DIVIDENDES – Distribution des réserves et du report à nouveau – Inclusion du report à nouveau dans le bénéfice distribuable de l'exercice suivant – Distribution possible seulement par l'assemblée approuvant les comptes de cet exercice

Il résulte de la combinaison des articles L. 232-11, alinéa 1^{er}, et L. 232-12, alinéa 1^{er} du code de commerce, textes impératifs, 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. 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.

Il résulte de la combinaison des articles 1103 du code civil et L. 235-1 du code de commerce que les délibérations d'une société commerciale s'imposent aux associés tant que la nullité n'en a pas été prononcée.

Cass. com. 12 février 2025, n° 23-11 410, FS-B - Note Ph. Merle

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 17 novembre 2022), MM. [R] et [E] [F] et Mme [G] [F] (les consorts [F]) étaient les associés de la société par actions simplifiée Midi plage.
2. Le 30 avril 2017, l'assemblée générale de la société Midi plage a approuvé les comptes de l'exercice clos le 31 décembre 2016 et a décidé d'affecter les bénéfices de l'exercice au compte « report à nouveau ».
3. Le 22 mai 2017, les consorts [F] ont conclu avec M. [V], auquel s'est substituée la société Maga, une promesse de cession des actions de la société Midi plage.
4. Le 3 juillet 2017, l'assemblée générale de la société Midi plage a décidé la distribution de dividendes prélevés sur le report à nouveau décidé par l'assemblée générale du 30 avril 2017.
5. Le 28 juillet 2017, la société Maga a acquis la totalité des actions de la société Midi plage.
6. Le 23 mars 2018, les consorts [F] ont assigné la société Midi plage en paiement des dividendes dont la distribution avait été décidée par l'assemblée générale du 3 juillet 2017.
7. La société Maga est intervenue volontairement à l'instance. M. [T] a été désigné commissaire à l'exécution du plan de sauvegarde de la société Maga.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

8. Les consorts [F] font grief à l'arrêt de rejeter leur demande en paiement des dividendes distribués lors de l'assemblée générale du 3 juillet 2017 et de les condamner à payer à la société Midi plage la somme de 9 300 euros au titre des prélèvements sociaux versés au Trésor public à la suite de la décision de distribution de dividendes prise par les associés au cours de l'assemblée générale du 3 juillet 2017, alors que : «*les délibérations d'une société s'imposent tant que la nullité n'en a pas été prononcée ; qu'en déboutant les consorts [F] de leur demande en paiement de dividendes distribués lors de l'assemblée générale en date du 3 juillet 2017 par laquelle les associés de la société Midi plage avaient décidé la mise en distribution de 60 000 euros de dividendes tirés sur l'exercice clos au 31 décembre 2016, refusant, par là même, de faire produire effet à cette*

délibération, sans au préalable constater que l'annulation judiciaire en avait été prononcée, ce qui s'imposait pourtant à elle, la cour d'appel a violé l'article 1102 du code civil, ensemble l'article L. 235-1 du code de commerce ».

Réponse de la Cour

Recevabilité du moyen

9. Les sociétés Midi plage et Maga et M. [T], ès qualités, contestent la recevabilité du moyen. Ils soutiennent qu'il est nouveau et mélangé de fait et de droit.

10. Cependant, ce moyen, qui ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations de l'arrêt, est de pur droit.

11. Le moyen est donc recevable.

Bien-fondé du moyen

Vu les articles 1103 du code civil et L. 235-1 du code de commerce :

12. Aux termes du premier de ces textes, les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Selon le second, 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 du code de commerce, à l'exception de la première phrase du premier alinéa de l'article L. 225-35 et de la troisième phrase du premier alinéa de l'article L. 225-64 de ce code, ou des lois qui régissent les contrats, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833 du code civil.

13. Il résulte de la combinaison de ces textes que les délibérations d'une société commerciale s'imposent aux associés tant que la nullité n'en a pas été prononcée.

14. Aux termes de l'article L. 232-11, alinéa 1^{er}, du code de commerce, 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.

15. Aux termes de l'article L. 232-12, alinéa 1^{er}, de ce code, 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.

16. Il résulte de la combinaison de ces textes, lesquels sont impératifs, 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. 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.

17. Pour rejeter la demande en paiement de dividendes des consorts [F], l'arrêt, après avoir constaté, d'une part, que l'assemblée générale de la société Midi plage du 30 avril 2017 avait approuvé les comptes de l'exercice clos le 31 décembre 2016 et avait décidé l'affectation des bénéfices de cet exercice en report à nouveau, d'autre part, que l'assemblée générale du 3 juillet 2017 avait décidé la distribution des dividendes litigieux qui avaient été prélevés sur le report à nouveau bénéficiaire décidé par l'assemblée générale du 30 avril 2017, retient que le montant des capitaux propres de la société était, avant la distribution des dividendes décidée le 3 juillet 2017, inférieur au montant du capital augmenté des réserves non distribuables. L'arrêt en déduit qu'il ne pouvait être procédé à la distribution des dividendes litigieux.

18. En statuant ainsi, alors que la délibération de l'assemblée générale de la société Midi plage du 3 juillet 2017, bien qu'encourant la nullité dès lors que cette assemblée, qui n'était pas celle de l'approbation des comptes de l'exercice clos le 31 décembre 2017 dans lequel était inclus le report bénéficiaire de l'exercice précédent, ne pouvait décider la distribution des dividendes litigieux, s'imposait tant que la nullité n'en avait pas été prononcée, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y est (*sic*) lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de MM. [R] et [E] [F] et Mme [G] [F] en paiement des dividendes distribués lors de l'assemblée générale du 3 juillet 2017, condamne MM. [R] et [E] [F] et Mme [G] [F] à payer à la société Midi plage la somme de 9 300 euros au titre des prélèvements sociaux versés au Trésor public ensuite de la décision de distribution de dividendes prises par les associés au cours de l'assemblée générale du 3 juillet 2017, et statue sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 17 novembre 2022, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier ; Condamne les sociétés Midi plage et Maga et M. [T], en sa qualité de commissaire à l'exécution du plan de sauvegarde de la société Maga, aux dépens ; En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par les sociétés Midi plage et Maga et M. [T], ès qualités, et les condamne à payer à MM. [R] et [E] [F] et à Mme [G] [F] la somme globale de 3 000 euros ; Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de la partiellement cassée ...

Note – 1 - On se souvient que les chefs d'entreprise, les avocats et les commissaires aux comptes avaient été très surpris par un jugement du tribunal de commerce de Paris du 23 septembre 2022¹ qui avait décidé qu'était exclusivement compétente l'assemblée générale ordinaire annuelle pour décider non seulement de la distribution du report à nouveau bénéficiaire mais également des réserves. Cette décision, rendue par des « juges-marchands » confirmés, remettait en cause une pratique très répandue.

2 - En appel, la cour de Paris², infirmant partiellement la décision de première instance, est venue décider au contraire que toute assemblée générale pouvait librement distribuer réserves et report à nouveau, dès lors qu'une assemblée générale annuelle tenue antérieurement à la distribution avait approuvé leur constitution.

3 - La Cour de cassation, dans l'arrêt rapporté³, statuant dans une affaire totalement distincte de celle traitée dans les deux décisions mentionnées ci-dessus, a adopté une position différente de la cour d'appel de Paris, en décidant que seule l'assemblée annuelle d'une société commerciale approuvant les comptes de l'exercice peut affecter et distribuer le report à nouveau bénéficiaire d'un précédent exercice, de sorte que toute autre assemblée distribuant un dividende prélevé sur ce report encourt la nullité.

Nous rappellerons brièvement les solutions adoptées en première instance et par la cour d'appel avant de nous attarder plus longuement sur l'arrêt de la Cour de cassation.

4 - Les juges consulaires parisiens ont décidé qu'il « *ne peut ... être sérieusement soutenu que l'alinéa 2 de l'article L. 232-11 du code de commerce permettrait, en l'absence de dispositions contraires, un autre mode de distribution que celui, alternatif, qui résulte de l'article L. 232-12 et que les sociétés auraient, dans le silence des textes, la possibilité de procéder librement à des distributions de sommes prélevées sur les réserves ; en effet, une telle lecture ferait perdre tout sens à l'un des principes dégagés par ces textes qui vise à s'assurer, que la société, en ce compris ses résultats les plus récents, présente bien une capacité de distribution compatible avec le respect de sa solidité financière, dans un souci de protection des tiers* ». Selon eux, en l'espèce, il y a donc eu distribution de dividendes fictifs⁴.

5 - Sous les articles L. 232-10 à L. 232-20 du code de commerce figurant dans une section intitulée « *Des bénéfices* », on ne trouve pas d'arguments décisifs permettant de décider que la distribution de dividendes peut être votée en dehors de l'assemblée approuvant les comptes. En faveur de la solution adoptée par le tribunal, il est possible d'invoquer l'article L. 232-12, alinéa 1^{er} du code de commerce qui dispose qu'« *après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine*

¹ Trib. com. Paris, 16^{ème} Ch., 23 sept. 2022, n° J2021000542, *Bull. Joly Sociétés* janv. 2023, p.22, B. Dondero ; *RJDA* 5-2023, n°261. V. également R. Mortier, La distribution de réserves, primes ou report à nouveau, hors assemblée annuelle d'approbation des comptes, *BRDA* n°7/2023.

² Paris 5-9, 30 janv. 2025, n° 22/17478, *Bulletin Joly Sociétés* mars 2025, p. 9, H. Le Nabasque.

³ Cass. com. 12 fév. 2025, n° 23-11 410 FS-B, *Bulletin Joly Sociétés* mars 2025, p. 14, B. Dondero, *BRDA* 5-2025, p. 4. La mention « FS » signifie que la décision a été rendue par la formation de section de la Chambre. Elle est saisie lorsque la ou les questions posées par le pourvoi sont délicates. La lettre « B » indique que l'arrêt sera publié, à raison de son importance, au Bulletin de la Cour de cassation.

⁴ L'infraction est sanctionnée d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 € (art. L. 242-6, al. 1^{er} C. com.).

la part attribuée aux associés sous forme de dividendes ». Un lien est ainsi fait entre l'approbation des comptes annuels et la distribution de dividendes qui la suit nécessairement. A l'inverse, en faveur de la distribution par toute assemblée, on peut citer l'article L. 232-11 du même code qui semble permettre la distribution de réserves par « l'assemblée générale » sans restriction au profit de la seule assemblée annuelle. Les juges consulaires parisiens, probablement soucieux de préserver la sécurité financière de la société, ont préféré donner compétence exclusive à la seule assemblée approuvant les comptes sociaux. Cette solution a été vivement critiquée par les auteurs précités⁵.

6 - Statuant sur l'appel interjeté, la cour de Paris observe qu'il est largement admis que : « *le report à nouveau bénéficiaire s'apparente à une réserve et peut, à cet égard, être distribué sur décision collective des actionnaires (Paris 30 janv. 2025, n° 22/17478, p 11). En outre, si l'alinéa 2 de l'article L. 232-11 du code de commerce dispose que : « l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition » il ne précise pas... que l'assemblée générale visée par le texte est celle approuvant les comptes* ». La cour relève ainsi que la loi fait référence à « l'assemblée générale » sans aucune précision (qu'elle soit relative à son objet ou au moment auquel elle se tient) ».

Elle ajoute que si l'article L. 232-12 du code de commerce prévoit qu' « *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* », il ne qualifie pas l'assemblée générale qui fixe les dividendes et indique seulement que cette fixation ne peut intervenir qu'après l'approbation des comptes annuels et la constatation de l'existence de sommes distribuables. L'arrêt en conclut qu' « *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* ».

7- La solution donnée par la cour d'appel de Paris a été largement approuvée par la doctrine, malgré quelques réserves sur la motivation⁶. Elle rejoint la position qui avait déjà été adoptée par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes⁷. La CNCC a considéré en effet qu'à la lecture des articles L. 232-11 et L. 232-12 du code de commerce, il n'est pas douteux que pour la détermination du montant du bénéfice distribuable, effectuée lors de l'approbation des comptes annuels ou lors du versement d'un acompte sur dividendes, il est nécessaire de prendre en compte le montant du report à nouveau. Celui-ci est un résultat en attente d'affectation. Il est donc logiquement ajouté au résultat de l'exercice ressortant des comptes annuels afin de décider du sort de l'ensemble des résultats non encore affectés, à la fois ceux du dernier exercice et ceux des exercices antérieurs. L'assemblée a par conséquent la possibilité de le distribuer à tout moment au même titre que les réserves, « *son montant étant aussi précis que celui de ces dernières puisqu'arrêté dans les mêmes conditions* ». Le montant précisément connu du report à nouveau, validé par la ou les assemblées précédentes milite « *pour la possibilité d'une distribution « autonome » de celui-ci* »⁸. La satisfaction des praticiens n'a cependant été que de courte durée.

8 – La Cour de cassation a en effet décidé dans un arrêt du 12 février 2025⁹ que seule l'assemblée générale annuelle peut distribuer des dividendes prélevés sur le report à nouveau bénéficiaire. Toute autre assemblée distribuant un dividende prélevé sur ce report encourt la nullité.

9 - En l'espèce, l'assemblée générale annuelle d'une SAS a décidé le 30 avril 2017 d'affecter le bénéfice de l'exercice 2016 au compte report à nouveau. Une nouvelle assemblée a ensuite décidé, le 3 juillet 2017, une distribution de dividendes prélevée sur le report à nouveau. Le 28 juillet suivant, les associés de la société au moment de la décision ont cédé la totalité des actions de la SAS. N'ayant pas reçu paiement des dividendes, les anciens associés ont alors assigné la société en paiement.

⁵ *Adde Mémento Francis Lefèbvre, Sociétés commerciales 2025, n° 76 411 et Mémento Francis Lefèbvre, Assemblées générales 2025, n° 3560.*

⁶ V. par ex. H. Le Nabasque, *Bull. Joly Sociétés* mars 2025, p. 9.

⁷ Réponse EJ 2007-09, *Bull. CNCC* n° 153, mars 2009, p. 265. V. déjà dans le même sens, *Bull. CNCC* n° 44, déc. 1981, p. 500 ; ANSA, Comité juridique 2 juillet 1988, n° 68 et 2 juillet 2003, n° 3254. Cf. également pour une position analogue, *Mémento Francis Lefebvre Sociétés commerciales et Assemblées générales préc.*

⁸ Cette possibilité ne doit cependant pas être utilisée pour contourner les dispositions relatives au délai de mise en paiement des dividendes, qui est en principe de neuf mois après la clôture de l'exercice (*Mémento Société commerciales préc.*, n° 76 501).

⁹ Com. 12 février 2025, n° 23-11 410, FS-B, *Bull. Joly Sociétés* mars 2025, p. 14, note critique B. Dondero. L'affaire sur laquelle s'est prononcée la Cour de cassation n'a rien à voir avec les deux décisions évoquées ci-dessus.

10 - Ils ont été déboutés de leurs demandes par la cour d'appel d'Aix-en-Provence. Dans son arrêt, cette dernière rappelle que, hors le cas de réduction du capital, aucune distribution du capital ne peut être opérée lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer. La cour relève ensuite qu'à la date de décision de distribution (3 juillet 2017), le résultat de l'exercice de la société était négatif et les capitaux propres étaient déjà, avant la distribution, inférieurs au montant du capital augmenté des réserves non distribuables. L'arrêt en conclut qu'il ne pouvait être procédé à la distribution de dividendes (art. L. 232-11, al. 3 C. com.) et rejette la demande en paiement sans toutefois prononcer la nullité de la décision prise lors de l'assemblée du 3 juillet, nullité qui n'avait d'ailleurs pas été demandée.

11 - La Cour de cassation casse cependant partiellement l'arrêt de la cour d'Aix. Elle souligne d'abord qu'il résulte de la combinaison des articles 1103 du code civil et L. 235-1 du code de commerce 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 du code de commerce ou des lois qui régissent les contrats, à l'exception de quelques articles spécifiquement énumérés, puis en déduit, solution classique, que « *les délibérations des organes d'une société commerciale s'imposent aux associés tant que la nullité n'en a pas été prononcée* ».

12 - La Cour considère ensuite qu'il ressort des articles L. 232-11 et L. 232-12 du code de commerce, « *lesquels sont impératifs, 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. 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* ».

13 - La Cour en conclut que l'assemblée qui a autorisé la distribution de dividendes prélevés sur le report à nouveau ne pouvait la décider et encourt la nullité dès lors que cette assemblée n'est pas celle d'approbation des comptes de l'exercice clos suivant (2017) dans lequel était inclus le report bénéficiaire de l'exercice précédent. Elle prononce cependant une cassation partielle car la cour d'appel a débouté les associés de leur demande de paiement du dividende, sans toutefois prononcer la nullité de l'assemblée générale qui avait autorisé cette décision, alors même que cette assemblée générale s'impose aux associés tant que la nullité n'a pas été prononcée, conformément aux articles 1103 du code civil et L. 235-1 du code de commerce.

14 - Cette position de la Cour de cassation a été évidemment mal accueillie par les praticiens qui ont regretté la rigidité qu'elle instaure dans la distribution des dividendes pour le futur et les risques de nullité pour les décisions passées prises en dehors d'une assemblée approuvant les comptes.

15 - L'arrêt a été également critiqué par la doctrine. Elle relève que la Haute juridiction déduit de la combinaison des articles L. 232-11, al. 1^{er} et L. 232-12, al. 1^{er} du code de commerce, qui sont selon elle des textes de caractère impératif, 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* ». Or, comme l'affirme notre collègue Dondero, la lettre des textes n'interdit pas « *lorsque le 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* »¹⁰. De même, pour le Professeur Reygrobellet, « *on peine à comprendre pourquoi une décision d'affectation de tout ou partie des bénéfices en report à nouveau impliquerait nécessairement de rendre les sommes indisponibles jusqu'à la prochaine assemblée approuvant les comptes. Ce n'est pas ainsi ...qu'il faut comprendre l'article L. 232-11, alinéa 1^{er}* »¹¹.

16 – Malgré les critiques dont il fait l'objet, l'arrêt doit cependant être pris en compte. Sa portée doit donc être précisée avec soin. La décision, qui concerne toutes les sociétés commerciales, et pas seulement les SAS, ne traite que de la question dont était saisie la Chambre commerciale par le pourvoi (« *tout le pourvoi, rien que le pourvoi* »), c'est-à-dire celle du report à nouveau. Le problème de la distribution des réserves n'est pas évoqué.

¹⁰ B. Dondero, préc., p. 16, n° 15.

¹¹ A. Reygrobellet, *Distribution de dividendes hors AGOA : un arrêt déconcertant*, *Dalloz Actu.* 6 mars 2025.

Il est donc raisonnable de penser que la solution donnée pour le report à nouveau ne s'étend pas aux réserves, mais on ne sera fixé à coup sûr que lorsque la Cour de cassation se sera expressément prononcée.

L'arrêt ci-dessus s'applique immédiatement à toutes les situations antérieures. Il en résulte que les distributions de dividendes prélevées sur le report à nouveau d'un exercice et décidées par une assemblée autre que l'assemblée annuelle suivante pourrait être contestée.

Cependant, la nullité encourue pourrait être régularisée (art. L. 235-3 C. com.). Il suffirait que la prochaine assemblée annuelle vote sur la distribution litigieuse avec un effet rétroactif¹².

Reste à savoir si les cours d'appel, en particulier la cour d'appel de Paris, résisteront à la solution adoptée par la Chambre commerciale, auquel cas un arrêt d'Assemblée plénière serait attendu avec le plus grand intérêt.

Philippe Merle,
Professeur émérite de l'Université
Paris-Panthéon-Assas

¹² En ce sens, R. Mortier, *La distribution de réserves, primes ou report à nouveau, hors assemblée annuelle d'approbation des comptes*, BRDA 7/2023, 21, n° 35 s.