilités et interdictions.**

⇒ **Cumul avec un contrat de travail**

⇒ **Cumul de mandats.** Une même personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de SA ayant leur siège social sur le territoire national (C. com., art. L. 225-21 al. 1).

⇒ **Limite d'âge.** Sauf stipulations contraires des statuts, le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de 70 ans ne peut être supérieur au tiers des administrateurs en fonction (C. com., art. L. 225-19).

### 2. Que faut-il penser des trois arguments développés par Pierre CONSTANT, sachant que les statuts de la SA « La Route des Saveurs Holding » ne contiennent aucune disposition particulière venant restreindre la liberté de cession des actions ?

⇒ *Portée de l'argument selon lequel « Jean DUPOND n'est pas véritablement propriétaire des actions comme l'exige la loi »*

Nous avons vu que les administrateurs doivent être « propriétaires » de leurs actions (C. com., art. L. 225-25 al. 1)<sup>4</sup>. La question qui se pose, en l'espèce, est de savoir si Jean DUPOND est ou non juridiquement propriétaire des actions qui lui ont été « prêtées » par Nicolas BERTRAND.

En règle générale, la détermination de la qualité d'actionnaire et, ainsi, l'identification des actionnaires ne posent pas de difficultés particulières<sup>5</sup>. En revanche, des difficultés apparaissent lorsque la qualité d'actionnaire (ou d'associé en général) se trouve en état de « dédoublement », c'est-à-dire lorsque cette qualité est partagée ou discutée entre deux ou plusieurs titulaires. Cette question se pose, par exemple, dans l'hypothèse où les actions (ou les titres en général) font l'objet d'un contrat de prêt de consommation ou « simple prêt » (« selon l'article 1892 du Code civil, « le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité »).

14 \_\_\_\_\_

<sup>4</sup> Si, au jour de sa nomination, un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de trois mois (C. com., art. L. 225 al.2).

<sup>5</sup> En effet, la SA connaît la liste des actionnaires nominatifs qui sont inscrits en compte dans ses registres. Quant aux actionnaires au porteur, leurs droits font l'objet d'une inscription en compte chez un intermédiaire agréé : pour participer aux assemblées, ils doivent seulement justifier de leur qualité en produisant un certificat de dépôt établi par l'intermédiaire.



Dans ce cas, il est admis, malgré quelques difficultés<sup>6</sup>, que c'est l'emprunteur qui a la qualité d'actionnaire dès lors qu'il s'agit d'un prêt de consommation, puisque celui-ci est réputé réaliser un transfert de propriété (article 1893 du Code civil). Dès lors, Jean DUPOND est bien propriétaire des actions louées et satisfait à la condition légale susvisée.

⇒ *Portée de l'argument selon lequel « le prêt de consommation constitue une convention interdite au sens de la loi »*

Certaines conventions passées entre la société et ses dirigeants sont interdites car elles présentent un risque majeur pour l'entreprise. Ainsi, aux termes de l'article L. 225-43 du Code de commerce « à peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers ».

En l'espèce, le prêt de titres entre bien dans la catégorie des contrats visés par le texte (sont concernés les emprunts contractés « sous quelque forme que ce soit »). Pourtant, l'interdiction posée par le texte n'est pas applicable en l'espèce puisque le prêt considéré n'est pas un contrat passé entre la société et un dirigeant, mais plutôt un contrat conclu entre un actionnaire (certes dirigeant) agissant pour son compte personnel (Nicolas BERTRAND) et un tiers qui n'était ni actionnaire ni administrateur au moment de la signature (Jean DUPOND).

⇒ *Portée de l'argument selon lequel « le prêt de consommation viole les stipulations d'un pacte d'actionnaires qui accorde aux associés un droit de préemption à l'occasion de toute cession de titres »*

Les pactes d'actionnaires sont des conventions extra-statutaires conclues entre les associés d'une société, ou certains d'entre eux, dont l'objet est de permettre un meilleur contrôle dans la conduite des affaires de l'entreprise et de la composition de son capital. *En l'espèce, le pacte stipule un droit de préemption au profit des actionnaires à l'occasion de toute cession de titres.* Généralement, la clause de préemption figure dans les statuts de la société mais son régime est le même lorsqu'elle se trouve dans un pacte d'actionnaires ; elle oblige le cédant à proposer d'abord à ses co-associés les actions qu'il vend<sup>7</sup>.

La question qui se pose est alors de savoir si le prêt de consommation d'actions est une « cession » au sens du pacte d'actionnaires.

*Remarque : Dans la négative, le pacte ne peut jouer, ce qui valide définitivement à la fois le prêt de consommation et la nomination éventuelle de Jean DUPOND à un poste d'administrateur.*

*Pourtant, comme le prêt de consommation emporte transfert de la propriété des titres et qu'il confère à l'emprunteur la qualité d'actionnaire (voir supra), on peut raisonnablement estimer qu'il est assimilable à une « cession » et, dès lors, il y aura violation du droit de préemption prévu par le pacte d'actionnaires<sup>8</sup> :*

- *la sanction habituelle de la violation d'une clause de préemption est l'inopposabilité de la cession à la société, mais cela ne vaut que si la clause est statutaire, or ce n'est pas le cas en l'espèce ;*
- *en outre, il semble difficile de demander la nullité du prêt, voire la substitution des bénéficiaires du droit de préemption à l'emprunteur assimilé à un cessionnaire<sup>9</sup>, dans la mesure où il faut démontrer une collusion frauduleuse des parties ;*
- *reste la possibilité de demander des dommages-intérêts<sup>10</sup>, mais cette solution ne permettra pas de remettre en cause l'éventuelle nomination de Jean DUPOND à un poste d'administrateur.*

14

<sup>6</sup> Certes, si le locataire d'un bien n'en est pas propriétaire, tel n'est pourtant pas le cas s'il s'agit d'un prêt de consommation. En effet, ce dernier opère transfert de la propriété de la chose prêtée (C. civ., art. 1893), puisqu'il porte sur un bien consommable (définition : bien dont on ne peut se servir sans le détruire, telles les denrées alimentaires, ou sans l'aliéner, tel l'argent). Les actions de sociétés sont-elles des biens consommables ? S'il s'agit incontestablement de biens fongibles (définition : biens qui sont interchangeables car non individualisables), les actions de sociétés ne constituent pas des biens consommables puisqu'il est possible de s'en servir sans les consommer. Pour autant, les juristes estiment qu'il est possible de rendre consommables par la volonté de l'homme des biens dont ce n'est pas la nature. Le prêt de consommation d'actions est donc possible, à condition que le contrat de prêt le précise expressément.

<sup>7</sup> Ces derniers peuvent ou non les racheter, par priorité, en proportion de leurs droits dans le capital ; son objet est donc de préserver la structure du capital (elle se distingue ainsi de la clause d'agrément qui permet de contrôler l'accès au capital).

<sup>8</sup> En ce sens, CA Paris, 2 juillet 2002, n° 2001-19901, Bull. Joly nov. 2002, §257, p. 1204, obs. P. Le Cannu.

<sup>9</sup> Ainsi que le permet la jurisprudence en présence d'un pacte de préférence : Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, JCP G 2006, 10142, note L. Leveneur.

<sup>10</sup> En ce sens, CA Paris, 2 juillet 2002 préc.

**3. La transformation de la SA à conseil d'administration en SA à directoire et conseil de surveillance aurait-elle permis de louer les services de dirigeant de Jean DUPONT sans chercher à lui donner le statut d'actionnaire ?**

Sachant que les membres du directoire (seul organe social habilité à agir pour le compte de la société<sup>11</sup>) ne sont pas nécessairement des actionnaires<sup>12</sup>, le système de la SA avec directoire et conseil de surveillance permet ainsi d'intégrer parmi les dirigeants de la société (membres du directoire) des personnes compétentes non actionnaires.

Par conséquent, la transformation de la SA à conseil d'administration en SA à directoire et conseil de surveillance aurait effectivement permis de louer les services de dirigeant de Jean DUPONT sans chercher à lui donner le statut d'actionnaire, cela en le faisant entrer au directoire de la société<sup>13</sup>.

**4. A l'aide de l'annexe 4, préciser les conséquences de la cession par M. Nicolas BERTRAND de toutes ses actions et de la cessation de ses fonctions de Président Directeur Général au regard de ses obligations résultant d'un cautionnement contracté pour une durée indéterminée en garantie des dettes sociales.**

Selon la Cour de cassation, « la cessation de ses fonctions pour un dirigeant social ou, pour un associé, la disparition de sa qualité, ne mettent pas fin aux obligations du cautionnement qu'il avait contracté pour une durée indéterminée afin de garantir les dettes de la société, dès lors qu'il n'avait pas fait de l'exercice de ses fonctions ou de sa qualité une condition de son engagement »<sup>14</sup>. Néanmoins, le cautionnement à durée indéterminée peut être résilié unilatéralement par la caution<sup>15</sup>.

Ainsi, la cessation de ses fonctions de PDG pour Nicolas BERTRAND ou la cession de ses actions ne mettent pas fin aux obligations nées du cautionnement qu'il a contracté pour une durée indéterminée afin de garantir les dettes de la société dès lors qu'il n'avait pas fait de l'exercice de ses fonctions ou de sa qualité d'actionnaire une condition de son engagement et qu'il n'a pas exercé sa faculté de résiliation unilatérale<sup>16</sup>.

14

<sup>11</sup> Cela dit, parmi les membres du directoire, on distingue deux catégories. Seuls disposent du pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers (pouvoirs externes) : le président du directoire et, le cas échéant, un ou plusieurs membres du directoire (sans limitation légale de nombre) ayant le titre de directeur général. Les autres membres « simples » du directoire – qui ne sont ni président, ni directeurs généraux – sont dépourvus de pouvoir externe. C'est le conseil de surveillance qui décerne et retire le titre et la fonction de président du directoire ou de directeur général.

<sup>12</sup> A la différence des membres du Conseil de surveillance puisque, selon l'art. L. 225-72, al. 1<sup>er</sup>, « chaque membre du conseil de surveillance doit être propriétaire d'un nombre d'actions de la société déterminé par les statuts ».

<sup>13</sup> Les membres du directoire sont désignés par le conseil de surveillance pour une durée fixée par les statuts, comprise entre deux et six ans ; dans le silence des statuts, cette durée est fixée à quatre ans.

<sup>14</sup> Cass. com., 15 déc. 1992, n° 90-21175. Dans le même sens (voir annexe 4 de l'énoncé), Cass. com., 3 nov. 1988, n° 86-10497 : « la cessation de ses fonctions par un dirigeant social ne met pas fin aux obligations du cautionnement qu'il a contracté pour une durée indéterminée afin de garantir les dettes de la société, dès lors qu'il n'a pas fait de l'exercice de ses fonctions une condition de son engagement » ; Cass. com., 17 déc. 1996, n° 94-20568 : « la disparition des liens de droit existant entre une caution et un débiteur principal n'emporte pas, à elle seule, la libération de la caution envers le créancier ».

<sup>15</sup> Cass. Com., 15 oct. 1991, n° 89-19122 : « le dirigeant d'une société qui se porte caution des dettes que celle-ci viendrait à contracter continue, peu important qu'il ait ou non notifié au créancier la cession de ses parts, d'être tenu des dettes nées après la cessation de ses fonctions, à moins qu'il n'ait stipulé expressément que le cautionnement était lié à l'exercice de ces fonctions et cesserait de plein droit de produire effet lorsqu'il y serait mis fin ou que la caution n'ait alors résilié son engagement »

<sup>16</sup> Une substitution de caution est souvent proposée au créancier, le successeur prenant la place du partant.

## DOSSIER 4 - DROIT SOCIAL ET DROIT PENAL

### 1. Au vu des informations relatives aux effectifs et à la structure du groupe, celui-ci doit-il être doté d'un comité de groupe ? Dans l'affirmative, quelles sont les principales informations qui doivent lui être communiquées ?

Selon le code du Travail, l'existence d'un comité de groupe se justifie lorsqu'un ensemble de sociétés forme un groupe constitué d'une société dominante et de filiales (au sens juridique et dont le siège social est sur le territoire français). Est également considérée comme entreprise dominante une entreprise qui exerce une influence "dominante" sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10% des droits sociaux, lorsque l'intensité des relations de ces entreprises caractérise l'appartenance à un même ensemble économique.

Au cas particulier, le groupe employant 320 salariés pourrait constituer une unité économique et sociale, justifiant la mise en place d'un comité de groupe. Le comité de groupe ne se substituerait pas aux comités d'entreprises existants éventuellement dans les différentes sociétés du groupe.

Ce comité est destinataire des informations économiques et financières relatives au groupe (situation financière et de l'emploi, communication des états financiers consolidés, perspectives économiques du groupe,...).

### 2. Quelles sont les différentes qualifications pénales susceptibles d'être effectivement caractérisées en l'espèce ?

#### A. Les délits d'abus de biens sociaux susceptibles d'être caractérisés.

⇒ *Les faits* : l'existence d'un compte courant débiteur durant les années 2003 et 2004 révélée par les documents comptables de la société de formation et la réalisation de prestations par la société de travaux au domicile personnel de Pierre CONSTANT, prestations financées au moyen de plusieurs surfacturations.

##### a) Élément légal

Aux termes de l'article L. 241-3 du Code de commerce, « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros :

[...] 4° Le fait, pour les gérants, 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 ;

5° Le fait, pour les gérants, 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 une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

##### b) L'élément matériel.

Au titre de l'élément matériel, le délit d'abus de biens sociaux suppose un usage abusif des objets sociaux définis par le texte d'incrimination.

L'usage abusif : tout d'abord, l'usage abusif peut, juridiquement, résulter aussi bien d'un acte de disposition que d'un acte d'administration. En l'occurrence, l'existence d'un compte courant débiteur révélée par les documents comptables de la société de formation correspond, en vertu d'une jurisprudence constante (en dernier lieu, Cass. crim., 22 nov. 2006, pourvoi n° 06-80783) à la réalisation d'un acte de disposition accompli au détriment de la société de formation. De même, la prise en charge par la société de travaux de prestations réalisées au domicile personnel de l'agent réalise un acte de disposition accompli au détriment de ladite société.

Ensuite, l'usage abusif peut, matériellement, résulter aussi bien d'un acte positif que d'un acte négatif, la jurisprudence assimilant l'absence d'usage à l'usage (en dernier lieu, Cass. crim., 28 janv. 2004, pourvoi n° 02-88094). En l'occurrence, l'existence d'un compte courant débiteur doit être associée à la réalisation d'un acte positif, de même que la réalisation de prestations au domicile de l'agent.

Enfin, l'usage revêt un caractère abusif dès lors qu'il est contraire à l'intérêt social, l'usage étant contraire à l'intérêt social dès lors qu'il expose l'actif de la société à un risque de perte (Cass. crim., 8 déc. 1971, Bull. crim. n° 346). En l'occurrence, la perte – et non point seulement le risque de perte – subie par l'actif de la société est établie par l'existence même d'un compte courant débiteur, en soulignant que l'article L. 223-41 du Code de commerce prohibe le fait, pour un gérant, de se faire consentir par la société un découvert en compte courant. De la même façon, la perte subie par l'actif de la société de travaux est établie par la prise en charge par ladite société de prestations réalisées au bénéfice de l'agent sans aucune contrepartie. L'appauvrissement qui résulte de ces actes de gestion démontre, dans les deux hypothèses analysées, la lésion de l'intérêt social.

Les objets sociaux sont définis très largement par le texte d'incrimination puisque sont concernés non seulement les biens sociaux (prestations réalisées sans contrepartie), le crédit social (auquel on peut associer l'existence d'un compte courant débiteur), les pouvoirs et les voix.

### c) L'élément moral

Un dol général : ainsi que le précise l'article L. 241-3 du Code de commerce, l'agent doit avoir agi de « mauvaise foi » tout en sachant que l'usage réalisé est contraire à l'intérêt social. Le délit d'abus de biens sociaux est donc un délit intentionnel, conformément aux dispositions de l'article 121-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal. En l'occurrence, on soulignera que le mode opératoire mis en œuvre - financement des prestations par l'intermédiaire de fausses factures - pourra être retenu comme indice de la mauvaise foi de l'agent.

Un dol spécial : l'agent doit notamment avoir agi « à des fins personnelles », fins personnelles qui peuvent correspondre à un intérêt matériel, comme en l'espèce - à raison de l'avantage matériel procuré par l'existence du compte courant débiteur ou du bénéfice tiré de prestations sans contrepartie -, ou à un simple intérêt moral et ce, conformément à la jurisprudence constante de la chambre criminelle de la cour de cassation.

⇒ Les faits : le cautionnement consenti en 2005 par Nicolas Bertrand au nom de la SA Holding afin de garantir le remboursement d'un prêt bancaire contracté par la société de travaux.

### a) Élément légal

Aux termes de l'art. 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 ».

### b) Élément matériel

Il convient de préciser que la chambre criminelle de la cour de cassation accepte 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. Ainsi, en vertu de la jurisprudence Rozenblum, le concours financier apporté par le dirigeant d'une société à une autre société d'un même groupe dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement échappe aux prévisions de l'article L. 242-6 du Code de commerce dès lors que quatre conditions sont réunies :

- le soutien financier doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun ;
- l'intérêt économique, social ou financier commun doit être apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ;
- le soutien financier ne doit pas être démuné de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées ;
- le soutien financier ne doit pas excéder les possibilités financières de la société qui en supporte la charge.

Voir ci-dessus

## **B. Le délit de faux.**

⇒ *Les faits : les surfacturations réalisées afin de financer les prestations réalisées par la société de travaux.*

### a) L'élément légal

Aux termes de l'article 441-1 du Code pénal, «Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende».

### b) L'élément matériel

Le délit de faux et d'usage de faux suppose d'identifier le support protégé, de spécifier l'altération de vérité et d'identifier un préjudice.

- *le support protégé* : matériellement, est concerné tout support d'expression de la pensée. En conséquence, la protection accordée par la loi pénale ne dépend pas du caractère matériel ou immatériel du support, d'une part, et la protection accordée par la loi pénale dépasse l'écrit matériel et l'écrit électronique pour atteindre tout support d'expression de la pensée, d'autre part. Juridiquement, les supports protégés sont limités. Seuls les supports valant titre, autrement dit les supports susceptibles de revêtir une valeur probatoire sont protégés par le Code pénal, l'article 441-1 visant les supports qui ont pour objet ou qui peuvent avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques, étant précisé que le faux en écriture n'est punissable que dans la mesure où l'altération de la vérité affecte une mention substantielle du support (une mention que l'acte a pour objet ou pour finalité de recevoir).

En principe, la facture ne constitue pas par elle-même un document probatoire puisqu'elle n'a pour objet que d'acter une prétention soumise à vérification. Cependant, toutes les fois où la facture est utilisée afin de rapporter la preuve d'un droit ou d'un fait, elle se mue en document probatoire et tombe sous le coup de l'article 441-1 du Code pénal. C'est ainsi que la chambre criminelle de la cour de cassation a admis que les fausses factures jointes à la comptabilité par un mandataire social afin de justifier des mouvements de fonds constituaient des documents valant titres (Cass. crim., 5 avril 1993, Bull. crim., n° 144). De façon similaire, la Haute juridiction a également admis que constituait un faux le fait d'établir, en vue de justifier des mouvements de fonds en comptabilité, des pièces justificatives inexactes concernant les opérations correspondantes (Cass. crim., 16.12.1997, Bull. crim., n° 428).

- *la vérité altérée* : l'altération de la vérité peut conduire à la réalisation d'un faux matériel (constitué par la confection d'un support ou l'altération d'un support existant) ou d'un faux intellectuel (constitué par l'altération des mentions que le support est destiné à recevoir).

La fabrication de fausses factures constitue l'élément matériel du délit de faux tandis que leur comptabilisation constitue l'élément matériel de l'usage de faux (Cass. crim., 19 octobre 1987, Bull. crim., n° 353).

- *le préjudice exigé* : il faut et il suffit que l'altération frauduleuse ait été de nature à causer un préjudice. Le délit de faux et d'usage de faux est donc un délit formel.

### c) L'élément moral

Le faux est un délit intentionnel conformément aux exigences de l'article 121-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal. Il suppose la conscience et la volonté de réaliser un faux. L'usage de faux suppose que l'agent ait conscience et la volonté de faire usage d'un support falsifié.

## **C. Le délit d'escroquerie**

⇒ *Les faits : l'existence de manœuvres frauduleuses – constituées par la présentation de faux documents comptables – ayant déterminé la signature du protocole de rachat des actions de l'ensemble des actionnaires personnes physiques.*



a) L'élément légal

Aux termes de l'article 313-1 du Code pénal, « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende ».

b) L'élément matériel.

Le délit d'escroquerie suppose un fait de tromperie déterminant une remise au préjudice d'autrui.

- *un fait de tromperie* : pour être justiciable de l'art. 313-1 du Code pénal, l'agent doit, tout d'abord, avoir adopté un comportement positif. Le délit d'escroquerie est donc un délit de commission et non point un délit d'omission. Cette condition est vérifiée en l'espèce puisque l'agent a présenté de faux documents comptables, présentation qui implique un comportement actif. Ensuite, la tromperie n'est punissable au titre de l'escroquerie qu'à la condition qu'elle ait été déterminante de la remise par la victime. En l'occurrence, il est bien spécifié que la présentation de faux documents comptables a déterminé la signature du protocole de rachat des actions de l'ensemble des actionnaires personnes physiques. Enfin, la tromperie n'est punissable au titre de l'escroquerie qu'à la condition de s'être réalisée par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, par l'abus d'une qualité vraie ou par l'usage de manœuvres frauduleuses auxquelles le libellé du cas pratique fait expressément allusion. En vertu d'une jurisprudence constante, un mensonge, même formulé par écrit et de façon réitérée, ne suffit pas à caractériser l'emploi de manœuvres frauduleuses (en dernier lieu, Cass. crim., 1<sup>er</sup> juin 2005, Bull. criminel n° 167). Au mensonge doit s'ajouter un fait extérieur ou un élément matériel, une mise en scène ou l'intervention d'un tiers destinés à donner force et crédit à l'allégation mensongère de l'agent. En vertu d'une jurisprudence constante, ici encore, la présentation de faux documents comptables ne constitue pas un simple mensonge mais bel et bien une manœuvre frauduleuse justiciable des termes de l'art. 313-1 du Code pénal : la chambre criminelle de la cour de cassation a ainsi admis l'existence de manœuvres frauduleuses en présence d'une cession de parts sociales sur présentation de bilans inexacts, solution transposable au cas d'espèce (Cass. crim., 18 janv. 1988, Bull. crim. n° 22).

- *une remise déterminée par le fait de tromperie* : à la remise déterminée par la tromperie est assimilé par l'article 313-1 du Code pénal, le consentement à un acte opérant obligation ou décharge, acte auquel correspond le protocole de rachat des actions.

- *un préjudice* : le préjudice est une notion largement entendue par la jurisprudence puisqu'il peut être de nature matérielle ou morale. Le délit est constitué dès lors qu'il est perpétré au préjudice d'autrui sans rechercher s'il s'est réalisé au bénéfice de l'escroc.

c) L'élément moral.

L'escroquerie est un délit intentionnel. Il est nécessaire que l'agent ait conscience de se livrer à une tromperie et de risquer de provoquer un préjudice. La chambre criminelle s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond.

### **3. Quelles sont les actions judiciaires liées à d'éventuels délits d'abus de biens sociaux pouvant être initiées par le plaignant en sa qualité de nouvel actionnaire ?**

Aux termes de l'art. 2 al. 1<sup>er</sup> C. proc. pén., « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Il faut associer à ces dispositions celles de l'art. 3 al. 2 C. proc. pén., selon lesquelles l'action civile est « recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite ».

En principe, l'exercice de l'action civile relative à un délit d'abus de biens sociaux est confié aux représentants légaux de la société victime, représentants légaux qui ont le devoir d'agir contre les auteurs ou les complices de l'abus commis au détriment de la société. Cette action en justice prend le nom d'action sociale *ut universi*.

L'action civile exercée par l'actionnaire *ès qualité* n'est désormais plus recevable. La chambre criminelle de la cour de cassation, depuis les arrêts Léonarduzzi et Bourgeois, estime qu'en cas de poursuites pour abus de biens sociaux, les associés ne peuvent demander réparation du préjudice résultant de la perte ou de la baisse de valeur de leurs titres ou de la perte de gains escomptés (Cass. crim. 13 déc. 2000 : Bull. crim., n° 373 et n° 378).