



1^{er} CENTRE DE FORMATION COMPTABLE EN LIGNE

100%
gratuit

Les corrigés du DCG 2012
à télécharger gratuitement !
sur www.comptalia.com



Comptalia, l'école qui en fait + pour votre réussite !

CORRIGÉ INDICATIF



SESSION 2012

UE 2 – DROIT DES SOCIETES

Durée de l'épreuve : 3 heures – coefficient : 1

SESSION 2012**DROIT DES SOCIÉTÉS**

Durée de l'épreuve : 3 heures – coefficient : 1

Document autorisé :

Aucun document personnel ni aucun matériel ne sont autorisés.

Document remis au candidat :

Le sujet comporte 4 pages numérotées de 1/4 à 4/4.

Il vous est demandé de vérifier que le sujet est complet dès sa mise à votre disposition.

Le sujet se présente sous la forme de 3 dossiers indépendants

DOSSIER 1 – Situations pratiques	(13 points)	pages 2 et 3
DOSSIER 2 – Question	(3 points).....	page 3
DOSSIER 3 – Commentaire de document	(4 points).....	page 4

AVERTISSEMENT**Si le texte du sujet, de ses questions ou de ses annexes, vous conduit à formuler une ou plusieurs hypothèses, il vous est demandé de la (ou les) mentionner explicitement dans votre copie.**

SUJET

Il vous est demandé d'apporter un soin particulier à la présentation de votre copie.

DOSSIER 1 – SITUATIONS PRATIQUES

La société à responsabilité limitée ALTEC compte 55 salariés et est spécialisée dans la fabrication de fermetures en profilé d'aluminium. Elle a été immatriculée le 23 août 1999 au RCS de Nanterre (92) et est dotée d'un capital de 30 000 euros. Gérard DUPUIS a été nommé gérant dans les statuts à la création de la société. A la clôture du dernier exercice le chiffre d'affaires hors taxes s'élevait à 7 500 000 €.

Répartition du capital :

Associés	Nombre de parts sociales
Gérard DUPUIS	360
Bernard LAPIERRE	300
Brice DELYS	200
SA TUBALU	140

Tous les associés détiennent leurs parts depuis la création de la SARL.

L'article 12 des statuts stipule que « *toute cession de parts sociales entre associés est soumise aux mêmes conditions que celles prévues par loi pour des cessions à des tiers.* »

PARTIE 1

Grâce à son savoir-faire reconnu la société ALTEC a participé à de nombreux appels d'offres, y compris à l'étranger, qui lui ont permis d'accélérer son développement.

Gérard DUPUIS a pris la décision de créer le poste de directeur export qu'il entend occuper.

Travail à faire

- 1. Monsieur DUPUIS peut-il cumuler la fonction de gérant avec celle de directeur export ?**
- 2. La conclusion de ce contrat travail par le gérant relève-t-elle du régime des conventions réglementées ? Quelle procédure faut-il suivre en la circonstance ?**

PARTIE 2

Afin de moderniser la SARL ALTEC, Gérard DUPUIS a inscrit à l'ordre du jour de la prochaine assemblée des associés les deux résolutions suivantes :

- Résolution n°1 portant modification de la dénomination sociale en « ALTEC International » ;
- Résolution n°2 visant à soumettre la SARL au régime des décisions collectives applicables aux sociétés créées après le 03/08/2005.

Travail à faire

- 1. Contrairement aux autres associés, Monsieur DELYS n'est pas favorable à la modification du nom de la SARL. Pourra-t-il s'y opposer ?**
- 2. A quelles conditions l'adoption de la résolution n°2 est-elle soumise ? Quelles conséquences l'adoption de cette résolution entraîne-t-elle pour l'avenir ?**

PARTIE 3

Monsieur DELYS ne partage pas les choix stratégiques voulus par Monsieur DUPUIS. Il propose donc de céder ses parts à la SA TUBALU, qui est intéressée par la proposition de Monsieur DELYS.

On notera que dorénavant la « SARL ALTEC International » est soumise au régime des sociétés créées après la loi du 03/08/2005.

Travail à faire

- 1. Quelles sont les formalités à effectuer préalablement à toute cession de parts sociales à la SA TUBALU ? En cas de refus d'agrément, Monsieur DELYS va-t-il rester prisonnier de ses titres ?**
- 2. Quel est l'organe compétent pour décider de l'opération dans la SA TUBALU ?**

PARTIE 4

De son côté, Monsieur LAPIERRE relève que les comptes présentés par Monsieur DUPUIS lors de la précédente assemblée générale, présentaient des erreurs que ce dernier ne pouvait ignorer : certains éléments de l'actif avaient été surévalués alors que des éléments du passif, notamment des provisions pour risques, avaient été minorés. Cette situation lui apparaît d'autant plus problématique que Monsieur DUPUIS avait, sur cette base, proposé à l'assemblée générale la mise en distribution de dividendes ce qui avait été accepté alors même que le résultat était en fait déficitaire. Monsieur LAPIERRE envisage de saisir le procureur de la République.

Travail à faire

Quelles sont les infractions commises par Monsieur DUPUIS ?

DOSSIER 2 – QUESTION

Qu'est-ce qu'une société créée de fait ? Exposez les règles de droit qui lui sont applicables.

DOSSIER 3 – COMMENTAIRE DE DOCUMENT

À partir de l'arrêt de la Cour de cassation reproduit ci-dessous et de l'annexe, vous répondrez aux questions suivantes :

1. Quel est le problème juridique posé à la Cour de cassation ?
2. Après avoir rappelé la notion de l'intérêt social, vous exposerez la position de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Cour de cassation, chambre commerciale, 8 novembre 2011

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 21 juin 2006), que la caisse régionale de crédit agricole mutuel du Languedoc (la caisse) ayant engagé des poursuites de saisie immobilière à l'encontre de la société Aubrac (SCI), en sa qualité de garante hypothécaire du prêt consenti, le 8 septembre 2003, à la société Château Haras de Curières, la SCI a opposé la nullité de cette sûreté, contraire à son intérêt social ; [...]

Attendu que la caisse fait grief à l'arrêt d'avoir décidé que la garantie hypothécaire souscrite par la SCI est contraire à son intérêt social et de l'avoir annulée [...] alors, selon le moyen, que la garantie hypothécaire donnée par une société n'est valable que si elle entre dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne garantie ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés ; qu'en énonçant que la garantie hypothécaire souscrite par la SCI doit en plus, pour être valable, être conforme à l'intérêt social tel que le juge est amené à l'apprécier, la cour d'appel, qui constate que la garantie hypothécaire de l'espèce a été autorisée par une délibération de l'ensemble des associés, a violé les articles 1852 et 1854 du code civil.

Mais attendu que la sûreté donnée par une société doit, pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social ; qu'après avoir constaté que l'opération juridique avait été autorisée par une délibération de l'ensemble des associés, l'arrêt relève que la SCI soutenait, sans être contredite et sans que la caisse offrît la preuve contraire, que l'immeuble donné en garantie était son seul bien immobilier, que l'opération ne lui rapportait aucune ressource, mais grevait ainsi très lourdement son patrimoine, exposé à une disparition totale sans aucune contrepartie pour elle, au risque donc de l'existence même de la société garante ; que de ses constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que la souscription de cette sûreté était contraire à l'intérêt social de la SCI ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Annexe : extraits du Code civil

Article 1852 – Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés.

Article 1854 – Les décisions peuvent encore résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte.

PROPOSITION DE CORRIGE

DOSSIER 1 – SITUATIONS PRATIQUES

PARTIE 1

1 - Rappel des faits :

La SARL ALTEC a été créée en 1999. Son capital de 30 000 euros est composé comme suit :

- M. Gérard Dupuis : 360 parts
- M. Bernard Lapierre : 300 parts
- M. Brice Delys : 200 parts
- SA Tubalu : 140 parts

Elle compte 55 salariés et développe un CA de 7 500 000 €.

M. Dupuis a été désigné gérant par les statuts à l'origine de la SARL.

Suite à l'accroissement de l'activité de la société à l'étranger, M. Dupuis a décidé de créer un poste de Directeur export qu'il entend occuper.

Problème de droit :

Dans quelles mesures un gérant de SARL, peut-il occuper un poste de directeur export au sein de la société ?

Règles juridiques applicables :

Il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre un contrat de travail et un mandat social au sein de la SARL. Ainsi, un gérant peut à la fois exercer ses fonctions mandataire social et bénéficier d'un emploi au sein de cette même personne morale.

Cependant, ces deux statuts seront bien distincts et le cumul suppose le respect de certaines conditions impératives.

Les conditions sont les suivantes :

- L'activité doit correspondre à un emploi effectif,

Un emploi effectif suppose que l'emploi représente une activité réelle distincte des obligations du gérant prévues dans les statuts. Les fonctions salariales doivent obligatoirement revêtir un caractère de technicité particulière.

- Qu'il existe un lien de subordination entre l'employé et la SARL.

Ce lien de subordination est très important parce que même en présence de fonctions distinctes, le contrat de travail sera remis en cause si son existence fait défaut. Le lien de subordination se caractérise par le fait que l'intéressé soit placé sous un contrôle continu, générateur de dépendance.

- Le gérant cumulant une activité salariée soit un gérant minoritaire.

Les gérants égaux et majoritaires ne peuvent donc en aucun cas signer un contrat de travail avec la SARL qu'ils dirigent.

Application au cas :

M. Dupuis est gérant minoritaire de la SARL ALTEC, le poste de directeur export correspond bien à une activité distincte de sa mission de mandataire social. Il pourra conclure ce contrat de travail.

2 - Rappel des faits :

La SARL ALTEC souhaite conclure un contrat de travail avec son gérant minoritaire.

Problème de droit :

Quelles sont les modalités de conclusion d'un contrat de travail entre le gérant minoritaire et la SARL ?

Règles juridiques applicables :

La conclusion d'un contrat de travail est soumise à la procédure prévue par l'article L223-19 du code de commerce, c'est-à-dire à la procédure des conventions réglementées. Il en est de même pour la rémunération du gérant au titre de ce contrat de travail.

Dans les SARL, le contrôle est effectué a posteriori par la collectivité des associés sur rapport préalable du gérant ou, s'il en existe un, du commissaire aux comptes. Rappelons que la SARL doit avoir un commissaire aux comptes lorsque deux des trois seuils légaux sont dépassés (effectif de plus de 50 salariés, CA HT supérieur à 3 100 000 €, bilan supérieur à 1 550 000 €).

Lorsqu'il existe un commissaire aux comptes, le gérant doit l'aviser des conventions intervenues dans le délai d'un mois à compter de la conclusion de la convention.

Les conventions passées par un gérant non associé doivent, s'il n'existe pas de commissaire aux comptes, faire l'objet d'une approbation préalable des associés.

La procédure d'approbation consiste dans un premier temps, en l'établissement d'un rapport spécial.

- Établissement d'un rapport spécial.

Cette tâche incombe, normalement, au gérant. Mais, s'il existe un commissaire aux comptes, c'est lui qui en est chargé. Dans ce cas, le gérant doit informer le commissaire aux comptes dans le délai d'un mois de la conclusion de la convention.

Ce rapport, présenté à l'assemblée générale, doit mentionner :

- l'énumération des conventions soumises à l'approbation des associés ;
- les noms des gérants ou associés intéressés ;
- la nature et l'objet des conventions ;
- les modalités essentielles de ces conventions permettant aux associés d'apprécier l'intérêt qui s'attache à la conclusion de cette convention ;

La convention règlementée devra être adoptée à la majorité, sachant que le gérant ou l'associé intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité.

Les conventions non approuvées produisent néanmoins leurs effets. Mais si elles s'avèrent préjudiciables à la société, les autres associés peuvent agir en justice pour en faire supporter les conséquences à la personne intéressée et éventuellement les autres dirigeants.

Application au cas :

Au vu des éléments fournis, il nous semble que la SARL ALTEC dispose d'un commissaire aux comptes (effectif de plus de 50 salariés, CA HT de plus 3 100 000 €). Dans cette hypothèse, il incombera à ce dernier d'établir le rapport spécial qui sera présenté à l'assemblée des associés.

Le contrat de travail de M. Dupuis devra être validé par l'assemblée des associés. Durant ce vote, M. Dupuis ne participera pas au vote. De même, en ce qui concerne sa rémunération, le gérant recevra le salaire prévu dans son contrat de travail en plus de sa rémunération éventuelle pour ses fonctions de gérant.

Le contrat de travail ne sera pas nul en cas de refus de ratification. Il continuera de produire ses effets.

PARTIE 2

1 - Rappel des faits :

M. Dupuis a inscrit à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale des associés les deux résolutions suivantes :

- 1^{ère} résolution : modification de la dénomination sociale en « ALTEC International »
- 2^{ème} résolution : soumettre la SARL au régime des décisions collectives applicables aux sociétés créées après 03/08/2005.

Problème de droit :

Dans quelles mesures un associé de SARL peut-il s'opposer au changement de la dénomination sociale ?

Règles juridiques applicables :

Etant un élément des statuts, la modification de la dénomination sociale ne peut résulter que d'une décision des associés prise dans les conditions prévues pour la modification des statuts.

Les décisions entraînant une modification des statuts se prennent en assemblée générale extraordinaire (AGE).

Pour les sociétés créées avant le 3 août 2005, la décision de modification doit être prise par les associés représentant au moins $\frac{3}{4}$ des parts sociales. Aucun quorum n'est requis.

Application au cas :

M. Delys dispose de 20 % des parts sociales. Il ne dispose pas de la minorité de blocage (un quart des voix plus une). Il ne pourra pas s'opposer à la modification de la dénomination entraînant celle des statuts.

2 - Problème de droit :

Dans quelles conditions les associés d'une SARL créé avant le 3 août 2005 peuvent décider de soumettre la société au régime des décisions collectives applicable aux sociétés créées après 2005 ? Quelles seraient les conséquences pour la SARL ?

Règles juridiques applicables :

Les sociétés créées avant le 4 août 2005 peuvent se soumettre au régime des sociétés constituées à compter de cette date par une décision prise à l'unanimité des associés.

Dans l'hypothèse où une telle décision serait prise, cela entraînera la modification des règles de majorité pour la modification des statuts.

En effet, à partir de cette décision, pour que l'assemblée puisse valablement se tenir, les associés présents ou représentés doivent posséder au moins le $\frac{1}{4}$ des parts sociales lors de la 1^{ère} convocation de l'AGE (quorum). A défaut, la seconde AGE doit se tenir dans un délai maximum de 2 mois et les associés présents ou représentés doivent posséder au moins le $\frac{1}{5}$ des parts sociales.

Les décisions en AGE se prennent à la majorité des $\frac{2}{3}$ des voix. La minorité de blocage est donc de 33 % + 1 voix.

Application au cas :

Dans le cas de la SARL ALTEC, seule une décision unanime des associés peut décider de soumettre la personne morale au régime des sociétés constituées à compter du 4 août 2005.

PARTIE 3**1 - Rappel des faits :**

Monsieur DELYS ne partage pas les choix stratégiques voulus par Monsieur DUPUIS. Il propose donc de céder ses parts à la SA TUBALU, qui est intéressée par la proposition de Monsieur DELYS. La SARL ALTEC INTERNATIONAL est soumise au régime des sociétés créées après la loi du 03/08/2005 ;

Problème de droit :

Dans une SARL, quelles sont les formalités à effectuer préalablement à toute cession de parts sociales à un associé personne morale ? En cas de refus d'agrément, le cédant doit-il rester prisonnier de ses titres ?

Règles juridiques applicables :

Dans le cas d'une cession en faveur d'un associé, le principe est que l'agrément de la cession de parts de SARL n'est pas obligatoire.

Les statuts peuvent limiter la cessibilité, notamment afin d'éviter des changements de majorité et donc une procédure d'agrément devra être respectée comme pour une cession envers les tiers.

Le vote doit réunir la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales.

Les statuts peuvent aménager les modalités de l'agrément, et notamment réduire la majorité ou abrégé les délais légaux.

L'associé qui désire céder ses parts, doit notifier le projet par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec accusé de réception à la société et à chaque associé, sous peine de nullité.

Dans le délai de huit jours à compter de cette notification, le gérant doit convoquer l'assemblée des associés, ou les consulter par écrit si les statuts l'y autorisent, pour procéder à un vote sur le projet de cession.

Plusieurs issues sont possibles :

- L'agrément peut être express : l'autorisation est donnée à la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales. Cette condition de majorité peut être renforcée par les statuts. L'associé cédant prend part au vote. L'autorisation doit être notifiée au cédant par lettre recommandée avec accusé de réception. Dans ce cas, la cession est acceptée.
- L'agrément peut être tacite, en cas de non-réponse dans le délai de trois mois, la cession aura lieu.
- L'agrément par déchéance : en cas de refus d'agrément, si la société n'a pas racheté (ou fait racheter les parts) dans le délai imparti, la cession aura lieu.

La cession des parts sociales doit être constatée par un écrit sous seing-privé ou notarié.

En cas de refus d'agrément, il devra être notifié par lettre recommandée avec accusé de réception à l'associé. La société a trois mois (prolongé de six mois maximum par décision du président du tribunal de commerce sur requête du gérant) pour acheter ou faire acheter les parts. La société peut racheter ses parts, il y aura alors réduction du capital.

En cas de refus d'agrément, si l'associé cédant détient ses parts depuis moins de deux ans, il reste prisonnier de ses parts, sauf en cas de succession, de liquidation de communauté, de donation à un conjoint, ascendant ou descendant.

L'associé cédant, du fait du refus, peut renoncer à la cession, c'est le droit de repentir.

Application au cas :

M. DELYS souhaite céder ses parts à un autre associé, la SA TUBALU. Les statuts de la SARL ALTEC INTERNATIONAL imposent dans son article 12, que toute cession de parts sociales entre associés est

soumise aux mêmes conditions que celles prévues par la loi pour des cessions à des tiers. Il faut donc que cette cession respecte la procédure d'agrément.

M. DELYS devra donc notifier son projet de cession à la SARL.

Les associés, y compris M. DELYS, devront voter pour ou contre ce projet.

Pour obtenir l'agrément express, le projet devra être voté à la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales.

Si la SARL ALTEC INTERNATIONAL ne fait pas connaître sa décision dans un délai de trois mois, la cession entre M. DELYS et la SA TUBALU se fera.

En cas de refus d'agrément, la SARL devra, soit racheter les parts, soit les faire racheter. M. DELYS ne restera pas prisonnier de ses titres, de plus, il possède les parts depuis plus de deux ans, puisque la société est créée depuis 1999, et il détient les parts depuis le début. Enfin, toujours en cas de refus, il pourrait également renoncer à la cession.

2 - Problème de droit :

Quel est l'organe compétent pour décider d'une opération d'achat de parts sociales d'une SARL (prise de participation) dans une SA déjà associée ?

Règles juridiques applicables :

Les représentants légaux engagent valablement la société par tous les actes se rattachant à l'objet social, c'est-à-dire ceux qui en facilitant la réalisation, quelles que soient la nature et l'importance de ces actes. Tel est le cas notamment des actes de gestion courante nécessaires à la poursuite de l'activité.

Ils peuvent accomplir des opérations plus importantes que des actes de gestion courante et emportant des conséquences plus lourdes, par exemple, les prises de participations dans d'autres sociétés, constitution de filiale ou achat et vente d'immeuble. Ces opérations doivent contribuer à réaliser l'objet social.

Il ne faut pas tout de même que ces opérations entraînent une modification de l'objet social car celle-ci relève de la compétence des associés (AGE).

Il existe une dérogation au dépassement de l'objet social. En effet, le représentant légal d'une SA peut aussi engager la société par des actes ne relevant pas de l'objet social.

Par ailleurs, les statuts peuvent limiter les pouvoirs des dirigeants, cependant, cette clause limitative est inopposable aux tiers de bonne foi. La société sera engagée par leurs actes qui dépassent leurs pouvoirs sauf à démontrer que le tiers avait connaissance de la limitation.

Dans les SA à forme classique, les dirigeants sont soit le directeur général ou président directeur général. Dans la forme dualiste, la direction est assurée par le directoire.

Application au cas :

Nous ne disposons pas suffisamment d'éléments dans l'énoncé qui nous indique si la SA TUBALU est une SA à forme classique ou dualiste.

Dans tous les cas, ce sont les dirigeants (DG, PDG ou directoire) qui pourront décider d'acheter ou non les parts sociales de M. DELYS, au nom de la société.

PARTIE 4

Rappel des faits :

De son côté, M. LAPIERRE relève que les comptes présentés par M. DUPUIS lors de la précédente assemblée générale, présentaient des erreurs que ce dernier ne pouvait ignorer : certains éléments de l'actif

avaient été surévalués alors que les éléments du passif, notamment des provisions pour risques, avaient été minorés. Cette situation lui apparaît d'autant plus problématique que M.DUPUIS avait, sur cette base, proposé à l'assemblée générale la mise ne distribution de dividendes ce qui avait été accepté alors même que le résultat était en fait déficitaire. M.LAPIERRE envisage de saisir le procureur de la République.

Problèmes de droit :

Quels sont les éléments constitutifs du délit de présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle des résultats et de la situation financière ?

Quels sont les éléments constitutifs du délit de distribution de dividendes fictifs ?

Règles juridiques applicables :**- Délit de présentation de comptes annuels inexacts :**

Ce délit est prévu en particulier pour les SA et SARL. Dans la SARL, est puni le fait, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux assemblées des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société.

o Les personnes punissables

Les auteurs principaux sont :

- le gérant de S.A.R.L ou d'E.U.R.L,
- les dirigeants de société anonyme : président du conseil d'administration, administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire,

Pour être punissables, ils doivent être en fonction le jour de la présentation des comptes à l'assemblée générale.

Les dirigeants de fait peuvent également être poursuivis.

Ce délit n'est pas punissable dans la SNC, société en commandite simple... En revanche, les mêmes faits pourront être poursuivis au titre du faux ou de l'escroquerie.

o Éléments constitutifs

- Élément matériel : comptes ne donnant pas une image fidèle

C'est l'article L 123-12 al 3 du Code de commerce qui définit la notion de comptes annuels. « Les comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe : ils forment un tout indissociable. » Le droit pénal fait une application stricte de cet article.

L'article L 123-14 du Code de commerce précise que «les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise».

Les irrégularités peuvent être matérielles, ce sont les omissions ou l'inscription de sommes inexactes.

Elles peuvent également porter sur la mauvaise répartition de chiffres exacts dans les postes du bilan.

- Élément matériel : présentation ou publication des comptes annuels

La présentation des comptes vise la communication des documents comptables aux associés dans le cadre de l'assemblée générale ordinaire annuelle d'approbation des comptes.

La Cour de cassation admet qu'il y a présentation dès la mise à disposition des documents aux associés dans les 15 jours qui précèdent l'assemblée.

De plus, cette présentation n'est punissable que lorsqu'elle est faite aux associés, peu importe d'ailleurs leur décision relative aux comptes, approbation ou refus d'approbation.

La publication des comptes est entendue dans un sens plus large car elle vise tout procédé destiné à les porter à la connaissance de tiers que ce soit par les publications légales ou même par déclarations publiques.

- Élément intentionnel

Il est composé de deux éléments.

Il faut que le dirigeant sache que les comptes présentés sont inexacts et qu'il ait agi dans le but de dissimuler la véritable situation de l'entreprise.

- Élément légal

L'infraction est prévue par l'article L. 241-3 3° du code de commerce.

Les peines prévues sont un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375 000 euros.

Il faut noter, cependant, que la tentative n'est pas punie car elle n'est pas prévue par la loi.

- **Délit de distribution ou répartition de dividendes fictifs**

Le délit est prévu dans la loi de 1966 relative aux sociétés commerciales et s'applique aux mêmes sociétés et mêmes dirigeants que le délit d'abus de biens sociaux et le délit de présentation de bilan ne donnant pas une image fidèle de la situation de l'entreprise.

C'est le fait d'opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux.

Ce délit consiste à distribuer des dividendes sur des bénéfices qui n'existent pas.

Cette distribution est dangereuse pour les créanciers sociaux et pour la société.

En effet, elle entame le capital social, gage des créanciers et fait apparaître une apparente prospérité trompant ainsi les tiers.

- o **Éléments constitutifs**

Les éléments constitutifs sont au nombre de trois :

- absence d'inventaire ou inventaire frauduleux : élément matériel
- répartition de dividendes fictifs : élément matériel
- intention frauduleuse : élément moral.

- Élément matériel : absence d'inventaire ou inventaire frauduleux

Les différentes définitions du terme inventaire indiquent qu'il s'agit d'un relevé ou d'un tableau des éléments d'actif et de passif de la société .

Ce relevé peut résulter d'un bilan ou de tout autre document comptable.

Ce document doit être inexistant, ce qui est rare en pratique, ou frauduleux.

Selon la jurisprudence, il y a inventaire frauduleux quand les inexactitudes entraînent une majoration ou une minoration des éléments d'actif ou de passif.

Cette notion renvoie à celle de bilan inexact.

Certains auteurs évoquent la similitude de cette infraction avec l'escroquerie.

La confection d'un inventaire frauduleux fait penser aux manœuvres frauduleuses précédant la remise d'une chose, en l'occurrence la distribution de dividendes fictifs.

- Élément matériel : répartition des dividendes fictifs

Il faut au préalable définir chacun des trois termes cités.

Selon l'article L 232-12 du Code de commerce, les dividendes sont des sommes d'argent prélevées sur les bénéfices distribuables de la société et attribuées aux associés. L'article L. 232-11 précise que « le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire ».

C'est l'assemblée générale annuelle ordinaire des associés qui décide, après approbation des comptes et constatation de l'existence de sommes distribuables, de la distribution des bénéfices.

Il y aura donc dividendes fictifs si des sommes sont distribuées sur des bénéfices qui n'existent pas ou qui ne sont pas distribuables.

Le délit est réalisé par l'acte matériel de répartition des dividendes fictifs.

Si l'assemblée générale refuse la distribution de dividendes par un vote, il n'y a pas d'infraction de distribution de dividendes fictifs.

Cette répartition consiste, selon la jurisprudence, à mettre les sommes à la disposition des associés. Elle peut être réalisée par la décision des organes de gestion d'ordonner le paiement des sommes peu importe que les associés ne les aient pas encore effectivement perçues.

- Élément intentionnel

Pour que le délit soit punissable, il faut que le dirigeant ait eu connaissance de l'inexactitude de l'inventaire et que les sommes distribuées sont fictives.

- Élément légal

L'infraction est prévue par un texte, l'article L. 241 -3-2 du code de commerce.

Les peines sont de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.

Les associés qui ont perçu indûment ces sommes peuvent être condamnés à les restituer mais ils n'encourent pas en principe de sanctions pénales sauf cas de complicité.

Application au cas :

M. LAPIERRE relève que les comptes présentés par M. DUPUIS lors de la précédente assemblée générale, présentaient des erreurs que ce dernier ne pouvait ignorer.

Nous pouvons penser au délit de présentation de comptes inexacts si les trois éléments constitutifs de l'infraction sont réunis :

- L'élément matériel : M.DUPUIS a bien présenté aux associés lors de la dernière assemblée des comptes comportant des erreurs comme des éléments de l'actif qui ont été surévalués et des provisions pour risques qui ont été minorés. Dans ce cas, les comptes ne donnaient pas une image fidèle.
- L'élément intentionnel : M. DUPUIS est bien le gérant de la SARL et il avait parfaitement conscience de ces agissements destinés à tromper les associés.
- L'élément légal : les agissements de M. DUPUIS sont bien sanctionnés par un texte et donc il risque cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.

Le délit de présentation de comptes annuels inexacts est bien constitué.

M.LAPIERRE relève également le fait que M. DUPUIS avait proposé à l'assemblée générale la mise en distribution de dividendes ce qui avait été accepté alors même que le résultat est déficitaire.

Dans cette situation, nous pouvons penser au délit de répartition de dividendes fictifs si les trois éléments constitutifs sont bien réunis.

- L'élément matériel : M. DUPUIS a présenté à l'assemblée générale un inventaire frauduleux car il a majoré les éléments d'actif et minoré les éléments de passif.
Il y a bien une répartition de dividendes fictifs puisque le résultat est déficitaire. Elle est bien proposée par le gérant de la SARL.
Par ailleurs, l'assemblée générale a bien accepté la mise en distribution de dividendes.

Il semble enfin, que les sommes sont bien à disposition des associés même si nous ne savons pas si les associés les ont effectivement perçus.

- L'élément intentionnel : M.DUPUIS avait connaissance de l'inventaire frauduleux puisque c'est lui qui a majoré et minoré certains éléments de l'actif eu du passif. Il avait parfaitement conscience que les dividendes étaient bien fictifs.
- L'élément légal : les agissements de M. DUPUIS sont bien sanctionnés par un texte et le fait de mettre à disposition les dividendes comme cela semble être le cas dans notre situation, conduit à ce que le délit soit constitué. M.DUPUIS risque cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.

Les trois éléments du délit de répartition de dividendes sont bien présents.

DOSSIER 2 - QUESTION

Qu'est-ce qu'une société créée de fait ? Exposez les règles de droit applicables.

On qualifie de "société créée de fait" l'exercice en commun d'une activité, au moyen d'apports, avec un partage des bénéfices et des pertes, mais sans qu'il y ait volonté explicite de créer véritablement une société et sans cadre juridique défini.

On déduit l'existence d'une telle société lorsque certaines personnes se comportent dans les faits comme des associés.

Il y a une distinction avec la société en participation basée sur le critère de la volonté.

En effet, si la société résulte d'un comportement, il s'agit d'une société créée de fait. Si la volonté est de créer une société sans effectuer les formalités nécessaires, il s'agit d'une société en participation.

L'exemple type de société créée de fait est celle que des concubins peuvent décider de créer entre eux.

L'existence de cette société entre concubins, qui exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, nécessite l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles.

Ces éléments cumulatifs doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres.

La requalification d'une situation donnée en société créée de fait a plusieurs conséquences dont la plus importante est que les associés de cette société sont indéfiniment et solidairement responsables du passif.

La société créée de fait naît à la vie juridique seulement au moment où survient un conflit entre les associés, sans que certains d'entre eux aient d'ailleurs forcément conscience de participer à une société.

- **Les conditions de la reconnaissance de la société créée de fait :**

La reconnaissance juridique de la société créée de fait peut être invoquée par un des associés.

Elle peut être également reconnue par les juges, à la suite de la requalification d'un autre contrat.

- **La société créée de fait doit répondre aux conditions de validité du contrat de société :**

Elle répond aux conditions de constitution des sociétés telles qu'elles sont définies par l'article 1832 du code civil : "La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. [...] Les associés s'engagent à contribuer aux pertes".

L'affectio societatis revêt des caractères particuliers dans cette forme sociale.

En effet, l'affectio societatis se révèle, plus par l'exercice effectif d'une activité commune que par la volonté de collaboration des associés.

Dans les faits, l'exploitation d'un fonds de commerce entre des concubins ou entre amis peut constituer une société créée de fait.

- **La société créée de fait doit répondre aux conditions de validité des contrats :** Elle doit répondre aux conditions relatives au consentement, à la capacité des associés, à l'objet et la cause.

- **La preuve de l'existence de la société créée de fait dans tous ses éléments,** doit être apportée par l'associé qui revendique la reconnaissance de la société.

En revanche, lorsque l'existence de la société est invoquée par un créancier, ce dernier s'il est de bonne foi, peut invoquer la seule apparence qui l'a conduit à considérer qu'il avait conclu avec une société.

La preuve de l'existence de la société créée de fait se fait par tous moyens, quel que soit l'objet (commercial ou civil) de la société.

- **Les modalités de la reconnaissance juridique de la société créée de fait**

La reconnaissance de la société créée de fait intervient, très souvent, dans les conflits de qualification d'un contrat.

Exemple : Le contrat de travail : Les associés peuvent avoir, à l'origine de l'exercice de l'activité, considérés que leur relation était basée sur un contrat de travail.

L'implication dans l'activité peut, en réalité, avoir débouché sur une collaboration sur un pied d'égalité, excluant le lien de subordination.

C'est le cas lorsqu'une partie fait un apport en nature (par exemple un camion nécessaire à l'exploitation) et un apport en industrie.

- **La liquidation de la société créée de fait :**

- o **La dissolution de la société créée de fait :**

Dans la pratique, il y a une quasi- instantanéité entre l'accession de la société créée de fait à la vie juridique et sa dissolution, puis sa liquidation.

Le régime de la dissolution obéit aux règles de la dissolution de la société en participation qui obéit elle-même aux règles de dissolution de la société en nom collectif si son objet est commercial, et aux règles de dissolution de la société civile, si son objet est civil.

- o **La répartition des bénéfices**

Si les créanciers ont été désintéressés, les associés peuvent reprendre leur apport en nature. Dans les faits, il est parfois difficile d'évaluer les apports respectifs des associés, notamment en cas d'apports en industrie. Dans ce cas, la volonté de répartition égalitaire des bénéfices est présumée.

Chaque associé est tenu indéfiniment et solidairement responsable des dettes sociales si la société a un objet commercial, indéfiniment et conjointement si elle a un objet civil.

La société créée de fait ne peut faire l'objet d'une procédure collective.
En revanche, il est possible d'ouvrir une telle procédure à l'encontre des associés dont il peut être démontré qu'ils sont commerçants de droit ou de fait.

DOSSIER 3 – COMMENTAIRE DE DOCUMENT

1 – Quel est le problème juridique posé à la Cour de Cassation ?

Quelle est la caractéristique essentielle de validité d'une sûreté souscrite par une SCI ?

2 – Après avoir rappelé la notion de l'intérêt social, vous exposerez la position de la chambre commerciale de la Cour de Cassation ?

Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.

L'intérêt social représente l'intérêt de l'entreprise organisée comme personne morale avec une autonomie juridique poursuivant ses fins propres, dans l'intérêt général commun des actionnaires, des salariés, des créanciers et autres personnes intéressées pour en assurer la prospérité et la continuité.

Dans notre décision, la SCI Aubrac avait constitué une sûreté (hypothèque) afin de garantir un prêt auprès de la caisse régionale de crédit agricole mutuel du Languedoc. Cette dernière avait engagé des poursuites de saisie immobilière à l'encontre de la société Aubrac.

La position de la chambre commerciale de la Cour de cassation est claire, elle a considéré que la sûreté donnée par la SCI n'était pas valable car la souscription de cette garantie était contraire à son intérêt social.

Elle raisonne sur l'intérêt de la société et indirectement des associés et de tous ceux qui la composent.

Elle rappelle que même si cette décision de souscription avait été prise à l'unanimité des associés, elle desservait les intérêts de la société et mettait en danger son existence même. En effet, l'immeuble sur lequel portait l'hypothèque était le seul bien immobilier de la SCI, et donc cela grevait lourdement son patrimoine.

Cette sûreté ne lui apportait aucune contrepartie.

En conclusion, il est possible de contester la validité d'une garantie même si cette décision est prise à l'unanimité des associés, s'il y a un risque pour l'existence même de la société garante.

La notion d'intérêt social, dans cette décision, correspond à un intérêt propre de la personne morale et va au-delà même de celui des associés. Les décisions doivent être utiles ou profitables à la société, ce qui n'était pas, ici, selon la Cour de Cassation.