

Droit pénal des affaires

Leçon 6 : La distribution de dividendes fictifs

Corinne MASCALA

Table des matières

Section 1. Les conditions préalables.....	p. 2
§ 1. La nécessité d'une absence d'inventaire ou d'un inventaire frauduleux.....	p. 2
§ 2. La fictivité du dividende.....	p. 3
§ 3. Le problème des réserves.....	p. 3
A. La réserve légale.....	p. 3
B. La réserve statutaire.....	p. 3
C. Les réserves libres.....	p. 4
D. Les réserves occultes.....	p. 4
Section 2. Les éléments constitutifs.....	p. 5
§ 1. L'acte de répartition.....	p. 5
§ 2. L'intention frauduleuse.....	p. 5
Section 3. Les poursuites.....	p. 6

L'objectif poursuivi par le législateur en incriminant ce comportement est double : d'une part, **protéger la structure sociétaire et les créanciers en évitant que les dirigeants distribuent des bénéfices inexistant**s, de ce fait portent atteinte au capital social et par répercussion au gage des créanciers. D'autre part, il s'agit de **protéger les tiers à la société** : en effet, la distribution de dividendes fictifs donne aux tiers une apparence trompeuse de prospérité de l'entreprise, sur la base de laquelle ils s'engageront peut-être contractuellement en devenant par exemple, associés ou actionnaires à l'occasion de l'ouverture ou de l'augmentation du capital.

L'infraction ne peut être commise qu'au détriment des sociétés commerciales régies par les dispositions du code de commerce (SA, SAS, SARL, Sociétés en commandite par actions). Par conséquent, ce sont nécessairement des sociétés de droit français .

Seuls les gérants d'une SARL, les présidents, les administrateurs ou les directeurs généraux, ainsi que les membres du directoire et du conseil de surveillance d'une société anonyme, d'une société en commandite par action ou d'une société européenne peuvent être les auteurs du délit (personnes ayant la qualité de dirigeants), ainsi que le liquidateur.

Section 1. Les conditions préalables

§ 1. La nécessité d'une absence d'inventaire ou d'un inventaire frauduleux

La première condition préalable exigée par les textes d'incrimination est l'absence d'inventaire ou un inventaire frauduleux.

Remarque

Les obligations comptables d'un commerçant sont définies par l'[article L. 123-12 du C. com.](#).

Selon la définition donnée par la loi comptable du 30 avril 1983, l'inventaire « est un relevé de tous les éléments d'actif et de passif au regard desquels sont mentionnées la quantité et la valeur de chacun d'eux à la date de l'inventaire ».

L'inventaire est donc, un état descriptif et estimatif de la situation patrimoniale et financière de l'entreprise. Dans cette conception, l'inventaire est un instrument comptable assimilable au bilan, au sens de l'article L. 123-13 alinéa 1 du Code de commerce.

Art. [L. 123-13 al. 1 C. com.](#) : « Le bilan décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise, et fait apparaître, de façon distincte, les capitaux propres. »

L'hypothèse d'absence d'inventaire visée par la loi - qui suppose une absence totale de comptabilité récapitulative - est une situation rare en pratique, dans la mesure où les entreprises concernées sont notamment des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions dans lesquelles la loi exige la certification des comptes par un commissaire aux comptes. En outre, s'il n'y a pas d'inventaire stricto sensu ce qui est imaginable dans les SARL de petite taille ou dans les EURL (EURL : entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée qui est soumise aux mêmes règles que la SARL), l'entreprise pourra néanmoins le plus souvent, présenter des documents comptables remplissant la fonction de récapitulatif des éléments actifs et passifs composant le patrimoine. Il est en effet, extrêmement rare qu'une entreprise n'ait aucune comptabilité, fut-elle très réduite. En revanche, la seconde hypothèse qui est caractérisée par un inventaire ou un bilan frauduleux est beaucoup plus fréquente quelque soit le type de société. L'article L. 123-14 alinéa 1 du code de commerce définit les principes comptables qui doivent être respectés par les commerçants : principes de régularité des comptes, de sincérité, de fidélité, de prudence et de permanence.

Art. [L. 123-14 C. com.](#) : « Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. »

L'absence de régularité ou de sincérité caractérise la fraude. L'inventaire est frauduleux par diverses manipulations comptables : enregistrement d'écritures fausses (correspondant à des opérations réelles mais falsifiées lors de la passation en écritures comptables) ou fictives (opérations inexistantes) ; dissimulation de charges ; augmentation des bénéfices...

§ 2. La fictivité du dividende

La loi retient pour définir l'infraction, la formule « *distribution de dividendes fictifs* » cependant, une précision terminologique s'impose a priori : lorsque le texte d'incrimination vise le dividende fictif, il s'agit d'une impropriété de langage. En effet, le dividende est réel, il n'est pas fictif. [L'article 1832 du Code civil](#) pose le principe du droit de chaque associé au partage des résultats de l'activité sociale. Le droit au dividende est lié à la qualité d'associé et il est proportionnel à la participation au capital social. Il ne peut donc jamais être fictif puisqu'il est attaché à la qualité de la personne . Ce droit au dividende est mis en œuvre par l'assemblée générale lorsqu'elle décide la répartition des bénéfices réalisés. Il faut donc établir une distinction nette entre la notion de dividende et celle de bénéfice : le droit au dividende est une prérogative attachée à la qualité d'associé, qui se matérialise par une distribution des bénéfices s'ils existent au terme de l'exercice. Or le législateur a confondu les deux notions. Ce qui est fictif et qui est distribué, ce sont les bénéfices. Or en l'absence de bénéfices, la distribution constitue une atteinte au capital social.

Le Code de commerce dans ses [articles L. 232-11](#) et [L. 232-12](#) donne une définition des bénéfices distribuables.

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* ».

Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, si l'assemblée générale décide de procéder à la distribution des bénéfices, elle détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes. Tout dividende réparti, alors qu'il n'existe pas de sommes distribuables, constitue une distribution de bénéfice fictif : c'est l'hypothèse de la distribution des sommes prélevées sur le capital social. Tous prélèvement de sommes sur le capital est interdit. Une difficulté surgit alors : lorsque la société a affecté des sommes en réserves, peut-elle effectuer des prélèvements sur ces fonds pour les distribuer aux associés ?

§ 3. Le problème des réserves

Une interrogation peut porter sur les réserves : un dividende prélevé pour être distribué sur des réserves constitue t-il l'infraction ? La réponse ne peut pas être unique, elle doit être nuancée en fonction de la nature des réserves. **En effet, il faut distinguer quatre types de réserves : légale, statutaire, libre et occulte.**

A. La réserve légale

La réserve légale est **celle qui est imposée par la loi à toutes les sociétés à responsabilité limitée et sociétés par actions.**

Art. L. 232-10 : « *A peine de nullité de toute délibération contraire dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, il est fait sur le bénéfice de l'exercice, diminué, le cas échéant, des pertes antérieures, un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve dite "réserve légale".* »

Ces sommes affectées à la réserve légale sont intégrées au capital social. Par conséquent, le dividende distribué par prélèvement des fonds affectés à la réserve légale obligatoire qui est assimilable au capital, est fictif en l'absence de tout bénéfice. La condition de fictivité imposée par la loi est remplie. La distribution reviendrait à distribuer le capital ce qui est interdit par la loi.

B. La réserve statutaire

La réserve statutaire est une **réserve facultative qui est décidée par les fondateurs dans les statuts de la société**. A partir du moment où elle est prévue dans les statuts, elle devient conventionnellement obligatoire et par conséquent elle a la même nature que la réserve légale.

Art. L. 232-11 al. 1 : « *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.* »

Les fonds placés en réserve au titre de la réserve statutaire sont assimilés au capital social. Si la distribution des dividendes est effectuée par prélèvement sur cette réserve, l'infraction est constituée puisque le capital subit une atteinte.

C. Les réserves libres

Les réserves libres ont suscité des interrogations. Ces réserves libres **proviennent de bénéfices réalisés au cours d'un exercice précédent et qui n'ont pas été distribués** : sur décision de l'assemblée générale, elles ont été conservées à titre de réserve pour constituer par exemple, des provisions. Ces sommes non distribuées ne font pas partie du capital social. Si le dirigeant distribue des dividendes prélevés sur ces réserves, l'infraction est-elle constituée ?

Dans un arrêt Léonard en date du 22 janvier 1937 ([Cass. crim., 22 janvier 1937](#), D. 1937, 1 ; 71 note Tchernoff ; S. 1938, 1, 297 note Légal), la Cour de cassation a considéré que la distribution sur la réserve libre était licite, mais à la condition que l'assemblée générale qui la décide, précise la provenance des sommes distribuées, dans un souci de protection des tiers. Le législateur a consacré cette solution jurisprudentielle.

Art. [L. 232-11](#) al. 2 du Code de commerce : « *L'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la libre disposition. En ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués.* »

D. Les réserves occultes

Les réserves occultes sont celles qui sont **décidées par les dirigeants mais qui n'apparaissent pas au bilan**.

La Cour de cassation a longtemps considéré qu'elles pouvaient être distribuées librement à la condition qu'elles aient été constituées par des bénéfices réels antérieurs, car la libération de ces réserves volontaires ne porte pas atteinte au capital social (Cass. crim., 17 juin 1942, JCP 1943, II, 2120 note Bastian). Mais cette solution jurisprudentielle est aujourd'hui condamnée par l'article L. 232-11 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 (art. L. 232-11 al. 2 : « *L'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la libre disposition. En ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués* »), qui oblige l'assemblée générale à indiquer expressément sur quel poste de réserve la distribution s'opère. Par conséquent, l'assemblée peut distribuer les réserves occultes mais elle doit indiquer que le prélèvement est effectué sur des réserves qui n'apparaissent pas au bilan, ce qu'elle ne veut pas révéler notamment à l'administration fiscale, d'autant que cela suppose l'existence d'une double comptabilité.

Section 2. Les éléments constitutifs

§ 1. L'acte de répartition

L'élément matériel du délit est constitué par l'acte de répartition du dividende selon la formule légale. Il est donc nécessaire de déterminer le moment où le dividende est considéré comme réparti.

Deux conceptions sont envisageables : d'une part, on pourrait considérer que l'infraction n'est consommée que lorsque les associés ou actionnaires ont perçu le dividende distribué. Cette conception restreindrait considérablement le domaine de l'infraction. Cela laisserait aux dirigeants le temps d'arrêter un processus infractionnel, tant que la perception du dividende n'est pas effective, d'autant que la tentative de distribution de dividendes fictifs n'est pas punissable, puisque la loi ne le prévoit pas. D'autre part, on peut considérer que l'infraction est réalisée au jour où l'ordre de répartition des dividendes est donné, après délibération de l'assemblée générale, par les dirigeants, peu importe que les dividendes soient effectivement perçus ou qu'ils ne le soient pas par les associés.

Cette seconde solution est retenue par la jurisprudence (Cass. crim., 28 mars 1936, *D.H.* 1936, 270). Elle a le mérite de permettre une répression pénale plus précoce, et repose sur l'idée que le dividende est réparti, dès lors que l'associé ou l'actionnaire est titulaire d'un droit privatif sur le dividende. Ce droit privatif naît le jour où « le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme et les gérants d'une SARL » décident de mettre ces dividendes à leur disposition (Cass. crim., 21 mai 1935, *Rev. soc.* 1935, 424 ; CA Lyon, 23 fév. 1984, *D.* 1985, 127 note Croze et Reinhard).

Le délai de prescription de l'action publique commence à courir à partir du jour de la naissance de ce droit privatif.

Le délai de prescription est de six ans en matière délictuelle à compter du jour de commission de l'infraction : [art. 8 du CPP](#).

§ 2. L'intention frauduleuse

Le délit de distribution de dividendes fictifs est une **infraction intentionnelle**. Elle n'est constituée que si les dirigeants ont intentionnellement réparti des dividendes fictifs, ce qui suppose qu'ils connaissaient l'inexactitude du bilan présenté pour justifier l'existence de bénéfices inexistantes en réalité.

Exemple

La Cour d'appel de Paris a jugé qu'en ne s'assurant pas de la sincérité des comptes avant de décider de répartir les bénéfices, un président de société fait preuve de légèreté. Cependant, pour le condamner encore faut-il que la partie poursuivante puisse apporter la preuve qu'il avait conscience d'agir contre les intérêts de la société (CA Paris, 14 juin 1995, *Droit des sociétés* 1995, 219).

La preuve de la mauvaise foi est largement facilitée par la qualité des auteurs de l'infraction. En effet, seuls peuvent être poursuivis les dirigeants limitativement visés par la loi. Es qualité, ces personnes doivent avoir connaissance de la situation financière et comptable de leur société. Cette connaissance doit leur permettre de savoir si la distribution de dividendes envisagée est licite ou frauduleuse. Ils ne peuvent pas se réfugier derrière une prétendue ignorance de la situation financière, au risque de se voir imputer un manquement à l'obligation générale de prudence et de diligence qui pèse sur chaque dirigeant. L'approbation des comptes, et par conséquent la décision de répartition des dividendes, par l'assemblée générale ne fait pas disparaître l'intention frauduleuse des dirigeants (Cass. crim., 10 novembre 1942, *JCP* 1943, II, 2332 note Bastian).

Section 3. Les poursuites

L'action publique se prescrit par six ans puisque la distribution de dividendes fictifs est un délit. La difficulté est de fixer le point de départ de ce délai. Le délit est instantané, il faut donc déterminer le jour de la commission. La jurisprudence considère que l'infraction est consommée au jour où l'ordre de répartition est donné, après délibération de l'assemblée générale, par les dirigeants. Le jour de la répartition, peu important que les sommes soient effectivement payées aux actionnaires par la suite, ouvre le délai de prescription.

En ce qui concerne l'action civile, son régime obéit aux mêmes règles que l'infraction d'abus de biens sociaux (voir item précédent). L'action civile appartient à la victime de l'infraction qui est la société. Mais l'action civile des tiers est recevable s'ils apportent la preuve d'un préjudice personnel causé par exemple, par la souscription de parts sociales déterminée par l'apparente prospérité de la société. Dans ce cas, ces tiers devront apporter la preuve qu'ils subissent un préjudice personnel, certain et directement causé par l'infraction selon les exigences classiques de [l'article 2 du Code de procédure pénale](#).