

DIPLÔME SUPÉRIEUR DE COMPTABILITÉ ET DE GESTION

UE1 – GESTION JURIDIQUE, FISCALE ET SOCIALE

SESSION 2021

Éléments indicatifs de corrigé

1.1 Quelle est la solution qui peut être retenue ? Indiquez pourquoi les deux autres solutions doivent être écartées.

Seule la solution n° 3 (constitution d'une société de personnes dotée de la transparence fiscale) peut être retenue.

La solution n° 1, prévoyant la constitution d'un groupe fiscal intégré entre la société ALMACOMM et la société COMMPLUS ne peut être retenue dans la mesure où la société mère pressentie (société ALMACOMM) ne remplit pas les conditions nécessaires pour pouvoir être désignée comme société tête de groupe. En effet, pour pouvoir être désignée comme société tête de groupe, une société ne doit pas être elle-même détenue directement ou indirectement à plus de 95 % par une autre société. Or, au cas d'espèce, la société ALMACOMM est détenue directement ou indirectement à plus de 95 % par la société PROCOMM. ($90 \% + (96 \% \times 6 \%) = 95.76 \%$).

La solution n° 2 fait référence à la possibilité offerte par la loi fiscale (CGI, art. 239 bis AB) à certaines sociétés soumises à l'IS d'opter temporairement pour le régime de la transparence fiscale dans les cinq années de leur création. Cependant, pour que ce dispositif s'applique, les sociétés doivent remplir un certain nombre de conditions. En particulier, le capital de la société doit être détenu à 50 % au moins par des personnes physiques et à hauteur de 34 % par un ou plusieurs de leurs dirigeants ainsi que les membres de leur foyer fiscal. Ici, la condition tenant à la composition du capital n'est pas respectée. Donc le régime n'est pas applicable.

1.2 En vous aidant de l'annexe B, déterminez quel sera le lieu d'imposition des résultats de l'activité réalisée en Espagne.

Les sociétés soumises à l'IS obéissent pour le rattachement de leurs opérations imposables au principe de territorialité, ce qui signifie que sont imposables en France les bénéfices réalisés par les entreprises exploitées en France.

Au cas d'espèce, la question se pose de savoir si l'activité exercée dans une succursale espagnole est constitutive d'une exploitation en Espagne ou en France.

Il faut appliquer de manière combinée les dispositions de l'article 7-1 et de l'article 5.2 b) de la convention.

Selon l'article 7-1 bis, « *Les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon, les bénéfices de l'entreprise sont imposables dans l'autre État mais uniquement dans la mesure où ils sont imputables à cet établissement stable* ».

Reste à savoir si la succursale espagnole a la nature d'un établissement stable.

La réponse est donnée par l'article 5.2 b) de la convention qui assimile une succursale à un établissement stable.

Par voie de conséquence, l'activité exercée en Espagne par le biais de la succursale constitue une exploitation hors de France et un établissement stable en Espagne. Les résultats correspondants sont donc imposables en Espagne.

1.3 Sur quel fondement se base l'administration pour remettre en cause la cession à prix minoré de l'immeuble ?

Le litige porte sur une cession d'actif immobilisé à prix minoré. Cette opération qui aboutit à renoncer à un produit, est contraire à l'intérêt de l'entreprise et constitue un appauvrissement sans contrepartie de la société ALMACOMM.

Cette opération est constitutive d'un acte anormal de gestion.

1.4 Devant laquelle des deux commissions le litige peut-il être porté ? Quelle est la portée de la décision de la commission ?

Compétence : S'agissant d'un litige portant sur la base de calcul de l'IS, c'est la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires qui est compétente et en particulier sur des questions touchant à l'acte anormal de gestion. La commission départementale de conciliation est compétente, quant à elle, en matière d'enregistrement et d'IFI.

Portée : Ces commissions ne font qu'émettre un avis motivé et leur décision n'emporte aucune conséquence, l'administration demeurant libre de suivre ou non l'avis de ces commissions.

1.5 Pourquoi l'expert-comptable précise-t-il que l'administration sera tenue d'abandonner ce chef de redressement ?

La proposition de rectification a été formulée en 2021 et porte sur une opération réalisée en 2017. La vérification fiscale réalisée en 2021 ne peut porter que sur les opérations réalisées au titre des années 2018, 2019 et 2020.

L'administration devra nécessairement abandonner ce chef de redressement car il porte sur une opération réalisée pendant une période prescrite qui ne peut donc être l'objet de vérification ou de rectification.

2.1 Quelles sont les conditions de mise en œuvre de la résolution judiciaire d'un contrat ? Au cas présent, la société AUTOPILOT LLC peut-elle obtenir gain de cause ?

- Les conditions de mise en œuvre de la résolution judiciaire sont les suivantes :
 - d'une part, l'existence d'une inexécution contractuelle qui peut être totale ou partielle ;
 - et, d'autre part, l'inexécution doit présenter un caractère suffisamment grave (art. 1224 du Code civil).
- Au cas présent, La SA HYDROCAR s'était engagée contractuellement à livrer 100 taxis à hydrogène dans un délai qui expirait le 1^{er} octobre 2019. Or, la société HYDROCAR n'a pas été en mesure de livrer ces véhicules dans le délai contractuellement prévu. Cela constitue bien une inexécution contractuelle.

Pour autant, ce défaut de livraison est-il suffisamment grave ?

En l'espèce, l'obligation de délivrance de la SA HYDROCAR peut être considérée comme essentielle car il s'agit d'une obligation principale du contrat de vente. En conséquence, le non-respect de l'obligation de délivrance peut être analysé comme suffisamment grave.

- Conclusion : La société AUTOPILOT LLC peut donc demander la résolution judiciaire du contrat.

Remarque à l'attention des correcteurs : le motif invoqué par la SA HYDROCAR justifiant l'absence de livraison dans le délai contractuellement convenu n'est pas opérant dans la mesure où la SA se retranche derrière la survenue de troubles politiques qui sont postérieurs au délai de livraison prévu (en ce sens, Cass. com., 25 mars 2020, n° 18-23.550).

2.2 La clause prévoyant un prix minimum de revente est-elle valable ?

Le Code de commerce interdit le fait « *par toute personne d'imposer directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* » (art. L. 442-6 du Code de commerce) et sanctionne cette pratique de 15 000 euros d'amende.

La clause prévoyant un prix minimum de revente est donc contraire au principe d'interdiction édicté par le Code de commerce.

2.3 Dans quelles conditions, la SAS LIDAR peut-elle agir sur le fondement de l'action en concurrence déloyale ?

La concurrence déloyale peut être sanctionnée par la mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale sous la forme d'une action en responsabilité civile extracontractuelle.

L'action en concurrence déloyale nécessite la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

(1) La faute

Il est admis en jurisprudence que parmi les actes de concurrence déloyale figurent les actes qui désorganisent l'entreprise concurrente, lesquels regroupent l'exploitation des connaissances techniques et du savoir-faire, l'embauche fautive de personnel, la création d'une entreprise concurrente par d'anciens salariés, le détournement de la clientèle et la désorganisation de l'activité commerciale.

Au cas présent, la société la SA HYDROCAR est à l'origine du débauchage des salariés de la société LIDAR.

Pour autant ce débauchage est-il fautif ?

En l'espèce, la SA HYDROCAR a recruté 63 des 126 salariés de la SAS LIDAR, et pour ce faire, elle a consenti à ces salariés des augmentations très importantes. De plus, la SA HYDROCAR savait que ces 63 salariés étaient en charge de projets très importants qui généraient 90% du chiffre d'affaires de la SAS LIDAR.

En conséquence, la SA HYDROCAR en procédant à un tel recrutement et dans de telles conditions a bien commis un acte de concurrence déloyale

(en ce sens, voir Cass. com., 24 octobre 2000, n° 97-12.330).

(2) Le préjudice

Au cas présent, la SAS LIDAR subit au moins un préjudice matériel qui consiste en la baisse de son chiffre d'affaires puisque les salariés débauchés fautivement faisaient partie de projets générant 90 % du chiffre d'affaires de la SAS LIDAR.

(3) Le lien de causalité

Il existe bien un lien de causalité direct et certain entre le débauchage fautif des salariés de la SAS LIDAR par la SA HYDROCAR et la baisse du chiffre d'affaires de la SAS LIDAR.

En effet, sans ce débauchage la SAS LIDAR n'aurait pas subi une telle baisse de son chiffre d'affaires.

2.4 Quelles sanctions peuvent être prononcées par le tribunal de commerce contre la SA HYDROCAR ?

Le tribunal de commerce pourra prononcer à l'encontre de la SA HYDROCAR les sanctions suivantes :

- la cessation du trouble illicite, si nécessaire assortie d'une astreinte ;
- dommages et intérêts à la SAS LIDAR au titre du préjudice subi ;
- publication judiciaire du jugement.

2.5 Quelle qualification juridique donnez-vous à ces agissements ?

Le code de commerce (art. L. 421-1) prohibe les actions concertées, ententes lorsqu'elles tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse, à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence d'autres entreprises.

Ici, les six entreprises ont, durant cinq années, échangé tous les mois des informations commerciales confidentielles sur leurs parts de marché respectives et se sont accordées sur les conditions tarifaires à appliquer à leurs clients et à leurs distributeurs, notamment en ce qui concerne les barèmes de prix bruts, et ce en ayant recours à des réunions bilatérales et multilatérales ainsi qu'à des échanges téléphoniques ou écrits.

En conclusion, il s'agit d'une entente illicite qui fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché.

2.6 Le procureur de la République peut-il engager des poursuites pénales à l'encontre des dirigeants ayant participé à ces agissements ?

On admettra l'une des deux réponses suivantes (ou les deux) :

1. Le procureur ne peut pas engager de poursuites pénales stricto sensu contre les dirigeants du seul fait qu'une entente illicite a été commise ; la commission d'une entente n'étant pas en tant que telle un délit pénal.
2. Le procureur de la République peut toutefois engager des poursuites à l'encontre des dirigeants des entreprises qui participent à l'entente illicite, car la loi prévoit qu'"Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2." (Article L420-6 du Code de commerce) ; l'article L420-1 vise les ententes illicites.

3.1 Que pensez-vous de cette situation ? Quelle conséquence les sociétés doivent-elles en tirer ? Justifiez votre réponse.

Le Code de commerce (art. L 233-29) réglemente les participations réciproques et dispose notamment dans l'article :

« **Une société par actions ne peut posséder d'actions d'une autre société, si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à 10 %. A défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner son investissement.** Si les investissements réciproques sont de la même importance, chacune des sociétés doit réduire le sien, de telle sorte qu'il n'excède pas 10 % du capital de l'autre. [...] »

L'entreprise BEAUVERT est une société par actions qui détient 300 actions sur les 2 000 actions qui composent le capital de la société JARDINS ORIGINAUX.

L'entreprise BEAUVERT, société par actions, détient une participation de 300 actions sur 2 000 actions, soit 15 % du capital social d'une autre société par actions, la société JARDINS ORIGINAUX.

En application de la loi, la société JARDINS ORIGINAUX ne peut détenir d'actions dans le capital de l'entreprise BEAUVERT qui détient plus de 10 % de son capital, et la société JARDINS ORIGINAUX doit céder les actions qu'elle détient.

3.2 Comment qualifier les titres détenus par la société SITES D'EXCEPTION dans le capital de l'entreprise BEAUVERT ? Quels sont les effets juridiques de la détention par la société SITES D'EXCEPTION de 400 titres de l'entreprise BEAUVERT ?

La société SITES D'EXCEPTION a un capital de 300 000 € composé d'actions de 50 € ; cela signifie qu'il y a $300\ 000 / 50 = 6\ 000$ actions.

L'entreprise BEAUVERT détient directement 3 200 actions / 6 000 actions, soit 53 % du capital social de la société SITES D'EXCEPTION. L'entreprise BEAUVERT détient donc le contrôle de la société SITES D'EXCEPTION.

- Qualification

Par conséquent, si la société SITES D'EXCEPTION détient 400 actions de l'entreprise BEAUVERT, il s'agit d'actions d'autocontrôle en application de l'article L233-31 du Code de commerce.

- Effets juridiques

Aux termes de l'article L 233-31 du Code de commerce :

« Lorsque des actions ou des droits de vote d'une société sont possédés par une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle, les droits de vote attachés à ces actions ou ces droits de vote ne peuvent être exercés à l'assemblée générale de la société. Il n'en est pas tenu compte pour le calcul du quorum. »

Il en découle que ces 400 actions ne doivent pas être prises en compte pour le calcul du quorum dans les assemblées générales de l'entreprise BEAUVERT.

De plus, les droits de vote attachés à ces actions ne peuvent être exercés dans les assemblées générales de l'entreprise BEAUVERT.

3.3 Afin de poursuivre la mise au point de ce projet, M. DEFLORE vous demande, d'une part, de lui préciser le but et l'activité que doit avoir un GIE au regard de la loi et, d'autre part, de lui indiquer si le GIE peut répondre aux besoins de l'entreprise BEAUVERT.

En ce qui concerne la constitution d'un GIE, l'article L251-1 du Code de commerce dispose : « *Deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles un groupement d'intérêt économique pour une durée déterminée.* »

Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même.

Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci. »

Par conséquent :

- l'entreprise BEAUVERT peut constituer un GIE avec des jardineries (personnes physiques ou morales) ;
- l'entreprise BEAUVERT peut augmenter ses ventes en développant les moyens pour diffuser ses produits dans le cadre d'un GIE ;
- la diffusion des produits se rattache à l'activité de production de l'entreprise BEAUVERT et est auxiliaire par rapport à la production.

La création de ce GIE peut donc répondre aux besoins de l'entreprise BEAUVERT.

3.4 La constitution du GIE est-elle possible ? Justifiez votre réponse.

Deux des entreprises (JARDINERIE ESPACES VERTS et JARDINERIE PLANTES ET FLEURS) ne veulent pas faire d'apports financiers ; la troisième pourrait en faire un.

L'article L251-3 du Code de commerce dispose : « Le groupement d'intérêt économique peut être constitué sans capital. Les droits de ses membres ne peuvent être représentés par des titres négociables. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

Par conséquent, si l'entreprise BEAUVERT, la « JARDINERIE PLANTES ET FLEURS » et la « JARDINERIE ESPACES VERTS » sont toutes les trois d'accord pour ne pas faire d'apports, elles peuvent constituer un GIE, puisque la constitution sans capital est possible.

4.1 Quelle est la majorité requise en cas de transformation d'une SAS en SNC ? Justifiez votre réponse.

Indépendamment de ce que prévoient (ou non) les statuts de la SAS VENTURE, la transformation en SNC ne pourra se faire qu'avec l'accord unanime des associés : la SAS PRIMUS, la SAS SECUNDUS et la société civile TERTIUS.

Le Code de commerce ne formulant aucune règle particulière de quorum ou de majorité, la décision sera en principe prise selon les conditions statutaires, qui ne sont pas précisées en l'espèce.

Néanmoins, il résulte de l'article L. 221-1 du Code de commerce que les associés d'une SNC sont solidairement responsables des dettes sociales, tandis que les associés de SAS ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports (art. L. 227-1 C. com.).

Aussi, la transformation en SNC constitue une augmentation des engagements des associés. Or, une telle augmentation suppose une décision unanime des associés (art. 1836 C. civ.).

4.2 Est-il possible de transformer la SAS Venture en SNC ?

Aux termes de l'article L. 221-1 du Code de commerce, les associés de SNC « ont tous la qualité de commerçant ». Or, aux termes de l'article 1845 du Code civil, « Ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet. » Force est de constater que la société civile... présente un caractère civil à raison de sa forme, incompatible avec la qualité de commerçant.

Ainsi, l'un des associés de la SAS VENTURE, la société civile TERTIUS, ne remplit pas l'une des conditions de fond pour être associé de SNC. La transformation de la SAS VENTURE en SNC est donc impossible.

4.3 Envisagez les conséquences civiles et, éventuellement, pénales du comportement de PRIMUS, à l'exception de l'éventuelle nullité de la société.

- *Les conséquences civiles de la surévaluation de l'apport :*

- *Conséquences à l'égard des tiers*

Aux termes de l'article L. 223-9 du Code de commerce, « Lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société. »

En l'espèce, les associés ont attribué à la marque une valeur supérieure à celle qui avait été initialement communiquée au commissaire aux apports. Concrètement, chacun des associés est responsable de cette valeur pendant cinq ans à l'égard des tiers.

- *Conséquences entre les associés*

Bien que la question de la nullité de la société soit laissée de côté, le comportement de PRIMUS constitue une réticence dolosive qui a vicié le consentement de SECUNDUS. Cette dernière peut donc obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun.

- *Les conséquences pénales de la surévaluation de l'apport :*

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 : 1° Le fait, pour toute personne, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. »*

En l'espèce, il n'est pas douteux que PRIMUS ait fait en sorte que l'évaluation de la marque soit biaisée. En effet, une marque annulée ne vaut plus comme titre de propriété industrielle, ce qui signifie qu'elle ne confère plus aucun monopole d'exploitation. Une marque annulée vaut donc nécessairement moins qu'une marque valablement enregistrée.

En dissimulant cette information à son associé et au commissaire aux apports, PRIMUS a commis l'infraction mentionnée ci-dessus.

Bien que la SAS SECUNDUS ait accepté cette valorisation, il ne semble pas que son comportement puisse être qualifié de frauduleux puisqu'elle n'était pas au courant de l'annulation de la marque. Le simple fait de retenir une évaluation différente de celle qui a été vérifiée par le commissaire aux apports ne paraît pas, en soi, caractériser une fraude.

4.4 En vous appuyant sur l'annexe C, SECUNDUS est-elle susceptible d'être inquiétée par les infractions commises par QUARTUS avant la fusion ?

Jusqu'à récemment, la jurisprudence française considérait que le principe de personnalité des peines, fondé sur l'article 121-1 du Code pénal, s'opposait à ce qu'une société soit condamnée pour des agissements qu'elle n'a pas commis.

L'arrêt du 25 novembre 2020 (n° 18-86.955) énonce que la société absorbante peut être poursuivie pénalement des infractions commises par la société absorbée.

Au cas d'espèce, SECUNDUS peut donc être inquiétée au titre des agissements commis par QUARTUS.