



Association Nationale des Sociétés par Actions

39 rue de Prony – 75017 Paris

Tél. 01 47 63 66 41 Fax 01 42 27 13 58 - <http://www.ansa.fr> - ansa@ansa.asso.fr

2011 – IV

Comité juridique

Réunion du 7 septembre 2011

n° 11-052

Prime de partage du profit liée à l'accroissement du dividende : premières questions

Selon l'article 1^{er} de loi n° 2011-894 du 28/07/2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011 (JO du 29), les sociétés commerciales d'au moins 50 salariés qui distribuent un dividende en augmentation (par rapport à la moyenne distribuée par action lors des 2 derniers exercices) doivent verser une prime à leurs salariés (Dans la limite de 1200 € par an et par salarié, cette prime n'est pas astreinte aux cotisations sociales mais elle reste soumise à la CSG, à la CRDS et au forfait social)¹.

Toutefois, le même texte prévoit une dérogation pour celles de ces entreprises qui sont comprises dans un groupe de sociétés : dans ce cas, la condition de distribution d'un dividende en augmentation est à apprécier au niveau de l'entreprise dominante.

Cette nouvelle obligation a fait l'objet d'une circulaire interministérielle du 29 juillet 2011 qui répond à de nombreuses questions, sans toutefois apporter de réponse à certains points que le *Comité juridique* a tenté de régler.

Cette prime doit résulter d'un accord conclu selon le régime des accords de participation, dans les trois mois de l'AG ayant décidé la distribution du dividende ou jusqu'au 31/10/2011, pour les dernières distributions (en l'absence d'ouverture de négociation, la sanction est celle de l'article L 2243-2²) ou, en cas d'échec des négociations, d'une décision unilatérale de l'employeur (art. 1^{er}-V).

¹ Art. 1^{er} de la loi du 28/07/2011 (Extr.)

I. – Le II est applicable aux sociétés commerciales qui emploient habituellement cinquante salariés et plus, au sens des articles L. 3322-2 et L. 3322-4 du code du travail.

Lorsque plus de la moitié du capital d'une société commerciale est détenue directement par l'Etat ou, ensemble ou séparément, indirectement par l'Etat et directement ou indirectement par ses établissements publics, le II du présent article lui est applicable si elle ne bénéficie pas de subventions d'exploitation, n'est pas en situation de monopole et n'est pas soumise à des prix réglementés.

II. – Lorsqu'une société commerciale attribue à ses associés ou actionnaires, en application de l'article L. 232-12 du code de commerce, des dividendes dont le montant par part sociale ou par action est en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes par part sociale ou par action versés au titre des deux exercices précédents, elle verse une prime au bénéfice de l'ensemble de ses salariés.

Toutefois, lorsqu'une société appartient à un groupe tenu de constituer un comité de groupe en application du I de l'article L. 2331-1 du code du travail, elle verse une prime au bénéfice de l'ensemble de ses salariés dès lors que l'entreprise dominante du groupe attribue des dividendes dont le montant par part sociale ou par action est en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes par part sociale ou par action versés au titre des deux exercices précédents.

V. la suite du texte en annexe.

² 1 an de prison et amende de 3 750 €

Ce nouveau dispositif s'applique jusqu'au 31/12/2013, à moins qu'intervienne antérieurement une loi sur le partage de la valeur ajoutée résultant d'une négociation nationale interprofessionnelle (art. 1^{er}-XIV).

Champ d'application : employeurs concernés

Sur la forme juridique des employeurs, le texte est clair puisqu'il vise expressément « *les sociétés commerciales* » dont les distributions de bénéfices sont soumises aux dispositions de l'article L 233-12 du code de commerce.

Cet article, fixant le régime de la distribution de dividendes de l'ensemble des sociétés commerciales, apparaît comme un critère incontestable. Toutes les sociétés commerciales sont ainsi soumises au nouveau texte, y compris les sociétés de personnes, les sociétés européennes...

Certaines sociétés à objet spécifique ou de nature particulière sont également incluses en raison de leur forme de sociétés par actions : SICAV (et sicaef évidemment), sociétés de capital risque, sociétés coopératives...

Il en ressort *a contrario* que les employeurs qui n'ont pas la forme de sociétés commerciales restent en dehors du dispositif : sociétés civiles, GIE, mutuelles, établissements stables de sociétés étrangères...

Les problèmes posés par les groupes

Comme on l'a vu, on doit distinguer deux catégories de sociétés, les entreprises indépendantes et celles qui appartiennent à un groupe, sachant que le principe général demeure que seules les sociétés commerciales qui emploient au moins 50 salariés, au sens du régime de la participation, sont soumises au dispositif (à l'exception de certaines entreprises contrôlées par l'Etat)³.

Pour cette deuxième catégorie (filiales), le critère de distribution du dividende en hausse se vérifie au niveau de l'entreprise dominante. En effet, sauf exception, les distributions internes reflètent la politique de trésorerie du groupe et non la libre décision de chaque filiale quant à la rémunération des investisseurs.

Pour la définition du groupe, le texte renvoie aux dispositions du code du travail relatives à **l'obligation de constituer un comité de groupe** (« *lorsqu'une société appartient à un groupe tenu de constituer un comité de groupe en application du I de l'article L. 2331-1 du code du travail* »)⁴.

³ Art. L 3322-2 et L 3322-4 du code du travail.

⁴ **Art. L 2331-1 du code du travail**

*I. - Un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée **entreprise dominante**, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce.*

II. - Est également considérée comme entreprise dominante, pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise exerçant une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

L'existence d'une influence dominante est présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement :

- peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ;

Le texte du code du travail est ainsi rédigé :

« - *Un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée **entreprise dominante**, dont le siège social est situé sur le territoire français, **et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies** à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce. »*

L'entreprise dominante doit donc être située en France et la définition du contrôle est large puisque littéralement elle inclut le contrôle conjoint (article L 233-16 - alors que pour l'article L 233-3, l'article L 2331-1 du code du travail exclut le III relatif au contrôle de fait par action de concert⁵). Le texte du code du travail vise également les entreprises exerçant une influence dominante.

Cela dit, malgré le renvoi formel à l'hypothèse du *contrôle conjoint*, l'obligation de constituer un comité de groupe n'existe, selon le texte du code du travail, qu'en présence d'une « *entreprise dominante* ». Ainsi, dans la situation d'une entreprise contrôlée à 50/50, sauf

- ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise ;
- ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise.

Lorsque plusieurs entreprises satisfont, à l'égard d'une même entreprise dominée, à un ou plusieurs des critères susmentionnés, celle qui peut nommer plus de la moitié des membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise dominée est considérée comme l'entreprise dominante, sans préjudice de la preuve qu'une autre entreprise puisse exercer une influence dominante.

⁵ **Art. L 233-16 du code de commerce**

I. - Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci, dans les conditions ci-après définies.

II. - Le contrôle exclusif par une société résulte :

- 1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;
- 2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;
- 3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. (1)

III. - Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

IV. - L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise.

Art. L 233-3

I. - Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

- 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;
- 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;
- 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;
- 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. - Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III. - Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

clause statutaire ou conventionnelle qui accorderait un pouvoir renforcé à l'un des deux actionnaires⁶, il n'y a aucune « *entreprise dominante* », donc pas d'obligation de constituer un comité de groupe. Dans cette hypothèse, la filiale commune doit être traitée comme une entreprise indépendante (voire elle-même comme une entreprise dominante à l'égard de ses filiales), au regard du dispositif étudié.

Pour mémoire, signalons que le code du travail prévoit des exceptions à la notion d'entreprise dominante, et ainsi à l'obligation de constituer un comité de groupe (art. L 2331-4)⁷.

Pour l'application de ce texte, peu importe que l'éventuel *comité de groupe* n'ait pas été effectivement constitué au niveau de l'entreprise dominante. Il s'agit d'un texte donnant les critères définissant un groupe et la notion d'entreprise dominante.

En principe, le fait générateur de l'application du texte (pour les filiales) est uniquement la distribution d'un dividende par l'entreprise dominante, même si ladite filiale n'en distribue pas elle-même.

1). Quelle est la portée de la dérogation en faveur du groupe, notamment lorsque l'entreprise dominante ne distribue pas un dividende en augmentation et que c'est une filiale (à 50 salariés au moins) qui en distribue ?

S'agit-il ou non d'une **dérogation** qui permet d'écarter les conditions du droit commun (entreprise de 50 salariés au moins distribuant un dividende en hausse) ?

Selon une *première interprétation*, il s'agit d'une dérogation exclusive en faveur des groupes, le terme *toutefois* marquant clairement une opposition.

Autrement dit, à partir du moment où le législateur a prévu une dérogation concernant les groupes de sociétés (« *Toutefois....* »), ne s'appliquent que les conditions spécifiquement

⁶ Par exemple, un nombre plus important d'administrateurs.

⁷**Art. L 2331-4 du code du travail**

Ne sont pas considérées comme entreprises dominantes, les entreprises mentionnées aux points a et c du paragraphe 5 de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 sur les concentrations.

Art. 5 du Régl. n° 139/2004 (Extr.)

5. Une concentration n'est pas réputée réalisée:

a) lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de vote attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote qu'en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition; ce délai peut être prorogé sur demande par la Commission lorsque ces établissements ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti;

.....
c) lorsque les opérations visées au paragraphe 1, point b), sont réalisées par des sociétés de participation financière visées à l'article 5, paragraphe 3, de la quatrième directive 78/660/ CEE du Conseil du 25 juillet 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3, point g), du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (1), sous la restriction toutefois que les droits de vote attachés aux participations détenues ne soient exercés, notamment par la voie de la nomination des membres des organes de direction et de surveillance des entreprises dont elles détiennent des participations, que pour sauvegarder la pleine valeur de ces investissements et non pour déterminer directement ou indirectement le comportement concurrentiel de ces entreprises.

prévues dans ce sous ensemble : la hausse ou non de la distribution de dividende ne s'apprécie qu'au niveau de l'entreprise dominante, peu importe ce qui se passe au niveau des filiales.

Par conséquent, en l'absence d'une telle hausse et même si cette filiale (de 50 salariés au moins) distribue un dividende en augmentation, elle n'est pas tenue de verser une prime à ses salariés, car la condition spécifique aux groupes n'est pas remplie⁸. Certes, ce résultat pourrait paraître peu cohérent aux salariés de cette filiale distributrice (par rapport à la situation de l'entreprise indépendante), mais le texte est ainsi rédigé.

Selon une *deuxième interprétation*, il serait imprudent de s'en tenir à une lecture purement juridique. Il faudrait admettre qu'il ne s'agit pas d'une réelle dérogation à comprendre au sens strict, mais plutôt d'un complément au principe général⁹.

Ainsi, selon cette interprétation, toute entreprise d'au moins 50 salariés qui distribue un dividende en hausse doit verser une prime (principe général), qu'elle soit ou non membre d'un groupe.

Réponse – Pour le *Comité juridique*, il convient de donner un sens à la dérogation prévue par le texte¹⁰. Ainsi, lorsqu'une entreprise dominante ne distribue pas un dividende en augmentation (au sens défini par le texte), aucune de ses filiales n'a l'obligation de verser une prime, y compris celle qui aurait elle-même distribué un tel dividende (en hausse)¹¹.

La circulaire interministérielle du 29/07/2011 adopte la même interprétation (question n° 7), qui est celle également de l'exposé des motifs de la loi¹².

2). Entreprises de moins 50 salariés membres d'un groupe

- Lorsqu'une entreprise dominante remplit la condition légale relative aux dividendes, toutes ses filiales, et elle-même, sont-elles astreintes au versement de la prime ou uniquement les entreprises d'au moins 50 salariés ?

Réponse – Selon le *Comité juridique*, bien que la dérogation pour les groupes ne reprenne pas expressément la condition du nombre de salariés, on peut juridiquement considérer que l'alinéa 1^{er} du I de l'article 1^{er} (« *le II est applicable aux sociétés commerciales qui emploient habituellement 50 salariés ou plus* »..) fixe un principe général qui s'applique à toutes les entreprises visées par le II, y compris par l'alinéa 2 du II (groupe).

⁸ Et en cas d'adhésion volontaire au dispositif, la prime ne peut bénéficier de l'exonération sociale.

⁹ Autrement dit, selon cette thèse, le critère de la distribution d'un dividende en augmentation serait à apprécier de manière alternative pour une filiale, soit la prise en compte de son propre dividende, comme une entreprise indépendante, soit, à défaut, celui voté par l'entreprise dominante.

¹⁰ La portée d'une dérogation est en principe exclusive : si les conditions spécifiques de cette dérogation ne sont pas remplies, le texte ne s'applique pas.

¹¹ Pour *certaines*, il serait au contraire prudent de considérer qu'indépendamment de la dérogation spécifique aux groupes (et de la réponse de l'administration), le principe essentiel serait l'obligation faite aux entreprises de plus de 50 salariés distribuant un dividende en hausse de verser une prime, et que cette lecture pourrait être celle d'un juge (la disposition sur les groupes serait pour cette thèse un complément et non une véritable dérogation). Cela dit, si l'on adopte cette solution extensive, qui fait jouer concomitamment la prise en compte du groupe et l'approche entreprise par entreprise, il semble alors logique que les sous-filiales de la filiale distributrice restent en dehors du mécanisme lorsqu'elles ne versent pas chacune un dividende (le texte ne prévoyant pas l'éventualité d'un sous groupe). Mais cette pratique pourrait être également contestée au nom de la discrimination entre salariés d'un même groupe.

¹² V. Projet n° 3459 (Enregistré à la Présidence de l'A.N. le 25/05/2011), p. 6.

Il est dès lors possible d'écarter les filiales de moins de 50 salariés et même l'entreprise dominante versant un dividende en croissance mais de moins 50 salariés (on doit en effet distinguer le fait générateur de la distribution du dividende et l'obligation de verser la prime aux salariés).

Cela dit, par souci d'unité interne, certains groupes pourront faire adhérer leurs filiales (et l'entreprise dominante de moins de 50 salariés) sur une base volontaire en vertu de l'article I^{er}-VII, lorsque la condition de la distribution de dividende est remplie (tout en pouvant profiter de l'avantage social pour les sociétés commerciales)¹³ (*En ce sens, Circulaire n° 14*).

Entreprise dominante de moins de 50 salariés (et distribuant un dividende en hausse)

Réponse – Dans ce cas, le critère de l'obligation applicable au groupe est rempli (dividende), les filiales (au sens du texte), d'au moins 50 salariés, doivent dès lors verser une prime, peu importe le nombre de salariés de l'entreprise dominante. En revanche, celle-ci n'aura pas cette obligation (cf. ci-dessus).

3). Groupes étrangers

La dérogation concernant les groupes ne s'applique qu'à ceux dont l'entreprise dominante est soumise au droit français (critère du code du travail)¹⁴. Il s'en suit que les salariés des établissements stables (en France) des entreprises étrangères ne seraient pas concernés (même si leur employeur relève du droit privé, cf. I du texte).

Cela dit, en l'absence d'une entreprise dominante française, les salariés des filiales françaises des sociétés étrangères pourraient être visés comme employés d'une entreprise indépendante lorsque la filiale remplit la condition de principe (au moins 50 salariés et distribution en augmentation du dividende) (*En ce sens, Circulaire : question n° 10*).

Le cas échéant, un sous-groupe français contrôlé par une entreprise étrangère sera assimilé à un groupe français en présence d'une entreprise dominante intercalaire en France.

Certains soulignent alors le paradoxe des différences de traitement selon que l'employeur (filiale) est contrôlé(e) ou non par une entreprise étrangère. On peut distinguer plusieurs situations (avec par hypothèse des filiales d'au moins 50 salariés): selon que la filiale distribue ou non ou qu'elle est contrôlée par une entreprise dominante étrangère ou française, l'obligation de verser une prime à ses salariés peut être très variable (v. tableau en Annexe).

En pratique, la situation qui devrait se rencontrer le plus souvent est celle où la filiale distribue vers sa mère étrangère (par l'intermédiaire ou non d'une entreprise placée à la tête d'un sous-groupe français), ce qui entraîne l'obligation de verser une prime. L'entreprise dominante étrangère se trouve donc dans une situation où elle serait moins bien traitée que l'entreprise de tête française (ne distribuant pas de dividende), dans la mesure où la remontée des dividendes vers la société mère étrangère impliquerait un coût plus important (versement de primes). Certains estiment que cette différence de traitement serait susceptible de

¹³ « Les sociétés commerciales qui emploient habituellement moins de cinquante salariés et qui remplissent les conditions définies au II du présent article peuvent se soumettre volontairement aux dispositions du présent article à leur initiative ou par un accord conclu selon l'une des modalités mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 3322-6 du code du travail ».

¹⁴ Y compris lorsque le contrôle par l'entreprise dominante française est indirect et s'exerce par l'intermédiaire d'une filiale située à l'étranger.

constituer une restriction au sens de la jurisprudence communautaire en gênant ou en rendant moins attrayante pour l'entreprise dominante étrangère l'exercice des libertés prévues par le Traité (v. en annexe, une argumentation en faveur de cette thèse).

Cela dit, pour la *majorité du Comité juridique*, il ne semble pas qu'il y ait matière à contentieux communautaire pour *discrimination* entre entreprises, selon que celles-ci sont ou non contrôlées par une entreprise étrangères ; la condition de distribution du dividende est objective et la notion *d'entreprise dominante* ne peut s'appliquer que dans le champ du code du travail français.

5). Salariés concernés

La comptabilisation des salariés est identique à celle du régime des accords de participation et l'accord concernant la prime peut prévoir une ancienneté (pas plus de 3 mois).

Le texte ne prend pas parti sur la date de prise en compte de l'effectif ; diverses solutions seraient possibles pour la règle à inscrire dans l'accord : solution de l'épargne salariale (être inscrit du début de l'année, jusqu'au 31/12/2010, pour un versement entier de prime en 2011)¹⁵, ce qui semble la méthode la plus raisonnable, les renvois aux textes sur le régime de la participation aux résultats étant nombreux. La circulaire est plus souple, elle indique simplement que « *tous les salariés [de droit français]... inscrits à l'effectif au cours de l'exercice au titre duquel les dividendes sont attribués, sont bénéficiaires* » (question n° 39).

Une autre solution serait de retenir ceux inscrits au jour du versement de la prime, mais cela semble plus contestable.

Salariés des entités étrangères de groupes français

Littéralement, la dérogation légale semble n'exclure aucune filiale (le groupe est défini selon le périmètre du comité de groupe).

Mais qu'en est-il des salariés des établissements stables ou succursales des sociétés françaises situés à l'étranger (il peut s'agir de salariés détachés ou dont le contrat de travail serait passé au nom de la société française) voire de bureaux de représentation ?

Comme en matière de participation, le critère est celui du contrat de travail de droit français, même si ses effets sont temporairement suspendus (le contrat existe encore). Ainsi, tous les salariés ayant conservé ce lien juridique soumis au droit français doivent être bénéficiaires de la prime (*en ce sens, Circulaire, question n° 39*).

6). Avantage équivalent

Il ne s'agit pas d'une réelle dérogation au versement de la prime, puisqu'il s'agit en fait de la même chose :

Le VI dispose que « *ne sont pas soumises aux obligations du présent article les entreprises ayant attribué au titre de l'année en cours au bénéfice de l'ensemble de leurs salariés, par accord d'entreprise, un avantage pécuniaire non-obligatoire en vertu des règles légales ou conventionnelles alloué en tout ou en partie en contrepartie de l'augmentation des dividendes.*

¹⁵ A défaut, un **prorata temporis** est évidemment possible.

L'intéressement est surement visé mais pas la participation (obligatoire). La loi vise un avantage « *pécuniaire* », ce qui inclut notamment, selon la circulaire, des actions gratuites (n° 48).

Un accord collectif est requis¹⁶ et il faut pouvoir justifier que l'avantage est la contrepartie de l'augmentation des dividendes.

7). Dividendes à prendre en compte

Le texte semble très général. Il inclut l'ensemble des distributions qui relèvent de l'article L 232-12 du code de commerce¹⁷. Seraient ainsi concernées toutes les formes de distributions décidées en AGO, y compris sous la forme d'acomptes, et celles effectuées en nature (éléments d'actif).

Conformément à l'article L 232-11, le dividende peut provenir du bénéfice de l'exercice, du report à nouveau et des réserves (*en ce sens, Circulaire, question n° 31*)¹⁸.

Dès lors, et conformément à une précédente interprétation du *Comité juridique*, les prélèvements sur **les comptes de primes** (qui n'ont pas l'objet d'un virement dans les comptes de réserves) ne sont pas visés par l'article L 232-12¹⁹. Ils restent en dehors de la masse des dividendes à retenir pour l'application de la nouvelle obligation (*En ce sens, Circulaire n° 33*).

Sont évidemment également exclus les remboursements d'apports ou rachats d'actions avec réduction de capital décidés en AGE.

La référence à l'article L 232-12 du code de commerce signifie-t-elle que seules seraient visées les distributions votées lors de l'assemblée annuelle d'approbation de comptes ?

¹⁶ Pour la circulaire, cet accord doit être postérieur au 25/05/2011, date de la présentation du projet de loi (n° 46).

¹⁷ **Art. L 232-12**

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.

Toutefois, lorsqu'un bilan établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes fait apparaître que la société, depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et compte tenu du report bénéficiaire, a réalisé un bénéfice, il peut être distribué des acomptes sur dividendes avant l'approbation des comptes de l'exercice. Le montant de ces acomptes ne peut excéder le montant du bénéfice défini au présent alinéa. Ils sont répartis aux conditions et suivant les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Tout dividende distribué en violation des règles ci-dessus énoncées est un dividende fictif.

¹⁸ **Art. L 232-11**

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.

En outre, l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. En ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Toutefois, les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice.

Hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires 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.

L'écart de réévaluation n'est pas distribuable. Il peut être incorporé en tout ou partie au capital.

¹⁹ CJ du 6 janvier 2010, Com. n° 10-008, v. annexe.

Selon *une première interprétation*, la notion de dividende, certes non définie avec une extrême précision dans le code de commerce au-delà de l'énumération donnée à l'article L 232-11, ne peut néanmoins viser n'importe quelle répartition aux actionnaires. L'article L 232-12 ne concerne, dans l'immense majorité des cas, que les distributions annuelles décidées lors de l'AG d'approbation des comptes. Ainsi, le 1^{er} al. de ce texte indique clairement que cette approbation est un préalable indispensable (« *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* »).

Certes, par exception, il n'est pas interdit de réunir deux fois l'AGO afin de prendre deux décisions de distributions successives (dans le respect de la limite des neuf mois de la réalisation de la distribution (art. L 232-13)²⁰). Dans ce cas, la distribution du solde du dividende relève évidemment aussi de l'article L 232-12.

Celui-ci impose que les comptes de l'exercice clos aient d'abord été approuvés avant que soit proposé le vote de la distribution, ce qui ne signifie pas qu'il s'agisse exclusivement de l'assemblée annuelle (En ce sens, CJ du 2 juillet 2003, v. annexe « *Or le texte de l'article L. 232-12 ne qualifie pas l'assemblée générale qui fixe le dividende 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. Certes, en pratique, c'est le plus souvent l'assemblée générale ordinaire annuelle d'approbation des comptes qui fixera le montant du dividende. Mais une autre AGO réunie ultérieurement peut le faire* »).

La même interprétation a été maintenue par le *Comité juridique du 10 janvier 2010* précité. (par opposition à la distribution des primes).

En 2006, le *Comité juridique* a certes admis l'obligation, dans certains cas, de distinguer distribution de dividende et distribution exceptionnelle de réserves (protection des porteurs de VMDAC expressément prévue par la loi), mais il a considéré que, sauf exception, la notion de dividende englobait la distribution de réserves (il s'agissait de l'application de l'article L 225-210 du Code de commerce, v. *Comité juridique* du 6/09/2006 «Distributions exceptionnelle de réserves : les actions autodétenues en bénéficient-elles ? »)²¹.

Mais il reste que l'article L 232-12 vise la "*part attribuée*" par l'assemblée générale "*sous forme de dividendes*" "*après approbation des comptes annuels*", ce qui, *selon cette thèse*, semble correspondre à une notion de dividende annuel fixé par l'AGO, même si ce dividende peut faire l'objet d'acomptes en vertu du deuxième alinéa de ce même article. Cette notion

²⁰ La règle des neuf mois est destinée à protéger les minoritaires contre les retards de versement, y compris au moyen d'une deuxième AGO décidant de verser un complément de dividende (si les minoritaires acceptent ce procédé ou si celui-ci est unique, le risque du dépassement de ce délai semble toutefois inexistant).

²¹ CJ du 6/09/2006, Com. n° 06-048 (Extr.)

« **Réponse** – Selon le *Comité juridique*, certes, au regard de l'exercice de certains droits comme le droit des biens ou la protection des titulaires de certains droits, il convient de distinguer entre la distribution de dividende et la distribution exceptionnelle de réserve.

Mais, objectivement, selon la seule procédure juridique de distribution, la loi ne distingue pas : toute distribution en cours de vie sociale remplissant les conditions de l'article L 232-12 correspond à un dividende. Dans certains cas, ce dividende sera soumis à des dispositions supplémentaires (répartition différente) ou donnera droit à d'autres mesures (protections de certains tiers). En dehors de ces mesures particulières, aucune distinction n'est à effectuer. En l'occurrence, en application de l'article L 225-210, les actions autodétenues ne sont pas décomptées dans le nombre des actions ayant droit à distribution.

*De plus, il, est certain que l'esprit des textes concernant les actions autodétenues, qui est principalement de protéger la réalité du capital social, est de considérer que l'émetteur ne saurait être un actionnaire ordinaire : sont ainsi prévues notamment, la restriction des acquisitions, la privation du droit de vote, l'absence de droit au dividende etc. En conséquence, le *Comité juridique* retient la deuxième interprétation qui consiste à priver de tout droit sur les réserves distribuées les actions autodétenues. »*

stricte de "dividende" semble donc se distinguer de l'opération de distribution exceptionnelle de réserves, c'est-à-dire qui intervient en dehors de l'affectation du bénéfice distribuable. D'ailleurs, l'article L 232-11 précise que "*les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice*" et l'article L 232-13 indique que "*la mise en paiement des dividendes doit avoir lieu dans le 9 mois de la clôture de l'exercice*", ce qui ne semble pas applicable à une distribution exceptionnelle de réserves.

De plus, il convient de combiner cette référence à l'article L 232-12 dans le contexte de la loi de 2011 sur le partage des profits : la comparaison de la moyenne des dividendes sur deux exercices introduit l'idée de **distributions habituelles (annuelles)** des bénéfices.

On devrait donc exclure toute distribution exceptionnelle de réserves (exceptionnelle par son montant, sans commune mesure avec les montants de dividendes annuels et par le fait qu'elle est décidée en dehors de l'AGO). En effet, les opérations de cette nature qui ne relèvent pas économiquement de la distribution des résultats annuels mais d'une sorte de partage partiel de l'actif (hors scission), n'entreraient pas, *selon cette thèse*, dans le champ d'application de l'article L 232-12.

Il serait dès lors logique de ne pas tenir compte de ces opérations dans l'application du dispositif de prime sur le partage du profit.

On peut noter d'ailleurs que la circulaire retient cette solution (par simplification, ce texte ne vise expressément que les distributions votées lors de l'AGO, car c'est évidemment la seule pratique des grandes sociétés cotées, lesquelles pour des raisons de coût ne réunissent jamais deux AG pour verser en deux fois le dividende) (*Circulaire n° 30*).

D'après une *deuxième interprétation*, l'article L 232-12 ne concerne pas que les seules distributions votées lors de l'AG annuelle (ou leurs équivalents lorsque le dividende est réparti en deux fois). Rien dans ce texte ne permet d'écarter les éventuelles distributions exceptionnelles de réserves, y compris massives qui ne sont de fait que d'anciens bénéfices.

Ce n'est pas le montant d'une distribution qui en modifierait sa nature.

La notion de dividende peut s'appliquer aux autres distributions à partir du moment où elles sont visées à l'article L 232-11 (bénéfices, report bénéficiaires ou réserves) et que les comptes de l'exercice clos ont été approuvés (en effet, l'article L 232-12 exige la *constatation de l'existence de sommes distribuables* et c'est l'article L 232-11 qui définit la notion de « *sommes distribuables* »).

D'ailleurs, la notion de *distribution exceptionnelle* (et massive) de réserves est ambiguë (catégorie non juridique : à partir de quel montant entre-t-on dans l'exceptionnel ?). Elle a été surtout débattue en cas de démembrement de la propriété des titres²², mais sans qu'une réponse définitive n'ait été finalement apportée.

En cas de doute, on devrait assimiler juridiquement ces distributions (résultant de bénéfices non encore répartis) à des distributions de dividendes. Dans le passé, le *Comité juridique* a estimé que c'est fondamentalement l'assemblée qui « fait » le dividende par sa décision de distribution conforme à la procédure requise (avis précités).

²² Et également dans le passé par le Conseil d'Etat du fait de l'existence de l'avoir fiscal (v. ci- après en annexe, CJ du 2/07/2003 et l'arrêt « *Anzalone* »).

Réponse – Le *Comité juridique* admet que la notion de dividende reste matière à interprétation dans certaines hypothèses et qu'elle ne permet pas de répondre à elle seule à la question de l'application de la loi du 28 juillet 2011.

Toutefois, en raison de l'objectif de la loi du 28 juillet 2011 (prime de partage du profit), la *majorité du Comité juridique* retient finalement la *première interprétation* : pour le calcul de la moyenne des dividendes, il est légitime de ne pas tenir compte des distributions exceptionnelles et massives de réserves qui relèvent d'une autre logique que celle de la répartition annuelle des bénéficiaires. Or, il s'agit bien de ce type de distribution habituelle qui est visé. Dès lors, la comparaison avec les dividendes des deux derniers exercices doit aussi se faire en ne tenant pas compte de distributions exceptionnelles (et massives) intervenues sur ces deux derniers exercices, pour apprécier si le dividende de l'année est ou non en hausse par rapport à la moyenne des deux précédents.

Autres observations sur le dividende

Le montant de dividende à prendre en compte étant le montant unitaire par action, les augmentations de capital, quelles qu'elles soient²³, n'ont pas d'effet à cet égard. En revanche, pour la comparaison du montant du dividende entre les exercices, il convient naturellement de neutraliser les opérations de regroupement ou division d'actions.

Le cas du *dividende majoré* pourrait être écarté, selon certains, puisqu'il ne relève pas du seul article L 232-12 mais surtout de l'article L 232-14. En effet, le texte fait uniquement référence à l'article L 232-12. Certes, il s'agit toujours d'un dividende obéissant également à l'article L 232-12. Il en est d'ailleurs de même des dividendes privilégiés résultant *d'actions de préférence*, de nature purement statutaire (en vertu de l'article L 228-11), et qui ne sont pas expressément exclus par le nouveau texte (on devrait donc, *selon une interprétation*, les ajouter dans la masse globale des dividendes à prendre en compte – montant total à diviser par le nombre d'actions).

Mais, *pour la majorité du Comité juridique*, le texte prévoit de ne comparer que le dividende unitaire par titre, donc celui voté en AGO (à nominal constant). Il est donc possible d'exclure les dividendes qui ne résultent pas de ce vote (dividende majoré, qui est lié à la durée de détention de l'action, et dividende des actions de préférence, dont le montant est la conséquence automatique d'une clause statutaire).

Fusions et scissions

En cas de fusion ou de scission, et pour la prime afférente à l'exercice antérieur à la fusion ou à la scission, les sociétés peuvent s'inspirer des solutions existantes en matière de participation en distinguant plusieurs situations.

En ce qui concerne les sociétés qui sont dissoutes du fait de la fusion, si le transfert du patrimoine intervient après la décision de distribution du dividende (qui déclenche l'obligation de verser la prime), les salariés de cette société dissoute détiennent une créance qui est transmise de plein droit de la société absorbée à la société absorbante.

Les autres cas seront soumis à une séance ultérieure.

²³ Y compris les AGA et SO aux mandataires sociaux et dirigeants.

Règles de répartition de la prime

Le modèle de répartition retenu est celui applicable à la participation, mais sans exclusive. Le virement sur un PEE, non expressément prévu, ne pourrait résulter que d'un choix individuel, conformément au droit commun.

Il ne paraît pas interdit de substituer une négociation dans le cadre du groupe à celle prévue au sein de chaque entreprise.

Modalités de versement de la prime

L'accord doit préciser ces modalités. Le versement de la prime en actions suppose l'accord individuel (question de liquidité et de risque sur la valeur).

Annexe

Prime sur dividendes : enjeux communautaires

L'approche groupe retenue par la loi française a pour effet que le déclencheur de la prime se mesure au niveau de la distribution de la seule société dominante française.

Quand la société dominante est étrangère (UE ou non), le déclencheur est déplacé au niveau de la filiale française isolée ou entreprise dominante d'un groupe français. Que penser de cette différence de traitement? Constitue-t-elle une restriction et si oui, repose-t-elle sur une justification ?

La logique d'un groupe avec une entreprise dominante est la remontée des résultats des filiales au gré des besoins de la société dominante notamment et sans lien direct avec la rémunération des actionnaires extérieurs au groupe. Au regard de la conception adoptée dans la loi, la distribution des filiales n'a pas été considérée comme un critère significatif de progression des dividendes au profit des actionnaires.

En bref, la loi française a, pour l'application de la prime, neutralisé les distributions intra-groupe.

Par ailleurs, on peut penser qu'en pratique, mesurer la progression des dividendes au niveau des seules filiales est de nature à entraîner plus fréquemment le versement d'une prime aux salariés de ces filiales de groupes étrangers par rapport aux filiales d'un groupe français. La remontée régulière sinon systématique des résultats étant dans la nature de la logique des groupes, il y aurait donc une charge plus importante pour ces filiales de groupes étrangers.

Cette différence de traitement est-elle justifiée ? Il ne semble y avoir aucune contrainte d'ordre public. On peut même considérer que la connaissance de l'évolution des distributions de la société dominante étrangère ne devrait pas poser de difficultés insurmontables, notamment en UE. Si tel est le cas, le seuil déclencheur serait alors le même que pour les filiales de groupes français. Bien entendu, l'entreprise dominante étrangère ne sera pas tenue de verser une prime à ses propres salariés.

Comparaison groupes français ou étrangers

Par hypothèse, les filiales ont au moins 50 salariés, sont immatriculées en France et la décision de distribution porte sur un dividende en hausse. Lorsque l'entreprise dominante est située à l'étranger, il n'existe pas, en France, une société à la tête d'un sous groupe (dans le cas contraire, cette société serait l'entreprise dominante au sens du code du travail).

Légende :

Entreprise dom. France – distribue = l'entreprise dominante qui est située en France distribue un dividende en hausse

P = la filiale est tenue de verser une prime

0 = pas d'obligation de verser une prime

	Entreprise dom. France – distribue	Entreprise dom. France – ne distribue pas	Entreprise dom. Etranger - distribue	Entreprise dom. Etranger – ne distribue pas
Filiale distribue dividende	P	0	P	P
Filiale ne distribue pas de dividende	P	0	0	0

LOI n° 2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011

Section 1 - Dispositions relatives aux recettes des régimes obligatoires de base et des organismes concourant à leur financement. – Prime de partage des profits

Article 1er

I. – Le II est applicable aux sociétés commerciales qui emploient habituellement cinquante salariés et plus, au sens des articles L. 3322-2 et L. 3322-4 du code du travail.

Lorsque plus de la moitié du capital d'une société commerciale est détenue directement par l'Etat ou, ensemble ou séparément, indirectement par l'Etat et directement ou indirectement par ses établissements publics, le II du présent article lui est applicable si elle ne bénéficie pas de subventions d'exploitation, n'est pas en situation de monopole et n'est pas soumise à des prix réglementés.

II. – Lorsqu'une société commerciale attribue à ses associés ou actionnaires, en application de l'article L. 232-12 du code de commerce, des dividendes dont le montant par part sociale ou par action est en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes par part sociale ou par action versés au titre des deux exercices précédents, elle verse une prime au bénéfice de l'ensemble de ses salariés.

Toutefois, lorsqu'une société appartient à un groupe tenu de constituer un comité de groupe en application du I de l'article L. 2331-1 du code du travail, elle verse une prime au bénéfice de l'ensemble de ses salariés dès lors que l'entreprise dominante du groupe attribue des dividendes dont le montant par part sociale ou par action est en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes par part sociale ou par action versés au titre des deux exercices précédents.

III. – La prime mentionnée au II est instituée par un accord conclu selon l'une des modalités définies aux 1o à 4o de l'article L. 3322-6 et à l'article L. 3322-7 du code du travail, au plus tard dans les trois mois suivant l'attribution autorisée par l'assemblée générale en application de l'article L. 232-12 du code de commerce.

Si, au terme de la négociation, aucun accord n'a été conclu selon les modalités mentionnées à l'alinéa précédent, un procès-verbal de désaccord est établi dans lequel sont consignées les propositions initiales de l'employeur, en leur dernier état les propositions respectives des parties et la prime que l'employeur s'engage à attribuer unilatéralement, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent. L'accord ou la décision unilatérale de l'employeur est déposé auprès de l'autorité administrative. A défaut de ce dépôt, la société ne bénéficie pas de l'exonération mentionnée au VIII du présent article.

Une note d'information est remise à chaque salarié concerné, précisant éventuellement les modalités de calcul de la prime ainsi que son montant et la date de son versement.

IV. – La répartition de la prime mentionnée au II peut être modulée entre les salariés en application des critères prévus à l'article L. 3324-5 du code du travail. L'accord prévu au premier alinéa du III du présent article peut appliquer les dispositions de l'article L. 3342-1 du même code. Cette prime ne peut se substituer à des augmentations de rémunération prévues par la convention ou l'accord de branche, un accord salarial antérieur ou le contrat de travail. Elle ne peut non plus se substituer à aucun des éléments de rémunération, au sens des articles L. 242-1 du code de la sécurité sociale et L. 741-10 du code rural et de la pêche maritime, versés par l'employeur ou qui deviennent obligatoires en application de dispositions législatives ou de clauses conventionnelles ou contractuelles.

V. – Le fait de se soustraire à l'obligation d'engager une négociation en vue de la conclusion de l'accord prévu au III est passible des sanctions prévues à l'article L. 2243-2 du code du travail.

VI. – Ne sont pas soumises aux obligations du présent article les sociétés ayant attribué au titre de l'année en cours au bénéfice de l'ensemble de leurs salariés, par accord d'entreprise, un avantage pécuniaire qui n'est pas obligatoire en application de dispositions législatives en vigueur ou de clauses conventionnelles et est attribué, en tout ou en partie, en contrepartie de l'augmentation des dividendes.

VII. – Les sociétés commerciales qui emploient habituellement moins de cinquante salariés et qui remplissent les conditions définies au II peuvent se soumettre volontairement aux dispositions du présent article à leur initiative ou par un accord conclu selon l'une des modalités mentionnées aux 1o à 4o de l'article L. 3322-6 du code du travail.

VIII. – Sous réserve du respect des conditions prévues au présent article, les primes mentionnées au II ou attribuées en application du VII sont exonérées, dans la limite d'un montant de 1 200 € par salarié et par an, de toute contribution ou cotisation d'origine légale ou d'origine conventionnelle rendue obligatoire par la loi, à l'exception des contributions définies aux articles L. 136-2 et L. 137-15 du code de la sécurité sociale et à l'article 14 de l'ordonnance no 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale.

L'employeur déclare le montant des primes versées à l'organisme chargé du recouvrement des cotisations de sécurité sociale dont il relève.

IX. – L'article L. 131-7 du code de la sécurité sociale n'est pas applicable pour l'exonération mentionnée au VIII du présent article.

X. – Le II n'est pas applicable à Mayotte.

XI. – Le II est applicable aux attributions de dividendes autorisées à compter du 1er janvier 2011 au titre du dernier exercice clos.

Pour les attributions de dividendes intervenues à la date de promulgation de la présente loi, le délai prévu au III court jusqu'au 31 octobre 2011.

XII. – Jusqu'au 31 décembre 2012, les entreprises employant habituellement moins de cinquante salariés peuvent conclure un accord d'intéressement pour une durée d'un an.

Pour 2011, par dérogation à la règle posée par l'article L. 3314-4 du code du travail, la date limite de conclusion de cet accord est exceptionnellement portée au 31 octobre 2011 lorsque la période de calcul est annuelle.

XIII. – Avant le 31 décembre 2012, le Gouvernement présente au Parlement un bilan des accords et des mesures intervenus en application du présent article. Ce rapport peut proposer des adaptations législatives découlant de ce bilan.

XIV. – Le présent article s'applique jusqu'à l'intervention d'une loi suivant les résultats d'une négociation nationale interprofessionnelle, au plus tard le 31 décembre 2013, sur le partage de la valeur ajoutée qui pourra notamment proposer des adaptations législatives dans le champ de la participation et de l'intéressement prévus aux titres Ier et II du livre III de la troisième partie du code du travail.

CJ du 6 janvier 2010, Com. n° 10-008

DISTRIBUTION DE PRIMES DE FUSION - CONDITIONS

A l'occasion d'une fusion, une prime est constituée. La société absorbante s'interroge sur le régime de sa distribution. Les primes liées au capital (prime d'émission, d'apport ou de fusion) sont considérées comme des suppléments d'apport dont la société a la libre disposition²⁴.

La prime est en l'occurrence constituée lors de la fusion, elle-même décidée sur la base de comptes sociaux approuvés antérieurement ou non, ou de situations intermédiaires en fonction de la date à laquelle elle est décidée au cours de l'exercice (v. l'article R 236-3 pour ces différents cas de figure)²⁵. Cette prime n'est ni un bénéfice ni une réserve provenant de l'accumulation de bénéfices ; elle est assimilée à un supplément d'apport.

La disponibilité de la prime de fusion pour une distribution aux actionnaires a été discutée²⁶, certaines autres utilisations n'étant pas admises (constitution de provisions pour dépréciation de titres ou pour risques notamment). En jurisprudence et en doctrine, le principe du caractère distribuable de la prime est désormais reconnu²⁷.

²⁴ Avant la loi de 1966 : Paris, 30.01.1946 JCP 1947 II 3611 ; Cass. Com. 9.07.1952 JCP 1953 II 7742.

²⁵ **Art. R. 236-3**

Toute société par actions participant à une opération de fusion ou de scission met à la disposition de ses actionnaires, au siège social, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet, les documents suivants :

1° Le projet de fusion ou de scission ;

2° Les rapports mentionnés aux articles L. 236-9 et L. 236-10 lorsque l'opération est réalisée entre sociétés anonymes ;

3° Les comptes annuels approuvés par les assemblées générales ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés participant à l'opération ;

4° Un état comptable établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel, arrêté à une date qui, si les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à la date du projet de fusion ou de scission, doit être antérieure de moins de trois mois à la date de ce projet.

Pour l'application du 3°, si l'opération est décidée avant que les comptes annuels du dernier exercice clos aient été approuvés, ou moins d'un mois après leur approbation, sont mis à la disposition des actionnaires les comptes arrêtés et certifiés relatifs à cet exercice et les comptes annuels approuvés des deux exercices précédents ainsi que les rapports de gestion. Dans le cas où le conseil d'administration ne les a pas encore arrêtés, l'état comptable mentionné au 4° et les comptes annuels approuvés des deux exercices précédents ainsi que les rapports de gestion sont mis à la disposition des actionnaires.

Tout actionnaire peut obtenir sur simple demande et sans frais copie totale ou partielle des documents susmentionnés.

En outre, toute société à responsabilité limitée à laquelle l'article L. 236-10 est applicable met à la disposition de ses associés, dans les conditions prévues ci-dessus, le rapport prévu à cet article. En cas de consultation par écrit, ce rapport est adressé aux associés avec le projet de résolution qui leur est soumis.

²⁶ CJ Ansa 5.01.1972, 7.2.1973, 3.10.1979. Bull. CNCC juin 1972 Communication Ansa 1464

²⁷ A. Couret, *La contrainte du dividende dans les sociétés par actions*, Mélanges Guyon, Dalloz, 2002, p. 239 et s. ; Lamy Droit du financement 2010 n° 533s ; CA Paris 19 mai 1999 et Cass. Com. 27.2.2001 (ABC Arbitrage-Lagardère), v. note ci-dessous.

Quelles sont les conditions de la distribution de la prime de fusion ?

Le code de commerce fixe un régime général des distributions dans toute société commerciale²⁸. L'article L. 232-11 définit la notion de sommes distribuables en imposant une règle de priorité dans la distribution (bénéfice distribuable puis réserves). Une limite est imposée : la distribution ne peut avoir pour effet de rendre négatifs les capitaux propres.

Le texte est ainsi rédigé : **Art. L. 232-11** : 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.

En outre, l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. En ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Toutefois, les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice.

Hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires 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.

L'écart de réévaluation n'est pas distribuable. Il peut être incorporé en tout ou partie au capital.

Le code de commerce fixe une procédure de distribution des dividendes et des acomptes sur dividende. Les sommes versées en violation de ces dispositions sont qualifiées de dividendes fictifs, les dirigeants encourant une sanction pénale lorsque la distribution intervient en l'absence d'inventaire ou sur la base d'inventaires frauduleux²⁹.

Le texte est ainsi rédigé : **Art. L. 232-12** : 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. Toutefois, lorsqu'un bilan établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes fait apparaître que la société, depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et compte tenu du report bénéficiaire, a réalisé un bénéfice, il peut être distribué des acomptes sur dividendes avant l'approbation des comptes de l'exercice. Le montant de ces acomptes ne peut excéder le montant du bénéfice défini au présent alinéa. Ils sont répartis aux conditions et suivant les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Tout dividende distribué en violation des règles ci-dessus énoncées est un dividende fictif.

On peut observer que le terme de « *primes* » ne figure dans aucun de ces deux textes.

Devrait-on assimiler totalement les primes et les réserves ?

De cette interrogation principale, on peut tirer semble-t-il deux questions distinctes : premièrement, la distribution des primes est-elle soumise à la règle de procédure de l'approbation préalable des comptes de l'exercice clos (1) et, deuxièmement, la règle de fond sur le maintien des capitaux propres positifs après la distribution s'impose-t-elle en cas de distribution de primes ? (2) En outre, certains se sont interrogés sur l'organe social compétent pour décider la distribution des primes.

Rappelons au préalable qu'on admet le principe d'une distribution exceptionnelle de réserves en dehors de l'assemblée annuelle, sous réserve du respect de la règle des 9 mois prévue par l'article L 232-13 (Comité juridique du 2/07/2003, Com. n° 3254)³⁰. On peut d'ailleurs signaler que la Commission des études juridiques de la CNCC (Bull. 153 mars 2009) admet la distribution du report à nouveau créateur en dehors de l'AGO ou de versement d'acomptes sur dividendes. Le montant connu et existant a été validé lors de l'approbation de comptes antérieurs (selon certains, cette situation serait assez proche de la réalité de la prime fixée lors de la fusion).

²⁸ V. notamment, A. Couret, précité.

²⁹ **Art. L. 242-6 du code de commerce** : Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour :

1° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme d'opérer entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux.....

³⁰ **Art. L 232-13**

Les modalités de mise en paiement des dividendes votés par l'assemblée générale sont fixées par elle ou, à défaut, par le conseil d'administration, le directoire ou les gérants, selon le cas.

Toutefois, la mise en paiement des dividendes doit avoir lieu dans un délai maximal de neuf mois après la clôture de l'exercice. La prolongation de ce délai peut être accordée par décision de justice.

Sur la question précise de l'assimilation des primes aux réserves, on observe qu'en fonction de l'objet de certaines opérations, la jurisprudence a parfois affirmé une telle assimilation. Il en est ainsi par exemple concernant la protection des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital en cas de « *distribution de réserves* ». Dans ce cas, la distribution de la prime est assimilée à une distribution de réserves et oblige dès lors à mettre en œuvre les mesures de protection des porteurs de ces titres (en application désormais de l'article L 228-99 du code de commerce).

La Cour d'Appel de Paris dans l'affaire ABC Arbitrage en fournit une illustration, estimant « *qu'il résulte des dispositions de l'article 346 de la loi du 24 juillet 1966 (codifié sous l'art. L.232-11) que l'assemblée générale peut décider la mise en distribution, indépendamment du bénéfice de l'exercice, de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition, à l'exclusion de toute autre somme ; qu'il s'ensuit que lorsque l'assemblée générale appelée à se prononcer sur les comptes de l'exercice écoulé décide, comme elle en a le pouvoir, la mise en distribution d'un dividende prélevé sur les primes liées au capital, elle confère par là-même aux dites primes, dans la mesure de cette affectation, la nature de réserves facultatives...* »³¹.

La Cour de Cassation semblait tempérer néanmoins la portée de cette analyse en confirmant l'obligation de protéger les porteurs de BSA parce qu'un prélèvement sur les primes liées au capital pour financer la distribution affecte les fonds propres et est susceptible d'entraîner une baisse de la valeur des actions³².

Par ailleurs, le *Comité juridique* a estimé qu'une prime pouvait être distribuée directement sans transiter par un compte de réserves (3.6.1998, Com. n° 2987). Le *Comité juridique* a d'ailleurs également assimilé primes et réserves quant à la protection des porteurs de valeurs donnant accès au capital (ce qui a inspiré les magistrats de la Cour d'appel, arrêt précité).

L'assimilation primes – réserves (avérée en matière de protection des porteurs de titres donnant accès au capital) serait-elle complète et implique-t-elle l'unicité de la procédure de distribution ?

Selon une première interprétation, il n'existe qu'un seul régime de distribution applicable à tous les cas de figure. L'article L 232-12 ne fait aucune distinction et vise toute sommes distribuables (« *constatation de l'existence de sommes distribuables*, »), sans aucune restriction, y compris les primes, puisqu'on leur reconnaît sans discussion la nature de somme distribuable.

Certes, l'article L 232-11 ne cite pas les « *primes* » mais leur caractère de « *sommes distribuables* » ne fait pas de doute (la jurisprudence l'a confirmé), elles sont dès lors nécessairement comprises dans le champ de l'article L 232-12, qui ne fait aucune distinction sur ce point.

Dans cette optique, on en conclura également que si ces « *sommes distribuables* » sont effectivement distribuées (en tout ou en partie), le montant distribué prend alors la nature, selon le texte même, de « *dividendes* ». En réalité, on peut également considérer que la décision de distribution prise par l'assemblée confère à la prime la nature de « *réserves* ». Il s'agit d'ailleurs de la position de la Cour d'appel de Paris (19/05/1999 précité) qui n'a pas été censurée par la Cour de Cassation. En ce sens, les primes seraient implicitement visées au 2ème al. de l'article L 232-11, sous couvert du terme « *réserves* ».

La règle de procédure de l'article L 232-12 (approbation des comptes de l'exercice clos avant de procéder à la distribution) serait donc nécessaire. A défaut, la distribution constituerait un dividende fictif. D'ailleurs, en cas de doute, il semble prudent de s'en tenir aux solutions retenues par la jurisprudence, certes sur un point différent (protection de porteurs de VMC). En effet, il paraît plus cohérent d'étendre l'assimilation primes – réserves à la procédure de distribution plutôt que de faire varier l'analyse sur les primes en fonction du contexte.

Sur le fond, la condition d'approbation des comptes de l'exercice clos semble en outre de bon sens car avant de distribuer cette prime, il semble prudent de s'assurer qu'une perte de l'exercice clos n'est pas venue la faire éventuellement disparaître.

³¹ CA Paris, 19 mai 1999, 1^{ère} chambre, section A, Bull. Joly, 1999, p. 878, § 207, note J.-J. Daigre ; D. Affaires, 1999, p. 1176, obs. M. Boizard ; Rev. sociétés 1999, p. 662, obs. Y. Guyon ; JCP E 1999, p. 1634, note H. Hovasse ; confirmé par Cass. Com. 27 février 2001, n° 99-18646, Bull. Joly 2001 § 158, note J.-J. Daigre ; JCP E 2001, p. 764, note A. Viandier ; D. 2001, Cah. Dr. aff. p. 1246, obs. M. Boizard.

³² Cass. Com. 27/02/2001, extr.

« *Mais attendu, en premier lieu, que c'est à bon droit que l'arrêt retient que les dispositions de l'article 194-5 de la loi du 24 juillet 1966 devenu l'article L. 225-154 du Code de commerce, destinées à préserver les intérêts des titulaires de valeurs mobilières donnant droit à l'attribution d'actions s'appliquent à toute opération affectant les fonds propres susceptible d'entraîner pour la société émettrice une perte de substance impliquant une baisse de la valeur des actions et en particulier à la mise en distribution d'un dividende prélevé, non sur les bénéfices, mais sur les primes liées au capital* ».

Il ressort de cette *première interprétation* (d'assimilation) que la règle de maintien des capitaux propres positifs de l'article L 232-11 est naturellement applicable lors de toute distribution, le texte ne distinguant pas (« *aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires 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* »).

De plus et dans le même sens, seule l'AGO peut prendre la décision de distribution.

Selon une *deuxième interprétation*, l'article L 232-12 correspond à l'article L 232-11, leur champ d'application est identique et ils concernent les **mêmes sommes**. L'article L 232-11 ignore les primes d'émission, d'apport ou de fusion, il ne concerne que les bénéficiaires (de l'exercice ou plus anciens). L'origine des sommes en cause (complément d'apport en l'occurrence) caractérise leur différence de nature et implique l'altérité de leurs régimes de distribution.

Il en résulte que la distribution des primes n'obéit ni à l'article L 232-12 (l'approbation des comptes n'est pas nécessaire), ni à l'article L 232-11, puisque l'on considère, selon cette thèse, que leur champ est le même. En toute logique, la règle du maintien des capitaux propres ne devrait pas s'appliquer. En effet, si les mots « *sommes distribuables* » de l'article L 232-12 excluent les primes parce qu'elles ne sont pas expressément visées à l'article L 232-11, on peut, semble-t-il, difficilement soutenir que les termes « *aucune distribution* » de l'article L 232-11, 3^{ème} al. incluraient eux les primes.

Dans le même sens, la CNCC analysait ainsi la situation en décembre 1997 :

« *Selon la jurisprudence, la prime d'émission s'analyse comme un supplément d'apport laissé à la libre disposition de la société. Elle ne constitue ni un bénéfice ni une réserve... dans ces conditions, l'article 346 de la loi du 24 juillet 1966 (L.232-11 du code de commerce) interdisant la distribution des dividendes lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs au montant du capital, ne trouve donc pas à s'appliquer.* »

Il en résulterait un doute sur l'organe compétent si l'article L 232-12 ne s'applique pas (absence également de modification des statuts).

Néanmoins, certains sont justement partisans d'une *variante* à cette *deuxième interprétation*. Il s'agirait par prudence de lui appliquer le seul 3^{ème} al. de l'article L 232-11 (maintien des capitaux propres) en considérant que les termes « *aucune distribution* » ne visent pas uniquement les distributions visées expressément par cet article (distribution de bénéfices ou de réserves) mais également les autres types de distribution. En effet, seul le cas des « *distributions* » résultant d'une réduction de capital est expressément exclu par le texte.

Il n'est pas impossible que différents alinéas d'un article n'aient pas le même champ d'application en fonction de la différence de leur objet. Les deux premiers alinéas de l'article L 232-11 définissent ce qui est distribuable et l'ordre de la distribution. L'objet du troisième alinéa paraît plus large : règle prudentielle sur le maintien des capitaux propres. Il ne semble pas absurde de considérer que ce dernier ait un champ plus large.

Au sujet de l'existence ou non de pertes probables de l'exercice clos, mais dont les comptes n'ont pas fait l'objet d'une approbation, on peut estimer, dans l'hypothèse d'une fusion réalisée en début d'exercice, que l'assemblée se prononce néanmoins compte tenu d'un état comptable (cf. art. R 236-3, v. ci-dessus), donc en toute connaissance de cause.

De plus, s'agissant de l'organe social compétent, il ne peut s'agir ni de l'AGE (pas de modification des statuts), ni du conseil d'administration (la décision de distribution ne relève pas de la gestion et elle implique l'ensemble des actionnaires), la compétence de l'AGO s'impose donc par défaut. En outre, le principe est que les mouvements des comptes de capitaux propres concernent l'AGO.

Réponse – Pour la *majorité du Comité juridique*, l'article L 232-12 n'est pas applicable en cas de distribution d'une prime de fusion car les *sommes distribuables* qui y sont visées ne comprennent que les sommes expressément citées à l'article L 232-11 (bénéfice de l'exercice, report à nouveau et réserves). Les primes sont d'une nature différente des réserves, même si pour certaines finalités, elles peuvent entraîner les mêmes conséquences (par exemple, la protection des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital).

Dès lors, il n'est pas nécessaire que les comptes de l'exercice clos soient soumis à approbation avant la décision de distribution de la prime. Le *Comité juridique* confirme également que ces primes sont distribuables à tout moment, en l'absence de prohibition légale. S'agissant d'un mouvement d'un compte de capitaux propres, l'assemblée générale est seule compétente (le plus souvent, la décision sera prise par l'assemblée statuant sur la

fusion). Toutefois, la règle du troisième alinéa de l'article L 232-11 (maintien des capitaux propres positifs) est autonome ; elle concerne l'ensemble des distributions. Il est dès lors nécessaire de l'observer.

Cette exigence soulève la question du document comptable de référence (comparaison des capitaux propres avant et après la distribution). Comme on l'a vu, une approbation de comptes annuels n'est pas nécessaire et, à la lettre, utiliser les derniers comptes approuvés semble possible. Mais il serait préférable que le conseil d'administration proposant la distribution à l'AGO puisse démontrer le maintien de capitaux propres positifs, sur la base d'une situation comptable intermédiaire. Celle-ci pourrait être celle établie au titre de la fusion, en vertu de l'article R 236-3, lorsque la distribution intervient à la suite de celle-ci, soit spécialement établie à cette fin, arrêtée à une date la plus proche de celle de la réunion du conseil convoquant l'assemblée.

S'agissant des conséquences de cette analyse, notamment sur le qualificatif de *dividende* et des droits de l'usufruitier en cas de distribution d'une prime d'émission, le *Comité juridique* préfère renvoyer à une séance ultérieure.

ANSA
n° 3254
CJ du 2 juillet 2003

L'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes a-t-elle une compétence exclusive pour décider de la distribution du dividende ?

L'alinéa 1^{er} de l'article L. 232-12 du Code de commerce dispose : "*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*". L'alinéa 2 de l'article L. 232-11 du Code de commerce dispose par ailleurs : "*En outre, l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition*".

La question posée à l'ANSA est la suivante : **une assemblée générale ordinaire, convoquée extraordinairement après l'approbation des comptes de l'exercice, pourrait-elle distribuer un dividende** sans toutefois excéder le délai de 9 mois qui suit la clôture de l'exercice³³ ? Par exemple, l'assemblée générale annuelle ayant affecté le bénéfice de l'exercice en report à nouveau, une assemblée ultérieure décide une distribution ; s'agit-il d'un dividende ?

Deux thèses sont développées à cet égard.

Selon les uns, seule l'AGO annuelle qui examine les comptes est compétente. Ainsi, selon certains auteurs : "seule l'assemblée des associés et, spécialement, dans les sociétés par actions, l'assemblée générale ordinaire, qui statue sur les comptes de l'exercice, est donc compétente pour déterminer les dividendes"³⁴. A l'appui de cette thèse, certains soulignent que l'article L 232-18 du code de commerce (relatif à l'option entre le paiement du dividende en numéraire ou en actions) dispose expressément : "*... les statuts peuvent prévoir que l'assemblée statuant sur les comptes de l'exercice a la faculté d'accorder à chaque actionnaire ... une option entre le paiement du dividendeen numéraire ou en actions*". Mais on ne saurait tirer de conclusions d'un texte qui n'est qu'incident sur la compétence en général des organes sociaux en matière de dividende : il s'agit ici du cas particulier de l'option pour un dividende en actions.

Selon les autres, suivis par le Comité juridique, n'importe quelle assemblée ordinaire peut décider de distribuer un dividende, à condition de respecter les textes relatifs à la distribution. Or le texte de l'article L. 232-12 ne qualifie pas l'assemblée générale qui fixe le dividende 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. Certes, en pratique, c'est le plus souvent l'assemblée générale ordinaire annuelle d'approbation des comptes qui fixera le montant du dividende. Mais une autre AGO réunie ultérieurement peut le faire.

Ainsi, cette AGO réunie ultérieurement peut licitement puiser dans le report à nouveau pour distribuer un dividende. S'il s'agit de la partie du report à nouveau correspondant au bénéfice du dernier exercice, ce sera une

³³ Article L 232-13 du Code de commerce, alinéa 2 : "*toutefois, la mise en paiement des dividendes doit avoir lieu dans un délai maximal de neuf mois après la clôture de l'exercice. la prolongation de ce délai peut être accordée par décision de justice*".

³⁴ Hémar, Mabilat, Terré, Sociétés commerciales, Dalloz, tome III, n°497, éd. 1978.

distribution sur un bénéfice non encore affecté, rentrant dans les prévisions de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 232-11 du Code de commerce.

Certains font observer qu'aucun texte n'interdit de distribuer également la partie du report à nouveau correspondant aux exercices antérieurs : cette partie est, dans certaines conditions longuement analysées par le Comité juridique lors d'une séance antérieure³⁵, assimilable à des réserves, ce qui permet de faire entrer une telle distribution dans les prévisions de l'alinéa 2 de l'article L. L. 232-11, à condition naturellement que soit respectée la règle de priorité du prélèvement sur le bénéfice distribuable de l'exercice. Par ailleurs, **la Cour de cassation**, lorsqu'elle définit la notion de dividende, ne pose pas de condition particulière quant à la réunion de l'assemblée générale des actionnaires qui prend la décision de distribuer des dividendes³⁶ : "... c'est la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice sous forme de dividendes qui confère à ceux-ci l'existence juridique".

Bien entendu, *pour le Comité juridique*, une telle façon de procéder devrait demeurer exceptionnelle, pour éviter le risque d'abus de droit. On agira prudemment en considérant que l'AGO réunie exceptionnellement après l'AGO annuelle ne peut distribuer comme dividende qu'une somme correspondant au total au dividende qui aurait été distribué par l'AGO annuelle. Au-delà, il s'agirait d'une « distribution exceptionnelle ». Certains évoquent un « montant ordinairement distribué », ce qui permet d'obtenir une référence pour le traitement à réserver aux sommes revenant respectivement au nu-propriétaire et à l'usufruitier.

La jurisprudence fiscale vient à l'appui de cette position. En effet, selon la jurisprudence fiscale, un dividende présente la caractéristique d'être « *une décision prise par l'assemblée générale (des) actionnaires* » « *dans les conditions prévues par la loi* »³⁷. (Sur le plan fiscal, l'avoir fiscal est exclusivement attaché aux produits distribués par une société à ses associés dans ces conditions). Mais la nouvelle doctrine administrative semble interpréter la loi et aller au-delà du texte³⁸, ce qui conduit à recommander la prudence.

Formulée à la suite de l'arrêt "*Anzalone*"³⁹ qui fait expressément référence à la loi du 24 juillet 1966 modifiée pour apprécier la notion de dividende et qui s'en tient au texte, la nouvelle doctrine de l'Administration va en effet plus loin et précise quelles sont à ses yeux les distributions qui ouvrent droit à avoir fiscal et donnent lieu, le cas échéant, à précompte : "[les] distributions de dividendes décidées *par l'assemblée générale des actionnaires ou des associés réunie annuellement* pour statuer sur les comptes de l'exercice écoulé ou [des] distributions d'acomptes sur dividendes effectuées avant l'approbation des comptes de l'exercice". Or le texte de loi affirme : « *après constatation de l'existence de sommes distribuables* »... (art. L. 232-12 al. 1^{er}) : l'assemblée réunie pour distribuer le dividende n'est pas forcément celle qui approuve les comptes et constate l'existence de sommes distribuables. Le droit des sociétés n'interdit donc pas la distribution par une assemblée générale postérieure à celle qui a arrêté les comptes.

Toutefois, *le Comité juridique* est contraint d'attirer l'attention des sociétés sur le fait qu'une distribution de dividende décidée en toute légalité par une assemblée postérieure à l'AGO annuelle risque de ne pas être considérée par l'Administration fiscale comme un « dividende » ouvrant droit à l'avoir fiscal.

³⁵ Avis du Comité Juridique du 3 juin 1998, comm. ANSA n° 2987 (extr. n° 470). Au cours de cette séance, le Comité juridique de l'ANSA s'est interrogé sur la préservation des droits des porteurs de bons de souscription d'actions en cas de pertes, et s'est prononcé sur la notion de réserves distribuables et sur la nature du report à nouveau. Il a estimé que la jurisprudence de la Cour de Cassation, antérieure à la loi de 1966, considérant que les bénéfices portés au compte « report à nouveau » devenaient des réserves à l'expiration de l'exercice suivant celui au cours duquel ils avaient été réalisés (Civ. 14 nov. 1955, Bull. III. 268 ; Civ. 9 mai 1956, Bull. III. 123), était aujourd'hui périmée ; mais que cette jurisprudence conserve néanmoins un intérêt aujourd'hui dans la mesure où elle met en évidence qu'en cas d'*abus* du droit de maintenir les bénéfices en instance d'affectation dans un compte de report à nouveau, ces bénéfices pourraient être considérés comme présentant le caractère de réserves avec toutes les conséquences de droit qu'implique cette qualification.

³⁶ Cass. com. 23 oct 1990, D. 1991, I, 173 et JCP E, 1991, II, 127, note Serlooten.

³⁷ Arrêt CE 26 fév. 2001 n° 219834, *Ministre C/ Anzalone*, RJJ 5/01 n° 619. , concl. S. Austray et *Revue des sociétés* 2001, p. 375, note O. Fouquet.

³⁸ Instruction du 14 décembre 2001 BOI 4 J-2-01 du 28 décembre 2001 ; pour un historique et une critique de la nouvelle doctrine administrative, voir A. de Bissy, la notion de dividende en droit fiscal, *Droit et Patrimoine*, oct. 2002.

³⁹ CE 26 février 2001, *Ministre c/ Anzalone* préc.