

Sociétés et dirigeants

Distribution du report à nouveau : une liberté confisquée

La délibération d'une assemblée générale, autre que celle approuvant les comptes de l'exercice, décidant la distribution d'un dividende prélevé sur le report à nouveau bénéficiaire d'un exercice précédent encourt la nullité.

Dans le théâtre des sociétés commerciales, le rideau vient de se lever sur un acte imprévu : la Cour de cassation, par un arrêt du 12 février 2025, a bouleversé les règles applicables en matière de distribution des bénéfices.

A l'origine de ce litige, l'assemblée générale d'une société par actions approuve les comptes de l'exercice comptable écoulé et décide d'en affecter les bénéfices au compte « report à nouveau ». Les associés de cette société consentent, par la suite, une promesse de cession de leurs titres mais, avant la conclusion définitive de la cession, ils se réunissent en assemblée générale extraordinaire et votent une distribution de dividendes, prélevés sur le report à nouveau décidé par la dernière assemblée. Une fois la cession conclue, la société cessionnaire s'oppose au paiement des dividendes. Les juges du fond lui donnent raison en refusant d'en ordonner l'exécution forcée mais sans avoir, au préalable, prononcé la nullité de la délibération afférente. La Cour de cassation censure, de manière assez inattendue, leur décision. La solution, promise aux honneurs du *Bulletin*, retiendra l'attention en raison de son *obiter dictum*, drapé des atours d'une solution de principe : « le report bénéficiaire d'un exercice est inclus dans le bénéfice distribuable de l'exercice suivant et [...], par voie de conséquence, seule l'assemblée approuvant les comptes de cet exercice pourra décider son affectation et, le cas échéant, sa distribution. Il s'ensuit qu'encourt la nullité la délibération d'une assemblée générale autre que celle approuvant les comptes de l'exercice et décidant la distribution d'un dividende prélevé sur le report à nouveau bénéficiaire d'un exercice précédent » (Cass. com., 12 févr. 2025, n° 23-11.410, n° 72 B). La fragilité du raisonnement ayant permis d'aboutir à cette solution n'a d'égale que la gravité des sanctions auxquelles s'exposent les contrevenants.

Un raisonnement fragile

Pour les sociétés habituées à distribuer des dividendes prélevés sur leur report à nouveau, en amont de la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle (AGOA) appelée à clôturer et à approuver les comptes annuels, la solution a été un véritable séisme, recueillant les critiques d'une importante partie de la doctrine. Pour comprendre ces critiques, il est nécessaire de revenir sur la définition du report à nouveau qui fonde la lecture restrictive de la Cour de cassation.

Une définition hasardeuse du report à nouveau

- *La notion de report à nouveau*

Relevant de la catégorie des capitaux propres (C. com., art. R. 123-191), le « report à nouveau » a longtemps été assimilé aux « réserves », non seulement par une doctrine majoritaire (v. not. contra : C. Barrillon, « La nature juridique du report à nouveau » : Bull. Joly 2017 p. 345, § 9 et s.) mais également par la jurisprudence (Cass. com., 9 mai 1956 : Bull. civ. III, n° 145 ; Cass. req., 16 nov. 1943, S. 1947. 1. 1, note Houin, décisions rendues sous l'empire du droit antérieur à la loi n° 66- 537 du 24 juillet 1966). L'article L. 232-11, alinéa 1^{er} du code de commerce distingue aujourd'hui les deux notions, en disposant 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 ». Le « report bénéficiaire » n'est ainsi rien d'autre que le « report à nouveau positif », ou « créateur », constaté au cours de l'exercice écoulé (« N-1 ») et incluant, le cas échéant, le bénéfice qui n'aurait toujours pas été affecté par la précédente assemblée. Le montant du report à nouveau est ainsi nécessairement connu par l'assemblée ayant approuvé les comptes de l'exercice écoulé (contrairement au bénéfice de l'exercice en cours, dont le montant nécessite évaluation et approbation), ce qui a une incidence sur les modalités de sa distribution.

- *La distribution du report à nouveau*

Au regard de ses caractéristiques intrinsèques, quelles sont les modalités de distribution du report à nouveau ? Deux positions peuvent être défendues.

La première est qu'en tant que composante du bénéfice distribuable à venir, le report à nouveau créateur doit suivre les modalités de distribution de ce dernier. Le principe est alors celui posé par l'article L. 232-12, alinéa 1^{er} du code de commerce : « Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes » et l'exception, la pratique de l'acompte sur dividendes avant l'approbation des comptes de l'exercice, possibilité offerte par le deuxième alinéa du texte (non visé par l'arrêt commenté), qui ne vise que les bénéfices et pas les réserves.

Selon cette vision, seule l'AGOA est compétente pour distribuer les dividendes prélevés sur le report à nouveau.

La seconde position est qu'en tant que composante « identifiable » du bénéfice distribuable, le report à nouveau créateur pourrait être distribué de manière autonome, indépendamment de la distribution de dividendes, car « le report à nouveau est un résultat en attente d'affectation » (Avis EJ n° 2007-09 : Bull. CNCC mars 2009, n° 153, p. 265 ; contra D. Gallois-Cochet et C. Barrillon, « Les distributions aux associés en dehors de l'assemblée d'approbation des comptes » : D. 2023. 1227). C'est ce qui semblait avoir été consacré par la cour d'appel de Paris : « en l'absence de disposition légale ou réglementaire contraire, rien n'interdit de décider une distribution exceptionnelle de dividendes prélevés sur les comptes de report à nouveau et réserves libres en dehors de l'assemblée générale ordinaire annuelle » (CA Paris, 30 janv. 2025, n° 22/17478).

Une vision restrictive des modalités de distribution

Contre toute attente, le 12 février 2025, la Cour de cassation vient affirmer, au visa des articles L. 232-11, alinéa 1^{er} et L. 232-12, alinéa 1^{er} du code de commerce, auxquels la Haute juridiction reconnaît valeur impérative, que « le report bénéficiaire d'un exercice est inclus dans le bénéfice distribuable de l'exercice suivant et que, par voie de conséquence, seule l'assemblée approuvant les comptes de cet exercice pourra décider son affectation et, le cas échéant, sa distribution ». Elle invalide ainsi la solution précédemment rendue par la cour d'appel de Paris.

- *Une prémisse critiquable*

Si l'article L. 232-11, alinéa 1^{er} du code de commerce inclut le report bénéficiaire dans le bénéfice distribuable de l'exercice suivant, la Haute juridiction, dans une lecture littérale et restrictive des textes, semble en déduire qu'il ne pourrait être distribué qu'en même temps que ce dernier, une fois les comptes approuvés, et uniquement par l'assemblée qui approuve ces comptes. Elle se rallie ainsi à la première conception précédemment envisagée et consacre que le report à nouveau constaté au cours de l'exercice « N-1 » n'est qu'une composante du bénéfice qui sera distribuable une fois que les comptes de l'exercice « N » seront approuvés.

Pourtant, rien ne suggère ni ne commande, dans la lecture combinée des articles L. 232-11, alinéa 1^{er} et L. 232-12, alinéa 1^{er}, que les sommes portées en report à nouveau doivent être considérées comme indisponibles jusqu'à la prochaine AGOA, les rendant inaccessibles pour toute autre affectation intermédiaire. Une telle affirmation aurait pu se fonder sur les dispositions du plan comptable général qui indiquait, dans sa version de 1982, que le report à nouveau était constitué des « bénéfices dont l'affectation est renvoyée par l'assemblée générale ordinaire statuant sur les comptes de l'exercice, à la décision de l'assemblée générale ordinaire appelée à statuer sur les résultats de l'exercice suivant » (p. I, 40) mais cette mention a été supprimée depuis (Règl. ANC n° 2014-03, art. 941-12). Au contraire, en l'absence de prescription légale en sens inverse, la Haute juridiction aurait dû retenir la possibilité de procéder à des distributions de dividendes en dehors de l'AGO (DDHC, art. 5 : « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché »).

- *Une inférence critiquable*

La Haute juridiction poursuit son raisonnement fondé sur un postulat litigieux et en déduit que seule l'assemblée approuvant les comptes de l'exercice suivant est compétente pour décider de l'affectation du report à nouveau bénéficiaire.

L'affirmation est toute aussi hasardeuse que le postulat. En effet, il est possible de contester l'assimilation ainsi consacrée par la Cour de cassation de « l'assemblée approuvant les comptes » à l'AGO. Aucun texte ne consacre une telle spécificité de l'« assemblée qui approuve les comptes », qui n'est pas un organe légalement défini, contrairement aux assemblées générales ordinaires (C. com., art. L. 225-98), extraordinaires (C. com., art. L. 225-96) ou spéciales (C. com., art. L. 225-99) de la société anonyme (A. Reygrobellet, « Distribution de dividendes hors AGO : un arrêt déconcertant » : D. actu. 5 mars 2025, § 8). Au contraire, cette sanctuarisation de l'AGO résulte d'une vision chronologiquement discutable de l'article L. 232-12, alinéa 1^{er} du code de commerce. Si le texte dispose que « après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes », deux lectures en sont possibles. La première, retenue par la Cour de cassation, est que seule l'assemblée (AGO) qui procède à l'approbation des comptes et constate l'existence de sommes distribuables peut procéder à leur distribution. La seconde, écartée par la cour, sans véritable justification, est qu'une fois les comptes approuvés, seule l'assemblée des associés (pas nécessairement « l'AGO » mais « une » assemblée, par opposition à un autre organe social) peut décider de la distribution. En effet, comme cela a été justement relevé, « l'affectation du bénéfice de l'exercice « N » ne peut être opérée que par l'assemblée qui approuve les comptes de cet exercice, mais la lettre du texte précité n'interdit pas, lorsque le RAN [ndlr : report à nouveau] a été constaté, qu'il soit distribué par une assemblée ultérieure, intervenant entre l'approbation des comptes de l'exercice « N » et l'approbation des comptes de l'exercice « N + 1 » » (B. Dondero, « Report à nouveau : quand la Cour de cassation crée – à tort – du droit impératif » : BJS, mars 2025, n° 3, p. 14).

Des sanctions sévères

La Cour de cassation, en considérant l'article L. 232-12, alinéa 1^{er} du code de commerce comme une disposition impérative, a engendré un régime de sanctions particulièrement sévère. Ces sanctions s'articulent en deux volets : d'une part, la sanction principale consistant en la nullité de la délibération et, d'autre part, les sanctions subséquentes potentiellement applicables aux dirigeants et associés.

La nullité de la délibération

- *La consécration de la nullité*

L'article L. 235-1, alinéa 2 du code de commerce dispose que « la nullité des actes ou délibérations des organes [d'une société commerciale] ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du [livre II (« Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique »)] ou des lois qui régissent les contrats ». Dès lors, il résulte, tant de l'analyse retenue par la Cour de cassation que de son affirmation du caractère impératif de l'article L. 232-12, alinéa 1^{er} du code de commerce, que la violation de ce texte entraîne la nullité de la décision sociale de mise en distribution. C'est d'ailleurs ce qu'elle déduit expressément en affirmant qu'« encourt la nullité la délibération d'une assemblée générale autre que celle approuvant les comptes de l'exercice et décidant la distribution d'un dividende prélevé sur le report à nouveau bénéficiaire d'un exercice précédent ». Cette position tranchée constitue une innovation jurisprudentielle majeure, car jamais auparavant la Haute juridiction n'avait attribué un caractère impératif à ces dispositions dans le contexte de la distribution du report à nouveau.

L'arrêt apporte également des précisions sur le régime procédural de cette nullité. Conformément à une jurisprudence constante en matière sociétaire, la cour rappelle que « les délibérations d'une société commerciale s'imposent aux associés tant que la nullité n'en a pas été prononcée » (Cass. com., 12 oct. 2022, n° 20-16.009). Cette règle explique la cassation de l'arrêt d'appel qui avait refusé d'enjoindre à la société de procéder à la distribution des sommes, alors que la nullité de la délibération litigieuse n'avait été ni prononcée ni même demandée. Il en résulte que la nullité de la distribution hors AGOA du report à nouveau n'opère pas de plein droit, mais doit être prononcée par le juge, à la demande d'une personne ayant qualité pour agir. Tout l'enjeu pratique sera de savoir si une régularisation est possible.

- *La régularisation de la nullité*

L'article L. 235-3 du code de commerce dispose que « l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance ». Pour ce faire, il conviendra de convoquer une AGOA qui votera la distribution contestée. La régularisation opérera ainsi rétroactivement (v. par analogie pour une augmentation de capital : Cass. com., 28 nov. 2018, n° 16-28.358). Cette régularisation peut être initiée amiablement par la société elle-même, peu important (contrairement à la confirmation) que la nullité soit relative ou absolue, facultative ou obligatoire. La régularisation peut également être initiée judiciairement (C. com., art. L. 235-4, al. 2).

Remarque : Les articles du code de commerce précités seront abrogés le 1er octobre 2025 par l'ordonnance du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés (Ord. n° 2025-229, 12 mars 2025 : v. « Nullités en droit des sociétés : réforme d'ampleur à venir ! », p. 7). A compter de cette date, le prononcé de l'annulation d'une délibération sociale sera soumis à un « triple test » (J. Delvallée, « Réforme du régime des nullités en droit des sociétés » : D. actu. 27 mars 2025). En effet, l'article 1844-12-1 du code civil, issu de la réforme, prévoit que « la nullité des décisions sociales ne peut être prononcée que si : 1° Le demandeur justifie d'un grief résultant d'une atteinte à l'intérêt protégé par la règle dont la violation est invoquée ; 2° L'irrégularité a eu une influence sur le sens de la décision ; 3° Les conséquences de la nullité pour l'intérêt social ne sont pas excessives, au jour de la décision la prononçant, au regard de l'atteinte à l'intérêt dont la protection est invoquée. » Ce texte présente une tournure impérative et il n'apparaît pas contestable que les conditions consacrées seront cumulatives. Pour ce qui concerne la distribution du RAN par une autre assemblée que celle appelée à statuer sur les comptes de l'exercice, ces conditions ne semblent pas très difficiles à réunir. L'espèce commentée donne une parfaite illustration du grief à caractériser : la soustraction de sommes distribuables par l'assemblée appelée à statuer annuellement sur les comptes. Le deuxième grief sera peut-être plus discutable même si ce critère, consacré par l'arrêt Larzul II pour les seules SAS (Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-18.324), n'a pas encore été pleinement appréhendé par la jurisprudence (v. toutefois : Cass. com., 11 oct. 2023, n° 21-24.646). Le troisième critère, celui de la proportionnalité de la nullité de la décision au regard de l'intérêt social, ne semble pas, en l'espèce, poser de difficulté, la société récupérant la disposition des sommes distribuées par l'effet rétroactif de la nullité.

D'autres sanctions potentielles

La solution commentée engendre une insécurité juridique significative pour les distributions passées et futures. Elle pourrait conduire à la multiplication des contentieux en nullité et en restitution de dividendes, avec des conséquences pour les dirigeants et les associés.

- *L'incrimination pénale : distribution de dividendes fictifs*

La qualification de dividende fictif constitue l'une des conséquences potentiellement les plus graves de la solution adoptée par la Cour de cassation. L'article L. 232-12, alinéa 3 du code de commerce dispose que « tout dividende distribué en violation des règles [éditées par les deux premiers alinéas] est un dividende fictif ». Si la distribution du report à nouveau hors AGOA est considérée comme violant l'alinéa 1er de cet article, alors le dividende ainsi distribué pourrait être qualifié de fictif. Cette qualification entraînerait le prononcé de sanctions pénales à l'encontre des dirigeants sur le fondement de l'article L. 242-6, 1° du code de commerce pour les SA (ou L. 241-3, 2° pour les SARL), punissant d'un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 375 000 € le fait d'opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs. Toutefois, la qualification pénale de dividende fictif suppose « l'absence d'inventaire ou le moyen d'inventaires frauduleux ». Or, dans le cas d'une distribution du report à nouveau hors AGOA, un inventaire (le bilan approuvé lors de l'AGOA précédente) est supposé exister, ce qui pourrait écarter les sanctions pénales.

- *La sanction civile : restitution des dividendes*

L'article L. 232-17 du code de commerce pose un principe de non-répétition des dividendes, sauf lorsque deux conditions sont réunies. D'une part, la distribution doit avoir été effectuée en violation des dispositions des articles L. 232-11, L. 232-12 et L. 232-15 et, d'autre part, la société doit avoir établi que les bénéficiaires avaient connaissance du caractère irrégulier de cette distribution, au moment de celle-ci ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances. Toute distribution de dividendes prélevées sur le report à nouveau intervenant en dehors de l'AGOA remplira la première condition. En revanche, démontrer que la seconde condition est remplie sera plus délicat sur le terrain probatoire car il faudrait alors démontrer que les associés qui ont voté en faveur de la distribution avaient connaissance du caractère irrégulier de l'opération ou ne pouvaient l'ignorer « au moment de celle-ci ». La situation est d'autant plus complexe que les éventuelles restitutions pourraient s'appliquer différemment selon les associés, certains pouvant invoquer leur bonne foi tandis que d'autres (notamment les dirigeants associés) pourraient être considérés comme ayant eu connaissance de l'irrégularité.

- Cass. com., 12 févr. 2025, n° 23-11.410, n° 72 B

Adrien Bezert,
Agrége des facultés de droit,
professeur à l'Université de Bourgogne Europe